

Julia Grignon

L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Julia Grignon

L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

LGDJ
lextenso éditions

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2014

Thèse n° 867 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014

ISBN 978-3-7255-8507-6 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
www.schulthess.com

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

Remerciements

La rédaction de la thèse de doctorat est réputée être un travail solitaire. À en juger par la kyrielle de personnes qui doivent être remerciées de voir le présent cheminement aboutir, il semblerait tout au contraire que celle-ci soit une entreprise collégiale.

J'aimerais en tout premier lieu adresser mes très sincères remerciements à Monsieur le Professeur Marco Sassòli pour son profond et indéfectible soutien tout au long de ce travail de recherche, et bien au-delà. Je mesure l'honneur qu'il m'a fait en acceptant de diriger cette thèse, puis la confiance qu'il m'a réitérée à chaque étape de ce processus. J'aimerais saluer sa disponibilité chaque fois que l'ai sollicité mais aussi sa capacité à m'accorder une grande liberté dans l'appréhension de mon travail. J'ai particulièrement pu apprécier son intégrité, sa transparence, sa franchise ou encore sa bienveillance. Sans doute tout chercheur en droit international humanitaire serait heureux d'avoir l'opportunité d'échanger, ne serait-ce que brièvement, avec lui ; j'ai eu l'incalculable privilège de le faire très régulièrement au cours de ces cinq dernières années à travailler à ses côtés. C'est donc considérablement enrichie de ses enseignements que j'achève cette thèse de Doctorat. Je l'en suis profondément reconnaissante et j'espère continuer à lui faire honneur en transmettant à mon tour les valeurs qu'il m'a témoigné.

Mes remerciements vont également à d'autres membres de la Faculté de droit de l'Université de Genève, au sein de laquelle j'ai rédigé la plus grande partie de ce travail, alors que j'étais assistante de recherche et d'enseignement. J'aimerais remercier le Doyen Christian Bovet et sa successeuse la Doyenne Christine Chappuis, à titre personnel, et au travers eux l'ensemble du personnel de la Faculté, notamment pour m'avoir alloué le temps nécessaire à la finalisation de cette recherche. Je tiens en outre à adresser de chaleureux remerciements à la Professeure Laurence Boisson de Chazournes, présente notamment à un moment clé de ce travail. Je remercie également la Professeure Paola Gaeta pour ses encouragements enthousiastes. Djemila Carron et Nishat doivent également être remerciées pour leurs réflexions stimulantes au cours de nos échanges nourris sur le droit international

humanitaire. Je remercie tout particulièrement Djemila pour son soutien et sa clairvoyance dans les tous derniers moments. Merci également à Mara Tignino qui a partagé de nombreux moments importants de l'évolution de ce travail et à toutes les assistantes et tous les assistants du Département de droit international et organisation internationale qui ont été mes collègues tout au long de ce processus.

Cette thèse de Doctorat, comme tant d'autres événements tant personnels que professionnels survenus depuis ma participation au Concours il y a maintenant dix ans, doit également énormément au Comité pour le Concours Jean-Pictet. En son sein, j'aimerais adresser des remerciements particuliers à Jean-François Quéguiner, Michel Deyra, Théo Boutruche et Catarina de Albuquerque, pour leurs encouragements, leurs réflexions, leurs conseils et parfois leurs relectures.

J'aimerais également tout spécialement adresser de profonds remerciements et exprimer mon immense gratitude à Christophe Lanord pour son accompagnement tenace et extrêmement précieux. Au-delà de ses encouragements, ses conseils, questions, commentaires ou suggestions ont considérablement contribué à mettre en valeur le contenu de ce travail.

Au moment d'achever ce travail, j'ai évidemment une pensée toute particulière pour Marie-Louise Tougas et Lindsey Cameron, auxquelles j'aimerais témoigner ma profonde reconnaissance pour leur soutien et leur amitié. J'y associe également Christina Leb. J'ai également très présent à l'esprit le souvenir plus lointain des cours de droit international public dispensés par, puis les qualités de Directrice du Diplôme d'Études Approfondies en Protections interne et internationale des droits de l'Homme de, Madame la Professeure Laurence Burgogue-Larsen. Cette thèse trouve incontestablement sa source profonde dans sa passion communicative.

Deux institutions méritent également, au travers de leurs personnels, mes remerciements. Les documentalistes du Centre d'information et de documentation du Comité international de la Croix-Rouge, dont le dévouement et l'accessibilité doivent être soulignés. Il n'y a sans doute pas d'endroit plus inspirant et plus fonctionnel pour effectuer un travail de recherche en droit international humanitaire que la bibliothèque dont ils sont la cheville ouvrière. J'aimerais également adresser des remerciements spéciaux à toute l'équipe de l'Espace de vie enfantine du Secteur Université, site Baud-Bovy, qui humanise quotidiennement le concept de promotion de la recherche féminine dans le milieu académique. Je ne peux décrire la chance que je considère avoir été la mienne d'avoir pu, presque chaque jour de la rédaction de cette thèse, lui confier mes deux enfants dans un sentiment de confiance absolu.

En plus des membres de ma famille auxquels j'adresse également mes remerciements, un grand nombre d'amies et d'amis ont partagé des moments importants de ce projet de recherche. J'aimerais les remercier très sincèrement de leur soutien et de leur compréhension. En citer quelques-uns c'est nécessairement en omettre beaucoup d'autres, j'aimerais cependant témoigner ma reconnaissance toute particulière à Fannie Lafontaine, mais également à Bénédicte et Laurent Magne, Julien Lérissou, et Xavier Gravend-Tirole. Deux personnes ont également joué un rôle particulier dans l'accomplissement de cette recherche, Anne Ducat et Catherine Larue, sans les conseils et la bienveillance desquelles ce travail n'aurait assurément pas le même relief.

L'achèvement de cette thèse de Doctorat coïncide avec le début de mes nouvelles fonctions en tant que Professeure à l'Université Laval. J'aimerais remercier le Comité de sélection de m'avoir choisie et de m'avoir témoigné sa confiance. C'est animée d'une joie difficilement descriptible que je rejoins l'équipe de la Faculté de droit.

J'aimerais enfin rendre un hommage très spécial à la patience, à la compréhension, à la confiance, au soutien et à tant d'autres infinies qualités d'Édouard, Callixte et Zoé, mais aussi de Maxime et Elliott. Avec la fin de cette thèse, nous prenons un nouveau départ, je souhaite qu'il nous soit au moins aussi profitable qu'il est prometteur.

Genève, septembre 2012

Au moment de la publication de cette thèse à la collection genevoise des éditions Schulthess, j'aimerais adresser de très sincères remerciements à la Commission des publications de m'autoriser à publier sous l'égide de mon *alma mater*. Je tiens également à remercier le personnel administratif de la Faculté de droit de l'Université de Genève pour son suivi de ce dossier, et à Madame David-Mangin pour avoir répondu à mes nombreuses questions au moment de procéder à l'édition. Je remercie également chaleureusement les directions respectives des facultés de droit de Genève et de Laval pour leur soutien financier essentiel. Enfin, j'adresse de très vifs remerciements à Jérôme Massé, pour son soutien lors de la mise en forme du texte dans sa version publiée. Sa rigueur et sa méticulosité ont été de puissants atouts dans cette phase déterminante.

Québec, le 17 juin 2014

Préface

À première vue, écrire une thèse sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire est facile. Les questions de savoir quand le DIH commence à s'appliquer et quand il ne s'applique plus se posent dans chaque conflit armé, elles n'ont pratiquement pas encore été traitées dans la doctrine et la structure d'une telle thèse semble s'imposer. À deuxième vue, c'est beaucoup plus compliqué. La plupart des problèmes se révèlent, à y regarder de près, être plutôt des problèmes de champ d'application matériel (qu'est-ce un conflit armé ?) ou alors d'applicabilité de certaines règles (la fin des hostilités actives ne met pas fin à l'applicabilité de la Troisième Convention de Genève, mais déclenche l'obligation que prévoit son article 118 de rapatrier les prisonniers de guerre). La matière semble donc fondre sous l'œil critique. Julia Grignon a réussi à monter à un troisième degré de réflexion et de compréhension et de traiter néanmoins des aspects temporels. Elle a évité la Scylla de ne traiter que certains aspects, dans l'ensemble secondaires, purement et strictement temporels (comme la fin de l'occupation militaire, seul sujet d'ailleurs sur lequel une doctrine abondante existe) et la Charybde d'un traité général sur l'applicabilité du droit international humanitaire qui aurait analysé comme tant d'autres ce qu'est un conflit armé (mais à mon avis personne n'a encore des réponses à la fois théoriquement cohérentes et qui ne nient pas la pratique des États).

Julia Grignon a tout d'abord décortiqué dans un travail de bénédictine les travaux préparatoires, y compris non publiés, mais accessibles au CICR, des principales dispositions. Elle y a fait quelques trouvailles révolutionnaires qui détruisent des idées reçues, confortées pour la bonne cause, par les commentaires de Pictet. Elle explique par exemple que la structure de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, qui introduit notamment à son paragraphe 3 l'idée d'une fin de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève, avec des exceptions, aux territoires occupés une année après la « fin générale des opérations militaires », résulte, selon ses termes, d'un « imbroglio » au moment des négociations lors de la conférence diplomatique de 1949 et des réunions d'experts qui ont précédé. On comprend ainsi que cette disposition clé dans l'applicabilité temporelle de la quatrième Convention est davantage le fruit de la recherche d'une solution aux différents

problèmes que pose la fin de l'applicabilité de cette Convention, que de la volonté de créer une notion cherchant à marquer une distinction pour les territoires occupés. Il s'agissait en effet plutôt de distinguer entre les personnes qui continuent de faire l'objet de privation de liberté après que le conflit ait pris fin et les personnes autrement affectées par le conflit armé. La notion de « fin générale des opérations militaires » n'était donc à l'origine pas conçue pour ouvrir un régime spécifique en ce qui concerne l'occupation. Par ailleurs, ce détour minutieux par les travaux préparatoires des Conventions de Genève amène Julia Grignon à constater combien certaines des interprétations formulées dans les commentaires des Conventions sont parfois beaucoup plus l'expression de la position du CICR délivrée lors des différentes réunions qui conduisirent à l'adoption des Conventions, que le reflet des débats qui ont animé les représentants gouvernementaux. À cet égard, elle a pu constater à plusieurs reprises que les résumés des débats proposés dans les Actes de la Conférence diplomatique de 1949, qui constituent généralement la référence en la matière, contiennent non seulement des erreurs anecdotiques, mais surtout retranscrivent de temps à autre les propos des délégations dans des termes qui ne correspondent pas exactement aux prises de parole que l'on peut retrouver dans certains des verbatim accessibles des discussions.

Elle a ensuite analysé, pour chaque problème la pratique des États, sans s'y noyer (dans une sorte de « policy approach »). Pour illustrer son propos et souligner la difficulté de fixer un point de départ ou un point final à l'application du droit international humanitaire, Julia Grignon a choisi quelques exemples emblématiques qu'elle présente sous forme d'application pratique de ses conclusions. Pour ce qui concerne la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, elle propose notamment une analyse du statut offert au Général Noriega depuis sa capture par les États-Unis en 1989 jusqu'à son retour au Panama en 2011, après un passage en France. Elle examine également en détail les conséquences du retrait unilatéral des troupes israéliennes de la bande de Gaza en 2005. En ce qui a trait au déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire, elle s'est interrogée en particulier sur la qualification de la situation en Syrie depuis 2011. Ces cas viennent mettre en lumière la complexité de la détermination du moment à partir duquel ou jusqu'auquel le droit international humanitaire est applicable, selon les situations ou selon les personnes et alors que celles-ci sont en train de se produire.

Entre autres conclusions formulées dans sa thèse, Julia Grignon réaffirme tout au long de son propos le règne absolu de l'effectivité en droit international humanitaire. De façon systématique, elle souligne combien les actes formels sont sans effets sur le début et la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire et corollairement propose une définition de la notion centrale de « fin générale des opérations militaires » qui atteste du moment auquel le droit international humanitaire cesse, par essence, de

s'appliquer entre les belligérants. La recherche qui l'a conduite à formuler cette définition l'amène par ailleurs à conclure que si le principe est la fin de l'applicabilité de droit international humanitaire lorsque ce moment se produit, toute l'applicabilité du droit international humanitaire est truffée d'exceptions. En effet, elle offre une comparaison entre cette notion, qui marque le point final de l'applicabilité du droit international humanitaire, et l'expression « fin des hostilités » qui, contrairement aux idées reçues, n'a été introduite que pour marquer le point de départ d'un certain nombre d'obligations pour les puissances détentrices.

Dans la même veine, s'inscrivant dans l'opinion majoritaire selon laquelle les règles relatives aux territoires occupés devraient s'appliquer dès la phase d'invasion, Julia Grignon s'est penchée sur chacune des dispositions contenues dans la Section III de la troisième partie de la quatrième Convention de Genève pour vérifier s'il est réaliste d'en exiger le respect avant que l'autorité de la puissance occupante soit effectivement établie. Ainsi, suivant une méthodologie préalablement établie, elle propose une lecture dirigée de ces dispositions et conclut que sur 33 articles, 22 sont applicables sans délai alors que neuf exigent qu'un certain laps de temps s'écoule, tandis que l'un voit son applicabilité différenciée entre sa première et deuxième phrase.

Enfin, Julia Grignon relève certaines ambiguïtés jurisprudentielles, telles que l'élaboration des notions de « conflit armé prolongé » ou de « règlement pacifique », en tant que notions encadrant l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire. Ceci la conduit à s'interroger sur la pertinence d'avoir repris l'idée de prolongation de la violence dans le statut de Rome, en particulier du fait des conséquences qu'elle peut produire sur le début de l'applicabilité du droit international humanitaire coutumier dans les conflits armés non internationaux. Cela l'amène également à relever la difficulté d'appliquer, dans la pratique, un certain concept jurisprudentiel établi a posteriori. En effet, comme elle le souligne, si le « retour à la paix » doit être retenu comme étant le point tournant de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, cela signifie par exemple qu'une détérioration de l'organisation des parties dissidentes n'est pas de nature à faire cesser l'applicabilité du droit international humanitaire. Pourtant, en réalité, il devient illusoire d'exiger le respect du droit international humanitaire de la part groupes devenus insuffisamment organisés, même au prétexte que celui-ci a trouvé à s'appliquer au préalable.

Ecrite dans un français qui fait honneur à sa patrie, la France, et au Québec où elle évolue maintenant scientifiquement, cet ouvrage démontre une grande maturité et un véritable engagement humanitaire qui ne frise jamais le militantisme. L'auteure connaît trop bien les États pour croire qu'une thèse peut leur faire accepter ce qu'ils ne veulent pas, mais elle a fait ce qu'une thèse peut faire : confronter les États, les Conventions de Genève (qu'elle adore

pourtant), la doctrine, la jurisprudence et même le CICR (pour lequel elle a un profond respect sans l'accepter comme la voix de la vérité) à leurs contradictions, en proposant très pudiquement et parfois presque entre les lignes certaines solutions plus cohérentes.

Marco Sassòli

Professeur et Directeur du Département
de droit international public et
organisation internationale de l'Université de Genève

Sommaire

Introduction	1
Première partie : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire	25
Chapitre 1 ^{er} : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux.....	27
Section I La « guerre déclarée » ou « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes »	28
Section II L'occupation	101
Chapitre 2 : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux.....	145
Section I Les seuils traditionnels d'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux	146
Section II L'interprétation contemporaine du seuil d'entrée pour le conflit armé non international opérée par les juridictions pénales internationales : vers une uniformisation ?	168
Section III Un obstacle potentiel à la mise en œuvre du droit international humanitaire même lorsque tous les critères sont réunis : les prises de position des parties à un conflit armé non international.....	197
Section IV Application pratique, le cas de la Syrie en 2011-2012.....	201
Deuxième partie : La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire.....	207
Chapitre 1 ^{er} : La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de la fin du conflit (lorsque les armes se taisent)...	209
Section I L'incapacité des actes juridiques formels tendant à mettre fin à un conflit armé à produire des effets sur l'applicabilité du droit international humanitaire	211

Section II	La matérialisation du principe d'effectivité : quels éléments permettent de conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire de façon générale ?.....	244
Section III	La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation	283
Chapitre 2 :	Une applicabilité temporelle différée du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques dérogatoires	325
Section I	« <i>La fin des hostilités (actives)</i> » comme point de départ à une mise en œuvre différenciée de certaines dispositions spécifiques du droit international humanitaire.....	326
Section II	« <i>La libération, le rapatriement ou l'établissement définitifs</i> » ou la prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques.....	370
Conclusion		409
Bibliographie		421
Table des matières		475
Index		485

Table des abréviations

AGNU.....	Assemblée générale des Nations unies
c.	contre
CEDH.....	Cour européenne des droits de l'Homme
CIADH.....	Cour inter-américaine des droits de l'Homme
CICR.....	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ.....	Cour internationale de justice
Convention I.....	<i>Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, adoptée à Genève, 12 août 1949</i>
Convention II.....	<i>Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, adoptée à Genève, 12 août 1949</i>
Convention III	<i>Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, adoptée à Genève, 12 août 1949</i>
Convention IV	<i>Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée à Genève, 12 août 1949</i>
CPI.....	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CSNU	Conseil de sécurité des Nations unies
dir	sous la direction de
ed(s).....	éditeur(s)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
in.....	dans
n°	numéro
ONU.....	Organisations des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (cité précédemment)
p.....	page
pp.	pages

Protocole I	<i>Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, 8 juin 1977</i>
Protocole II.....	<i>Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève, 8 juin 1977</i>
Protocole III	<i>Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III), adopté à Genève, 8 décembre 2005</i>
Règlement de La Haye.	<i>Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, adoptée à La Haye, 18 octobre 1907</i>
RTNU.....	Recueil des Traités des Nations Unies
s.....	suivants
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
§	paragraphe
§§	paragaphes

Introduction

Le droit international humanitaire est le droit applicable pendant les conflits armés.

S'en tenir à cette affirmation c'est déjà apporter une réponse à la question de l'applicabilité temporelle de cette branche du droit international public ; en dehors des dispositions applicables « en tout temps » ou « dès le temps de paix » le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture d'un conflit armé, international ou non international, et jusqu'à ce que celui-ci prenne fin. Le droit international humanitaire contenant des dispositions dérogatoires relatives à la poursuite de son applicabilité après la fin d'un conflit armé, lorsque des personnes continuent d'être détenues en particulier, il est également communément admis que si les conditions requises au début de son applicabilité sont généralement aisées à identifier, celles gouvernant la fin de son applicabilité nécessitent un examen plus approfondi. S'ajoute à cela que l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux suscite généralement moins de débats que son applicabilité dans les conflits armés non internationaux, lesquels reçoivent une attention toute particulière du simple fait de leur prévalence.

Quelques éléments témoignant de la pertinence d'une recherche sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

À première vue la recherche de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire est donc une entreprise relativement simple. Elle s'avère toutefois quelque peu complexe dès lors que l'on commence à s'interroger sur des points de départ précis, tout comme sur des éléments objectifs y mettant fin. En témoignent un certain nombre d'aspects traités dans le cadre de cet ouvrage.

Parmi ceux-ci, pour ce qui concerne le début de l'applicabilité du droit international humanitaire d'abord, cette thèse présente par exemple un intérêt particulier au regard du point de départ de l'applicabilité de la troisième

Section de la quatrième Convention de Genève¹ dans les situations d'occupation. Non seulement ce travail propose une liste de dispositions qui devraient être considérées comme applicable dès la phase d'invasion, après avoir examiné chacune des dispositions de cette Section, sans exception, mais surtout, résultat d'une recherche extensive, la thèse pose de façon harmonisée et argumentée la façon dont interagissent le Règlement de La Haye de 1907², qui seul donne une définition de l'occupation, et la vision différenciée que semblent proposer les Conventions de Genève de 1949.³ Ce résultat est le fruit de recherches approfondies et de confrontation à ce que l'auteure a longtemps pensé être des contradictions, mais pour lesquelles elle n'avait d'autre choix que de proposer une solution solidement argumentée juridiquement afin de rendre à cette partie du droit international humanitaire l'efficacité qu'elle vise. Souhaitons que ce chapitre au moins contribue au débat par les propositions qu'il formule et qu'il suggère effectivement une clarification qui semblait indispensable à l'auteure.

Concernant les conflits armés non internationaux ensuite, hormis que ce travail offre une synthèse aussi complète, détaillée et générale que possible des deux critères désormais établis à la détermination du moment à partir duquel le droit international humanitaire commence à être applicable dans ce type de conflit armé, cette thèse offre l'avantage inédit de discuter en détails un élément proposé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et repris dans le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale⁴, à savoir la prolongation du conflit armé comme critère déterminant de la caractérisation de la situation. Si la notion de « *conflit armé prolongé* » est en fait une traduction peu heureuse de « *violence armée prolongée* » qui ne signifie de loin pas la même chose⁵, la question qui vient à l'esprit au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire est celle de savoir si une personne pourrait se faire condamner pour crime de guerre pour un acte posé avant que la situation puisse être considérée comme prolongée. Cet aspect pose des problèmes opérationnels complexes au moment où la situation se déroule mais également des problèmes juridiques importants au moment de déterminer *a posteriori* les responsabilités de ceux qui sont poursuivis pour crime de guerre. Si un lien de connexité avec le conflit armé non international est exigé pour que le crime reçoive cette

¹ *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-973, pp. 288-417, (ci-après « la quatrième Convention » ou « Convention IV »).

² *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, adoptée à La Haye, 18 octobre 1907, (ci-après Règlement de La Haye de 1907 ou Règlement de La Haye).

³ Voir *infra* Titre I, Chapitre I, Section II.

⁴ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, adopté à Rome, 17 juillet 1998, Recueil des Traités, vol. 2187, 2004, RTNU n° I-38544, pp. 159-229 (ci-après : « Statut de Rome »).

⁵ Voir *infra* Titre I, Chapitre II, Section II.

qualification, il est indispensable que l'acte perpétré ait été posé *après* que cette prolongation ait pu être constatée : si l'auteur de l'infraction agit au deuxième jour d'un conflit armé non international qui en dure quatre, comment peut-il avoir conscience d'inscrire son acte dans le cadre d'un conflit armé non international ? Il s'avère que les actes d'accusation comme les conclusions des juges prennent systématiquement soin d'incriminer des actes qui ont été perpétrés alors qu'il est incontestable que la situation s'était prolongée dans le temps. Mais qu'arriverait-il si dans l'avenir la Cour pénale internationale était saisie d'une affaire révélant une très grande intensité et une organisation qualifiée, mais qui se déroulerait, comme dans l'affaire *La Tablada*⁶ par exemple, sur une période de temps très courte ? Serait-elle obligée de constater l'inexistence du conflit armé non international et par conséquent conclure que le crime en question ne constitue pas un crime de guerre ? Même si la jurisprudence a désormais inclus la prolongation de la violence dans les éléments relatifs à l'intensité, la subjectivité de ce concept continue de faire craindre qu'il pourrait poser des difficultés à l'avenir.

Un autre exemple, attaché cette fois à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, complète l'illustration de l'intérêt de cette recherche. Le résultat qui présente probablement le plus grand intérêt pour cette partie, et peut-être même pour la thèse toute entière, est la clarification, la distinction, l'analyse et les propositions qui en résultent, des notions de « *fin générale des opérations militaires* » et de « *fin des hostilités (actives)* »⁷. À notre connaissance aucun travail de recherche de cette envergure n'avait été jusqu'alors mené à propos de ces deux notions. Elles sont la plupart du temps, au mieux, mentionnées et prises en considération de manière sporadique dans certaines études liées à des sujets très spécifiques, telles que celles relatives au rapatriement des prisonniers de guerre, à la recherche des morts et des disparus, ou aux traités relatifs aux armes, mais également souvent, au pire, indifférenciées voire amalgamées comme un tout et donc vidées de leur substance. En réalité ces notions relèvent de deux paradigmes distincts. Si certains indicateurs leurs sont communs, elles ne signifient pas la même chose, ne se produisent pas au même moment et couvrent des situations et par conséquent produisent des effets qui sont propres à chacune d'elles.

Voilà pour quelques-uns des apports les plus substantiels aux yeux de l'auteure de cette thèse de doctorat, qui s'inscrit dans la perspective plus large des enjeux opérationnels que peut porter la question de l'applicabilité *ratione temporis* du droit international humanitaire.

⁶ CIADH, *Juan Carlos Abella c. Argentine*, Affaire 11.137, Rapport n° 55/97 in. Rapport Annuel 1997, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 6 rev, 18 novembre 1997, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUININTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 200, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Affaire de la Tablada, pp. 1995-2009.

⁷ Voir *infra* Titre II, Chapitre I, Section II et Titre II, Chapitre II, Section I.

Les enjeux de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

De façon générale, les enjeux de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire se manifestent chaque fois qu'une violence armée peut être constatée. En effet, conclure que le droit international humanitaire s'applique à une situation donnée engendre des conséquences d'au moins deux ordres distincts. D'une part, cela signifie que la situation dont il est question justifie que des mesures dérogoires au droit commun soient prises, lesquelles font l'objet d'une réglementation spécifique. D'autre part, les personnes qui peuvent être affectées par cette situation bénéficient d'un certain nombre de protections qui sont propres à cette situation d'exception. L'application du droit international humanitaire offre donc des protections particulières et corollairement créent des obligations spécifiques à la charge des États, mais également d'autres acteurs, impliqués dans un conflit armé. Les dispositions du droit international humanitaire contenues dans une centaine de traités internationaux sont non seulement nombreuses mais extrêmement détaillées et exigeantes. Il en résulte qu'opposer l'applicabilité du droit international humanitaire aux parties en conflit engendre des conséquences lourdes à leur égard, mais procure également des garanties additionnelles pour les personnes nécessitant une protection dans ce contexte particulier. Parallèlement, affirmer que le droit international humanitaire est applicable a des répercussions opérationnelles et politiques importantes. Dans une société où le recours à la force doit être l'exception, concéder que le droit international humanitaire s'applique crée inévitablement un malaise. Plus encore, la mise en œuvre du droit international humanitaire est généralement entourée de controverses.

Les questions liées à l'application du droit international humanitaire dans le temps cristallisent une variété d'enjeux qui peuvent paraître contradictoires. En effet, alors que certains acteurs peuvent être réticents à admettre que le droit international humanitaire commence à s'appliquer dans une situation donnée, ils auront ensuite de grandes difficultés à se résoudre à la fin de son applicabilité. La situation en Syrie en 2011-2012⁸ et la question du droit applicable dans la bande de Gaza suite à la proclamation du retrait des troupes israéliennes de ce territoire⁹ en offrent deux illustrations caractéristiques.

Au-delà de ces controverses parfois plus politiques que juridiques mais néanmoins importantes, voire fondamentales, vis-à-vis des contextes dans lesquels le droit international humanitaire joue un rôle, l'applicabilité dans le temps du droit international humanitaire pose des problèmes juridiques délicats. Le rapport du droit international humanitaire au temps se décompose

⁸ Voir *infra*, Titre I, Chapitre II, Section IV.

⁹ Voir *infra*, Titre II, Chapitre I, Section III.

en trois considérations distinctes. Premièrement, comme tout *corpus juris* il existe depuis un certain temps. La guerre étant comme le droit consubstantielle de la vie de toute société, on peut trouver trace de règles qui y sont relatives dès l'Antiquité.¹⁰ Ceci ne signifie pas pour autant qu'il s'applique de façon continue depuis l'Antiquité. Conçu pour une situation spécifique, et à l'exception de certaines normes, il ne s'applique que lorsqu'un conflit armé survient. Deuxièmement, il n'existe pas véritablement de principe général encadrant l'applicabilité du droit international humanitaire pendant le temps du conflit armé. En effet, chaque sous situation à laquelle le droit international humanitaire s'applique, à savoir le conflit armé international, dont on peut distinguer l'occupation, et le conflit armé non international, porte en elle-même des spécificités. En définitive, l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire n'est faite que d'exceptions, sans qu'un principe général soit formellement identifiable. Troisièmement, lorsqu'on distingue le début de l'applicabilité du droit international humanitaire de sa fin, il apparaît qu'on ne peut conclure à un parallélisme des formes. Tous ces éléments sont autant d'incertitudes inhérentes au droit international humanitaire tel qu'il a été codifié, auxquelles s'ajoutent un certain nombre de difficultés opérationnelles tant les situations de conflits armés sont faites de zones d'ombre, en particulier lorsqu'il s'agit de constater qu'elles ont débuté ou qu'elles ont pris fin. Il apparaît donc nécessaire de délimiter avec le plus de précision possible le temps pendant lequel cette branche du droit international produit ses effets.

De l'expression « droit international humanitaire » et de la notion d'« applicabilité »

Deux expressions doivent être précisées préalablement à l'examen détaillé des normes qui affectent l'applicabilité du droit international humanitaire dans le temps ; il s'agit naturellement des notions de « droit international humanitaire » et d'« applicabilité temporelle ».

« Droit international humanitaire »

Il serait inutile de tenter de redire ce qui a déjà été exprimé en des termes on ne peut plus clairs. Les rédacteurs du commentaire¹¹ des Protocoles additionnels

¹⁰ Voir en ce sens, Marco SASSÒLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume I, Présentation du droit international humanitaire, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 610 p., p. 163 ; Michel DEYRA, *Le droit dans la guerre*, Gualino, Paris, 2009, 283 p., p. 19.

¹¹ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, 1647 p.

de 1977¹² aux Conventions de Genève de 1949¹³ ont en effet utilement posé que, de façon générale, « *l'expression droit international humanitaire applicable dans les conflits armés s'entend des règles internationales, d'origine conventionnelle ou coutumière, qui sont spécifiquement destinées à régler les problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés, internationaux ou non, et restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des Parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personnes et les biens affectés, ou pouvant être affectés, par le conflit. On l'abrégera par l'expression droit international humanitaire ou droit humanitaire.* »¹⁴ Faisant siens les termes de cette définition, il convient par conséquent de considérer, aux fins de la présente recherche, que le « droit international humanitaire » est celui qui a précisément pour but de limiter les effets des conflits armés. Finalement, l'expression « droit international humanitaire » doit s'entendre ici du droit spécialement conçu pour s'appliquer lors de conflits armés. Le « droit international humanitaire » est donc constitué de l'ensemble des instruments internationaux qui comportent une disposition spécifique relative au cadre général de leur applicabilité, à savoir les conflits armés¹⁵. Les droits de la personne et le droit international des réfugiés, par exemple, sont donc exclus de cette définition¹⁶, car même s'ils continuent de s'appliquer pendant les

¹² On entend par « Protocoles additionnels de 1977 », les deux Protocoles adoptés le 8 juin 1977, à savoir le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, adopté à Genève, 8 juin 1977, Recueil des Traités, vol. 1125, 1979, RTNU n° I-17512, pp. 271-596, (ci-après « le premier Protocole » ou « Protocole I ») ; et le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, adopté à Genève, 8 juin 1977, Recueil des Traités, vol. 1125, 1979, RTNU n° I-17513, pp. 649-699, (ci-après « le deuxième Protocole » ou « Protocole II »).

¹³ On entend par « Conventions de Genève de 1949 », les quatre Conventions adoptées le 12 août 1949, à savoir, la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-970, pp. 32-81, (ci-après « la première Convention » ou « Convention I ») ; la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-971, pp. 86-133, (ci-après « la deuxième Convention » ou « Convention II ») ; la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-972, pp. 136-285, (ci-après « la troisième Convention » ou « Convention III ») ; et la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-973, pp. 288-417, (ci-après « la quatrième Convention » ou « Convention IV »).

¹⁴ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. xxvii, les passages en gras sont de l'original.

¹⁵ La notion de « guerre », utilisée dans les instruments antérieurs à 1949, a progressivement laissé la place à celle plus large de « conflit armé ». Ce point fera l'objet d'une discussion approfondie *infra*, Titre I, Chapitre I, Section I.

¹⁶ Sur ce point précis, il faut relever que les commentateurs des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 adoptent un point de vue divergent. Selon eux, « [s]ont couverts, [par l'expression « règles du droit international applicable dans les conflits armés »] des instruments d'un champ d'application plus large, qui continuent à s'appliquer, en tout ou en partie, en situation de conflit armé. », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des*

conflits armés¹⁷, ils ne sont pas nés du désir particulier d'alléger les souffrances des personnes affectées par ces conflits. Il n'en demeure pas moins que ces deux branches du droit international public peuvent jouer un rôle de *lex specialis*¹⁸ par rapport au droit international humanitaire. Dans ces hypothèses il pourra donc s'avérer utile de faire un détour par leur contenu afin de compléter éventuellement les dispositions du droit international humanitaire relatives à son cadre temporel.

En revanche, alors que l'on emploie communément indifféremment les expressions « droit de la guerre », « droit des conflits armés », « *jus in bello* » ou « droit international humanitaire » pour désigner le *corpus juris* et bien que la première ne soit plus guère utilisée que par les instructeurs militaires, il semble toutefois opportun de préciser que les termes « droit de la guerre » se révèlent porteurs de confusion à l'étude du cadre temporel du droit international humanitaire et qu'il est donc nécessaire de les exclure du champ de cette recherche. Si, on le verra, les normes contenues dans les instruments pertinents ont vocation à s'appliquer dans un cadre plus large que celui de la « guerre », au sens strict du terme, et si le choix des termes « conflit armé » dans les Conventions de 1949 poursuivait un but bien précis, s'y ajoute en l'occurrence le fait que sous l'acception « droit de la guerre » il faut plutôt entendre le droit qui se substituait au droit de la paix dans la conception du droit international public qui était celle qui prévalait encore dans la première moitié du vingtième siècle¹⁹. En effet, le début de l'applicabilité du « droit de la guerre » signifiait l'entrée en vigueur du droit de prise, du droit relatif à la neutralité et des règles relatives à la suspension des traités commerciaux entre belligérants, entre autres. Il s'agit là de *corpus juris* entièrement distincts²⁰,

Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit. note 11, pp. 60-61, § 131.

¹⁷ À l'exception des situations dans lesquelles l'État concerné userait de la faculté de déroger aux droits de la personne. En effet, dans cette matière, certains traités contiennent une clause dite dérogoire (article 15 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, adoptée à Rome, 4 novembre 1950, Recueil des Traités, vol. 213, 1955, RTNU n° I-2889, pp. 223-269 ou article 4 du *Pacte international sur les droits civils et politiques*, adopté à New York, 16 décembre 1966, Recueil des Traités, vol. 999, 1976, RTNU n° I-14668, pp. 186-346, par exemple) permettant aux États qui y sont parties de suspendre certains droits lors de situations d'urgence, parmi lesquelles les conflits armés. Cette suspension ne peut cependant être valable que si elle est effectuée dans les formes, c'est-à-dire en tout cas signifiée au dépositaire, et si l'État continue de respecter ses autres obligations internationales, entre autres. En outre, certains droits tel que le droit à la vie, la prohibition de la torture, la prohibition de l'esclavage ou le principe *nullum crimen sine lege* ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une dérogation.

¹⁸ Sur cette notion voir en particulier Marco SASSOLI, « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », in. Andree AUER, Alexandre FLÜCKIGER, Michel HOTTELLIER (éds.), *Les droits de l'homme et la constitution*, Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, Schulthess, Genève, 2007, pp. 375-395.

¹⁹ Voir *infra* les développements relatifs à cette question, Titre I, Chapitre I, Section I, I.

²⁰ Pour ce qui concerne les effets des conflits armés sur les contrats par exemple : « *Le plus important corpus juridique affecté par l'effet du conflit armé sur les contrats privés ne trouve pas sa source en droit international, mais dans différents ordres juridiques internes.* », Niels PETERSON, « Armed Conflict, Effect on Contracts », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public*

ayant vocation, dans une situation d'exception, à régler les relations entre États, desquelles sont exclues toutes les normes relatives à la protection des individus ou à la conduite des hostilités, qui sont celles, précisément, qui constituent la matière du « droit international humanitaire » contemporain, objet de cette étude. Il en résulte que l'expression « droit de la guerre » doit être ignorée dans ce contexte et que les règles suscitées, sans lien avec les instruments du droit international humanitaire contemporain, ne seront pas examinées dans ce travail. Celui-ci se bornera à examiner le début et la fin de l'applicabilité des règles relatives à la protection des personnes et à la conduite des hostilités, majoritairement contenues dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels, mais pas exclusivement.

Toujours est-il que si le « droit international humanitaire » est aujourd'hui constitué d'un très grand nombre d'instruments, les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels occupent une place centrale au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire. En effet, ces instruments sont les premiers à avoir inclus des dispositions spécifiquement relatives à leur champ d'application *ratione temporis*. Tous les autres textes applicables dans les conflits armés, lorsqu'ils contiennent une mention relative à leur applicabilité temporelle, ne l'évoquent que subsidiairement²¹, ou reprennent *in extenso* le champ d'application temporel posé dans les textes de 1949²². De même, lorsque des instances juridictionnelles ou quasi

International Law, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 29 novembre 2010, § 4, nous traduisons.

²¹ C'est le cas de la *Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles*, adoptée à New York, 10 décembre 1976, Recueil des Traités, vol. 1108, 1978, RTNU n° 17119, pp. 156-210, par exemple, qui mentionne simplement les modifications de l'environnement « à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles » par opposition aux « techniques de modification de l'environnement à des fins pacifiques », par. 7 du Préambule et article 3 1., respectivement ; ou encore dans une certaine mesure du *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer*, adopté le 12 juin 1994, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1995, n° 816, pp. 649-694, qui utilise un langage novateur : « Les parties à un conflit armé sur mer sont liées par les règles et principes du droit international humanitaire à partir du moment où la force armée est utilisée », article 1. « Champ d'application ».

²² C'est le cas notamment de la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adoptée à La Haye, 14 mai 1954, Recueil des Traités, vol. 249, 1956, RTNU n° I-3511, pp. 216-357, qui comporte un Chapitre VI : « Du champ d'application de la Convention », comprenant deux articles, lesquels sont l'exacte copie des articles 2 et 3 communs aux Conventions de Genève de 1949 permettant de conclure qu'elle est applicable pendant les conflits armés, sans autre précision – son premier Protocole additionnel (*Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adopté à La Haye, 14 mai 1954, Recueil des Traités, vol. 249, 1956, RTNU n° A-3511, pp. 359-365), prévoit simplement une application pendant les conflits armés, tandis que son deuxième Protocole (*Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adopté à La Haye, 26 mars 1999, Recueil des Traités, vol. 2253, 2005, RTNU n° A-3511, pp. 229-245), renvoie notamment au Chapitre VI de la Convention ; ou de la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, amendement à l'article 1, adoptée à Genève, 21 décembre 2001 Recueil des Traités, vol. 2260, 2005, RTNU n° A-22495, pp. 90-91, qui renvoie aux Conventions et aux Protocoles en ces termes : « La présente Convention et les Protocoles y annexés

juridictionnelles se penchent sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, les Conventions de Genève constituent leur étalon de référence, ce qui a pu être considéré comme « le règne triomphal de l'article 2 commun aux Conventions de Genève »²³.

Enfin, une notion, particulièrement débattue depuis quelques années, mérite ici une mention particulière. Il s'agit du *jus post bellum*. Si par hypothèse il commence à s'appliquer dès la fin de l'applicabilité générale du droit international humanitaire, l'appellation de ce nouveau *corpus juris* conduit tout de même à s'interroger sur l'opportunité de son examen dans une recherche consacrée à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire. En d'autres termes, peut-on trouver un lien entre « le droit applicable après la guerre » et le *jus in bello* qui justifierait que lorsqu'on étudie le champ d'application temporel du second il faille nécessairement se pencher sur le contenu du premier ? À la lecture des travaux de ceux qui consacrent leurs recherches à la notion de *jus post bellum*, il semble que la réponse soit négative.²⁴ En effet, au même titre que le *jus ad bellum* et *jus in bello* doivent être étudiés séparément et ne dépendent pas l'un de l'autre, le *jus post bellum* doit rester indépendant tout à la fois du *jus in bello* et du *jus ad bellum*.²⁵ La façon dont le conflit se déroule ou s'est déroulé, comme les raisons de sa survenance, sont étrangères aux règles de droit qui auront à s'appliquer une fois le conflit armé terminé. Si, bien sûr, il peut résulter certaines conséquences de la façon dont, ou des raisons pour lesquelles, a été conduit le conflit sur le droit applicable lorsque la situation prend fin, celles-ci ne peuvent justifier à elles seules l'étude complète de cette notion dans celle consacrée à l'applicabilité du « droit international humanitaire ». Tout au plus, quelques incursions en matière de droit international des droits de l'homme ou de droit international des réfugiés seront nécessaires pour étayer certains propos, sans qu'il soit pour autant nécessaire de se livrer à une analyse extensive du droit applicable lorsque le conflit armé a pris fin.

s'appliquent dans les situations prévues par l'article 2 commun aux Conventions de Genève [... et] aux situations visées à l'article 3 commun aux Conventions de Genève [...]. La présente Convention et les Protocole y annexés ne s'appliquent pas aux situations de tensions et de troubles intérieurs, telles qu'émeutes, actes de violence isolés et sporadiques et autres actes de caractère similaire, qui ne sont pas des conflits armés ».

²³ Dino KRITSIOTIS, « The Tremors of *Tadić* », *Israel Law Review*, vol. 32, 2010, pp. 262-300, p. 275, nous traduisons.

²⁴ Pour de plus amples détails sur cette notion voir en particulier l'ouvrage collectif édité par Carsten STAHN & Jann K. KLEFFNER (eds.), *Jus post bellum, Towards a Law of Transition From Conflict to Peace*, T.M.C. Asser, The Hague, 2008, 241 p.

²⁵ Dans le même sens Kristen BOON, « Legislative Reform in Post-Conflict Zones », *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*, vol. 50, 2005, pp. 285-326, p. 290.

« Applicabilité »

Quant à la notion d'applicabilité, en droit international, elle consiste en la « [v]ocation ou aptitude d'un traité [ou d'une norme] à régir une situation donnée [...] »²⁶. « Déclarer une disposition applicable, cela veut dire déclarer qu'elle peut être appliquée. »²⁷ Examiner l'applicabilité d'un *corpus juris* ce n'est donc pas constater qu'il s'applique effectivement, mais affirmer que les circonstances propres à son application sont réunies. Dit autrement, conclure à l'applicabilité d'une branche du droit international ne signifie pas *ipso facto* que les normes qu'elle contient sont mises en œuvre, mais qu'elles doivent ou peuvent l'être. Il faut donc distinguer l'applicabilité du droit international humanitaire dont il est question dans les lignes qui suivent de son application qui, elle, est l'« [o]pération consistant à donner effet à une règle de droit [...] »²⁸. En droit international humanitaire, « applicabilité » et « application » ne coïncident pas nécessairement, loin de là. C'est du reste l'un des enjeux du présent travail de recherche ; délimiter les contours de l'applicabilité du droit international humanitaire, quelle que soit son application concrète éventuelle.

L'applicabilité d'une norme peut s'examiner sous plusieurs angles distincts, qui s'entremêlent parfois. Ainsi, chaque *corpus juris* dispose de son propre champ d'application, *ratione loci* – c'est-à-dire selon l'espace auquel il s'applique, *ratione personae* – c'est-à-dire selon les sujets du droit auxquels il s'applique, *ratione materiae* – c'est-à-dire selon la matière à laquelle il s'applique, et *ratione temporis* – c'est-à-dire selon le temps pendant lequel il s'applique. Un seul de ces champs d'application fera l'objet de la présente étude. S'il est parfois intimement lié au champ d'application matériel, voire personnel, seul le champ d'application temporel du droit international humanitaire sera discuté.

Dit simplement, il s'agira dans ce travail de recherche de tenter d'identifier à partir de quand et jusqu'à quand le droit international humanitaire est applicable.

Aussi l'effet du temps sur les traités ou la coutume en droit international est exclu du champ de ce travail.²⁹ De même, les règles relatives à la conclusion, l'entrée en vigueur, la suspension ou encore l'extinction des traités, qui peuvent être vues comme affectant l'applicabilité temporelle des instruments concernés, ne font pas l'objet de cette recherche, sauf, à titre

²⁶ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, 1198 p., p. 71.

²⁷ CPJI, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, mémoire français, 4 avril 1927, série C, n° 13-IV, vol. 4, p. 1684, cité par Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *ibid.*

²⁸ Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 26, p. 73.

²⁹ Pour une étude détaillée des effets du temps en droit international, voir Société française pour le droit international, *Le droit international et le temps, Colloque de Paris*, Pedone, Paris, 2001, 282 p.

exceptionnel, lorsqu'elles produisent des conséquences particulières sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.³⁰

Une mention particulière s'impose ici à propos de certaines des dispositions des traités de droit international humanitaire applicables « *en tout temps* »³¹ ou « *dès le temps de paix* »³². Ces dispositions, outre celles figurant sous la section « dispositions finales », sont par exemple celles qui ont trait à la diffusion³³ des Conventions, à certaines modalités relatives à l'utilisation de l'emblème³⁴ ou d'un signe distinctif³⁵, ou encore aux localités sanitaires³⁶. Toutes ces dispositions marquant une applicabilité particulière³⁷ par rapport à l'ensemble des dispositions du droit international humanitaire qui ont vocation à s'appliquer à partir du moment où survient un conflit armé et, éventuellement, à couvrir les conséquences qui y sont attachées, ne sont pas abordés dans les développements qui suivent.

Quelques remarques sur l'utilisation des commentaires des Conventions de Genève et la jurisprudence des juridictions pénales internationales et des juridictions nationales au sein de cette étude

La méthode d'analyse au cours des lignes qui suivent peut parfois paraître hétérogène, puisque certaines notions font l'objet d'une analyse téléologique, alors que d'autres font largement appel aux considérations doctrinales, là où d'autres encore appellent une analyse jurisprudentielle. Ces fluctuations suivent en réalité les disparités rencontrées à l'étude de chacune des notions. Certaines d'entre elles, comme la « *fin générale des opérations militaires* » ou la « *fin des hostilités (actives)* » n'ont à notre connaissance jamais été analysées en elles-mêmes, il est donc indispensable d'étudier dans le détail les travaux

³⁰ Pour des détails sur chacun de ces moments, voir par exemple, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2009, 1709 p.

³¹ Selon la terminologie adoptée dans le Protocole I, article 3. Pour cet instrument, Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH & Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1982, 746 p., établissent la liste suivante : 6, 7, 18, 36, 43, 66 et 80 à 84, p. 58, § 2.4.

³² Selon la terminologie adoptée dans les quatre Conventions de Genève, article 2.

³³ Articles 47 de la Convention I ; 48 de la Convention II ; 127 de la Convention III ; 144 de la Convention IV ; et 83 du Protocole I.

³⁴ Article 44 de la Convention I ; et 44 et 45 de la Convention II.

³⁵ Articles 18 et 66 du Protocole I.

³⁶ Articles 23 de la Convention I ; et 14 de la Convention IV.

³⁷ Pour Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH & Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, *op. cit.* note 31, elles présentent un « caractère exceptionnel », p. 58, § 2.4.

préparatoires³⁸ des dispositions qui les contiennent, ainsi que d'autres dispositions, pour tenter d'en dégager le sens et par là même fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de s'appliquer de façon générale. D'autres en revanche, comme les notions de « conflit armé non international » ou d'« occupation », par exemple, ont déjà fait l'objet d'analyses fouillées et suscitent une littérature foisonnante, parmi laquelle on trouve quelques aspects liés à leur applicabilité temporelle. Dans des cas comme ceux-ci, il semblera donc plus opportun de faire état du débat existant pour tenter de trancher au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.

Ceci étant posé, il apparaît de surcroît nécessaire de livrer quelques remarques à propos d'éléments extensivement utilisés dans ce travail de recherche. En effet, en droit international humanitaire, il est fréquent de rencontrer deux outils régulièrement cités comme s'ils délivraient le sens officiel des normes de ce *corpus juris*, les érigeant ainsi en véritables créateurs de droit. Il s'agit des commentaires des Conventions de Genève de 1949³⁹ et de

³⁸ Un échange de vues s'étant produit au moment de l'élaboration des Protocoles additionnels souligne combien les travaux préparatoires peuvent être utiles en droit international et comment les États appréhendent le fait que leurs propos soient consignés. Afin de repousser une proposition de reformulation tardive soumise par une délégation, qui aurait obligé à reprendre la rédaction d'un article complexe (relatif aux personnes disparues et s'inscrivant des les discussions intenses liées à la section toute entière concernant les personnes disparues et décédées) sur lequel les délégués étaient en passe de trouver un consensus, une délégation « espère que [le gouvernement auteur de la proposition de reformulation] jugera suffisant que l'idée qu'il a exprimée soit consignée dans le compte rendu de la séance. » Elle est en cela appuyé par le Président de séance qui ajoute « [...] en sa qualité de juriste, [...] que les comptes rendus de la Commission sont des documents qui ont une importance juridique et historique. Ils aident très souvent à interpréter les instruments internationaux. [...] » Il en résulte que le délégué retire sa proposition et déclare « se contenter [...] de voir figurer ses observations dans le compte rendu, étant donné l'importance que le Président accorde aux comptes rendus. » Voir, Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume XI, Comptes-rendus analytiques de la Commission II, troisième session, soixante-dix-huitième séance, 2 juin 1976, p. 263, §§ 30-32. Cet échange de vue et le résultat auquel il aboutit est loin d'être anecdotique. Il contribue à justifier que soit fait référence aux travaux préparatoires, en particulier en ce qui concerne les instruments de droit international humanitaire dont les dispositions décrivent des situations complexes. Si celles-ci cherchaient à tout dire *expressis verbis* il en résulterait des dispositions extrêmement longues et abscondes dont il serait alors difficile d'extraire la normativité. Cherchant à englober le plus d'hypothèses possibles afin de parer toute tentative par les États de les contourner par la suite ou l'émergence de toute situation nouvelle que les rédacteurs n'auraient pas envisagée, les dispositions du droit international humanitaire doivent néanmoins rester intelligibles. Elles emploient donc préférentiellement des expressions qui décrivent des réalités, plutôt que des principes abstraits, mais sans toutefois systématiquement expliciter l'ensemble de ce que recouvre ces expressions. Il est alors nécessaire de rechercher ailleurs le sens plein et entier qu'ont voulu leur donner leurs rédacteurs.

³⁹ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1952, 542 p. ; Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1956, 729 p. ; Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1958, 834 p. ; Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1959, 333 p.

leurs Protocoles additionnels de 1977⁴⁰, et de la jurisprudence des juridictions pénales internationales. Or, si leur influence et leurs apports sont incontestables, du fait de l'absence de précision d'un grand nombre de règles du droit international humanitaire dans les instruments conventionnels comme dans leur formulation à titre de droit coutumier, le malaise ressenti par l'utilisation parfois cavalière de ces documents pousse à s'interroger sur leur place dans l'ordre juridique international, afin de pouvoir éventuellement par la suite les reprendre à bon compte ou au contraire en contester légitimement la portée. En effet, si on lit souvent, par exemple, que tel principe de droit international humanitaire doit se comprendre de telle façon du fait de telle décision d'un tribunal pénal international ou du fait de ce qui est écrit dans les commentaires, il est tout aussi fréquent de lire, sans plus de justification, de vives critiques à l'égard de certaines autres interprétations auxquelles cette juridiction ou les commentaires auraient pu se livrer.

Les commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels

En raison d'une spécificité toute particulière aux Conventions de Genève, leurs commentaires, l'exercice interprétatif se révélera quelque peu disparate. En effet, ces commentaires font l'exégèse de toutes les normes contenues dans les Conventions de Genève. Or, certaines fois, le sens des dispositions que proposent les auteurs de ces commentaires interroge au point de devoir vérifier quelle était véritablement l'intention des auteurs. En effet, il apparaît parfois que les commentaires sont plus le sens souhaité par le Comité international de la Croix-Rouge que le sens souhaité par les négociateurs des Conventions de Genève. Évidemment, le Comité international de la Croix-Rouge ayant été le grand instigateur de la révision et de la création des Conventions de Genève et ayant été partie prenante des négociations, il est quasiment automatique pour le chercheur en droit international humanitaire lisant une disposition des Conventions de Genève ou de leurs Protocoles d'aller lire à sa suite le commentaire qu'en a proposé cette institution. La présente étude n'échappe pas à cette habitude et les commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles sont abondamment utilisés en référence dans les lignes qui suivent. Pourtant, *a priori*, ils ne peuvent pas figurer au titre des sources du droit international. Étant le résultat du travail des juristes du Comité international de la Croix-Rouge à la tête desquels se trouvait Jean Pictet⁴¹, pierre angulaire de l'institution au moment de la

⁴⁰ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11.

⁴¹ Jean Pictet est certainement le rédacteur principal des commentaires des Conventions de 1949. Pour ce qui concerne les Protocoles additionnels de 1977, bien que plus effacé, il n'en demeure pas moins qu'il y a joué un rôle puisqu'il y a collaboré en tant que Président du Comité de lecture.

négociation des Conventions de Genève de 1949, ils ne lient pas les États⁴². En revanche les exclure d'emblée des moyens auxiliaires d'interprétation des règles de droit est plus discutable et ce à deux titres distincts. D'abord parce que si l'on veut bien admettre que leurs auteurs font partie de la « *doctrine qualifiée* », il est alors envisageable qu'ils servent de guide à une interprétation en bonne et due forme. Il est peu contestable de leur reconnaître cet attribut. Tant les collaborateurs des commentaires des Conventions de 1949 que ceux des commentaires des Protocoles additionnels de 1977 se sont avant ou ensuite distingués par leurs activités, tout à la fois académique et pratique, et par leurs publications en droit international humanitaire.⁴³ À ce titre, les commentaires sont d'un précieux secours lorsqu'il s'agit de vérifier le sens de telle ou telle disposition. Ils le sont également à deuxième autre titre, lequel exerce probablement une influence plus forte et pourrait expliquer qu'il y soit si souvent fait référence sans que soit prise la peine de balancer les arguments avancés⁴⁴. Cette ascendance résulte du fait qu'ils jouissent d'une autorité qui leur est propre et dont on n'aperçoit pas d'égal en droit international public. En effet, si de nombreuses conventions internationales font également l'objet de commentaires suite à leur adoption, les commentaires des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels sont le résultat d'un rôle confié à une institution particulière en droit international : le Comité international de la Croix-Rouge⁴⁵. Le Comité international de la Croix-Rouge est une organisation

⁴² À cet égard, on peut noter qu'une juridiction américaine a considéré que « [...] le Commentaire de la Croix-Rouge n'est qu'une discussion des orientations qu'il convient de suivre aux yeux de ses auteurs. Le Commentaire ne fait pas partie du traité. », United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, et autres*, Opinion : Jugement général, William M. Hoeveler, Juge au Tribunal fédéral de première instance des États-Unis (U.S. District Court), N°88-79-CR, 8 juin 1990, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINNTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721, p. 1693.

⁴³ Hormis Jean Pictet dont la renommée dans le champ du droit international humanitaire n'est pas à démontrer, on trouve parmi ces auteurs, Yves Sandoz, Hans-Peter Gasser, Christophe Swinarski, Philippe Eberlin, Claude Pilloud ou encore Jean de Preux, notamment.

⁴⁴ Un exemple assez magistral de l'utilisation des commentaires comme disant le droit se trouve dans l'arrêt *Naletilić*, rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à propos de l'occupation. Après avoir cité *in extenso* un assez long passage du commentaire, les juges estiment que : « [...] la IVe Convention de Genève, n'exige **donc** pas que la puissance occupante exerce une autorité effective. », TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Affaire n° IT-98-34-T, «Tuta et Štela», Jugement, Chambre de Première Instance, 31 mars 2003, § 221.

⁴⁵ Pour davantage de détails sur le caractère particulier de cette institution que l'on qualifie généralement d'« hybride », puisqu'elle n'est ni une Organisation non-gouvernementale, ni une Organisation internationale, voir Alejandro LORITE ESCORIHUELA, « Le Comité international de la Croix Rouge comme organisation *sui generis* ? : remarques sur la personnalité juridique internationale du CICR », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 105, n° 3, 2001, pp. 581-616. À propos de cette institution Laurence Boisson de Chazournes estime que « la communauté des États [lui] a reconnu une subjectivité juridique internationale », voir sa Préface de l'ouvrage de Thierry GARCIA, *Les observateurs auprès des organisations intergouvernementales, Contribution à l'étude du pouvoir en droit international*, Bruylant, Bruxelles, collection Mondialisation et droit international, 2012, 425 p., p. ix.

indépendante⁴⁶, toutefois les États Parties aux Conventions de Genève ont statutairement entendu confier à cette institution la mission d'assurer la garde et l'observation du respect⁴⁷ du droit international humanitaire. À cet effet, les Statuts du Comité international de la Croix-Rouge disposent que « [l]e CICR a, notamment, pour rôle de : [...] travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et de recevoir toute plainte au sujet de violations alléguées de ce droit [et] de travailler à la **compréhension** et à la diffusion du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et d'en préparer les développements éventuels »⁴⁸. Ces Statuts ne lient pas les États Parties aux Conventions de Genève ; le Comité international de la Croix-Rouge est « une institution humanitaire indépendante ayant son statut propre »⁴⁹. Cependant, ce rôle confié au Comité international de la Croix-Rouge est repris dans les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge⁵⁰, à l'article 5 paragraphe 2 c) et g), tels qu'adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006. Or, la Conférence internationale est composée non seulement de toutes les composantes du Mouvement⁵¹, mais aussi des États Parties aux Conventions de Genève, c'est-à-dire tous les États du monde⁵². C'est donc, formellement, en adoptant les Statuts du Mouvement, que les États ont entendu confier ce rôle au Comité international de la Croix-Rouge. Ce fait ne signifie pas encore à lui seul que ces États sont supposés adhérer à tout texte émanant de cette

⁴⁶ Voir en ce sens l'article 1^{er} de ses Statuts qui énonce que le Comité international de la Croix-Rouge « est une institution humanitaire indépendante ayant son statut propre », *Statuts du Comité international de la Croix-Rouge*, du 21 juin 1973, révisés le 6 décembre 1973, le 1^{er} mai 1974, le 14 septembre 1977, le 29 avril 1982, le 20 janvier 1988, le 2 mai 1991, le 20 juillet 1998 et entrés en vigueur le 8 mai 2003, reproduits dans Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, quatorzième édition, 2011, 1366 p., pp. 570-576.

⁴⁷ Voir en ce sens, et pour une description extensive du rôle du Comité international de la Croix-Rouge en matière de droit international humanitaire, Yves SANDOZ, « Le Comité international de la Croix-Rouge : gardien du droit international humanitaire », accessible en ligne : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/about-the-icrc-311298>, 31 décembre 1998, dernier accès le 11 février 2010.

⁴⁸ Respectivement articles 4 paragraphe 1 c) et 4 paragraphe 1 g), *Statuts du Comité international de la Croix-Rouge*, *op. cit.* note 46, nous soulignons.

⁴⁹ Article 1, *ibid.*

⁵⁰ *Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, adoptés par la XXVe Conférence internationale de la Croix-Rouge à Genève en 1986 et amendés en 1995 et 2006, reproduits dans Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, *op. cit.* note 46, pp. 537-554.

⁵¹ À savoir toutes les Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge.

⁵² Au 31 janvier 2014 on recensait 195 États Parties aux Conventions de Genève (source : [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)), contre 193 États membres des Nations unies (source : <http://www.un.org/fr/members/index.shtml>).

organisation, cependant cela rend raisonnable d'estimer que l'interprétation qu'en fait l'institution, avec le rôle qu'ils ont entendu lui confier⁵³, est celle vers laquelle se tourner en priorité⁵⁴. D'ailleurs lorsque des juridictions, nationales ou internationales, sont invitées à statuer sur une question de droit international humanitaire, il est fréquent⁵⁵, bien que pas systématique⁵⁶,

⁵³ Dans le même sens, Gabor RONA, « *Le statut du CICR : dans une catégorie à part* », 17 février 2004, accessible en ligne : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5WWHDP>, dernier accès le 11 février 2010.

⁵⁴ Par le biais des Statuts du Mouvement qu'ils ont adoptés, les États lui ont délégué le rôle de veiller à une « *application fidèle du droit international humanitaire* », article 5 paragraphe 2 c), *Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, op. cit. note 50.

⁵⁵ Voir en ce sens par exemple l'utilisation qu'en a fait la Cour suprême américaine, les mentionnant comme étant les « *commentaires officiels* » dans l'affaire Hamdan pour décider que l'article 3 commun était applicable dans la situation, Cour suprême des États-Unis, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), n° 05.184, 29 juin 2006, reproduit et traduit dans Marco SASSÖLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 272, États-Unis d'Amérique, *Hamdan c. Rumsfeld*, pp. 2857-2865, p. 2861. La Cour de district de Floride a au contraire souligné que « *le Commentaire de la Croix-Rouge n'est qu'une discussion des orientations qu'il convient de suivre aux yeux de ses auteurs. Le Commentaire ne fait pas partie du traité.* », United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, et autres*, Opinion : Jugement général, William M. Hoeveler, Juge au Tribunal fédéral de première instance des États-Unis (U.S. District Court), N°88-79-CR, 8 juin 1990, op. cit. note 42, p. 1693. Cette même Cour dans cette même affaire, mais deux ans plus tard, fera néanmoins extensivement reposer certaines parties de son raisonnement sur les commentaires, United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Opinion de : William M. Hoeveler, Recommandation, 8 décembre 1992, reproduit et traduit dans Marco SASSÖLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721. Elle fera de même en 2007 à propos de l'extradition du Général Noriega vers la France allant même jusqu'à considérer que le raisonnement du défendeur n'est pas conforme au commentaire de l'article 12, plutôt que non conforme à l'article 12 lui-même, United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, défendeur*, Décision de rejet de la « *requête sollicitant une ordonnance d'Habeas Corpus en vertu de la section 2241 du titre 28 du Code des États-Unis* » déposée par le défendeur et décision levant sursis à l'extradition, 7 septembre 2007, reproduit et traduit dans Marco SASSÖLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721, p. 1717. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a largement recours aux commentaires des Conventions de Genève dans ses jugements. Voir par exemple TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, op. cit. note 44 ; ou TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, Affaire n° IT-04-82-T, Chambre de première instance II, jugement, 10 juillet 2008, pour ne citer que deux cas emblématiques. Dans le même sens, voir CIADH, *Juan Carlos Abella c. Argentine*, Affaire 11.137, Rapport n° 55/97 in. Rapport Annuel 1997, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 6 rev, 18 novembre 1997, reproduit et traduit dans Marco SASSÖLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 200, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Affaire de la Tablada, op. cit. note 6, pp. 1997-1998.

⁵⁶ Hormis la fluctuation de la Cour de district américaine dans l'affaire Noriega mentionnée dans la note précédente, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a adopté une position ambiguë à l'occasion de l'affaire *Milošević*. Estimant en premier lieu qu'il s'agit des « *commentaires officiels* », la Chambre de première instance affirme qu'ils sont « *dépourvus de force obligatoire* », mais conclut finalement son raisonnement en citant *in extenso* le commentaire de l'article 3 commun selon lequel cette disposition devrait « *avoir un champ d'application aussi vaste que*

qu'elles prennent appui sur les prises de position énoncées dans les commentaires des Conventions de Genève et/ou de leurs Protocoles additionnels. Plus encore, on pourrait leur reconnaître un rôle de « *passerelle vers le droit positif* »⁵⁷ dans la mesure où certaines interprétations qu'ils ont délivrées peuvent aujourd'hui être considérées comme étant la règle⁵⁸.

À l'inverse, on ne peut ignorer une mention importante figurant en forme d'« Avertissement » en tête de chacun des commentaires : « *Bien que publié par le Comité international de la Croix-Rouge, ce commentaire reste l'œuvre personnelle de ses auteurs. Le Comité international, d'ailleurs, lorsqu'il est appelé à donner un avis sur une disposition d'une Convention internationale, souligne toujours qu'il s'agit d'un traité intergouvernemental dont seuls les États parties sont habilités à donner, par voie de consultation mutuelle, une interprétation officielle et en quelque sorte authentique.* »⁵⁹ Cette précision a pour conséquence de ne pas lier le Comité international de la Croix-Rouge aux commentaires. Sous couvert de laisser aux États la primeur de l'interprétation, cela permet surtout à l'institution de préférer éventuellement une autre interprétation à celle formulée dans tel ou tel commentaire d'une disposition. Il n'en reste pas moins que lorsque la formulation d'une disposition pose question au moment de son application à une situation concrète, c'est le Comité international de la Croix-Rouge qui semble le mieux à même de trancher entre les divergences qu'elle suscite. Cette mention n'entache donc en rien le raisonnement suivi jusqu'à présent selon lequel les commentaires peuvent à tout le moins servir de « *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit [international humanitaire]* », voire détenir en eux-mêmes une certaine portée juridique au travers de la mission que les États parties aux Conventions de Genève ont entendu confier au Comité international de la Croix-Rouge en terme de diffusion et de compréhension du droit international humanitaire. Ils sont donc utilisés avec cette ambivalence à l'esprit tout au long de ce travail.

possible », TPIY, *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, Affaire n° IT-02-54-T, Chambre de première instance, décision relative à la demande d'acquiescement, 16 juin 2004, § 19.

⁵⁷ Selon l'expression de Laurence Boisson de Chazournes, voir Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in. Laurence BOISSON DE CHAZOURNES & Marcelo KOHEN (eds.), *Le droit international et la quête de sa mise en œuvre* : Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas, Brill, Leiden, 2010, 513 p., pp. 351-376, p. 374.

⁵⁸ Pour des exemples en ce sens, voir en particulier *infra*, les développements relatifs au moment à partir duquel le droit de l'occupation est applicable, Titre I, Chapitre I, Section II.

⁵⁹ Par exemple, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, p. 5. Dans le même sens voir l'Avant-Propos figurant en tête des commentaires des Protocoles additionnels dans lequel le Président d'alors du Comité international de la Croix-Rouge estime que « *le CICR a [...] tenu à laisser leur liberté académique aux auteurs, considérant le Commentaire avant tout comme un travail scientifique et non comme un ouvrage destiné à répandre les opinions du CICR.* », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11.

La jurisprudence des juridictions pénales internationales, mais aussi des juridictions nationales, offre également matière à réflexion et il semble nécessaire de clarifier ce point d'emblée, étant donné que les affaires qui leur ont été soumises ont contribué à ce que le droit international humanitaire fasse un extraordinaire bond en avant.

La jurisprudence des juridictions pénales internationales et des tribunaux nationaux

Le droit international humanitaire est un droit voué avant tout à s'appliquer pendant les conflits. Jusqu'à une époque récente, sa mise en œuvre *a posteriori* restait confidentielle. Le formidable essor de la justice pénale internationale depuis la création des tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie puis le Rwanda jusqu'à la Cour pénale internationale, par l'entremise des crimes de guerre, l'a conduite à se pencher sur les règles de droit international humanitaire. Or ces interprétations la plupart du temps reprises comme reflétant le droit existant peuvent révéler de grands problèmes de mise en œuvre pratique.⁶⁰ Il en résulte que la jurisprudence de ces tribunaux est tout autant comprise par certains comme fixant le droit existant, que décriée par d'autres. Quelle que soit la configuration cependant, il est nécessaire de déterminer l'autorité des décisions rendues par ces juridictions, afin de fixer les modalités dans lesquelles elles pourront être utilisées soit pour confirmer ou au contraire infirmer la compréhension des dispositions relatives à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.

Au regard de ce qu'il faut comprendre par « jurisprudence » au terme de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir « *l'ensemble des décisions juridictionnelles [...] ou arbitrales, tant nationales qu'internationales* »⁶¹, les décisions rendues par les tribunaux pénaux internationaux figurent assurément au titre des moyens de détermination du droit. Toutefois, il n'est pas rigoureux de certaines fois faire sienne leur compréhension de certaines règles du droit international humanitaire et d'autres pas. Soit les décisions rendues par ces juridictions obéissent à la règle du précédent judiciaire, ou *stare decisis*, et par là même jouissent d'une « *autorité normative générale* »⁶² ou bien elles n'ont autorité de chose jugée que pour les parties en cause et par conséquent une « *portée normative directe* »⁶³. Il semble toutefois que la solution

⁶⁰ Pour une analyse détaillée des interactions entre le droit international humanitaire et la justice pénale internationale voir, Julia GRIGNON et Marco SASSÖLI, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire », in. Abdelwahab BIAD et Paul TAVERNIER (dir.) *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Bruxelles, Collection du CREDHO, 2012, 325 p., pp. 133-154.

⁶¹ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, p. 437, § 259.

⁶² *Ibid.*, p. 438, § 260.

⁶³ *Ibid.*

ne puisse pas être aussi tranchée pour ce qui concerne à tout le moins le cas des tribunaux pénaux internationaux, créés par le Conseil de sécurité des Nations unies, et de la Cour pénale internationale, résultat d'un traité multilatéral. Fruit de consensus émanant de pays provenant à la fois de systèmes de *common law* et de droit continental, ils sont d'une certaine manière de nature hybride. À ce constat général s'ajoute celui propre aux tribunaux créés en réponse aux conflits en Ex-Yougoslavie et au Rwanda, selon lequel ces juridictions ont une compétence strictement encadrée, à la fois matériellement, dans l'espace, et dans le temps. Les décisions qu'ils rendent ne concernent que certaines catégories spécifiques de crimes, pour une région et pour un temps donnés. Il en résulte que la portée de leurs décisions, bien que notable, ne saurait être considérée comme universelle. Il n'en demeure pas moins toutefois que leur apport en terme d'interprétation du droit international humanitaire est absolument sans précédent, de par la nature des décisions rendues et l'ampleur des thèmes abordés, mais aussi de par l'importance qui leur est accordée, notamment en doctrine⁶⁴, et plus encore de par son éventuelle intégration ultérieure en droit positif⁶⁵. Elle ne peut donc pas être ignorée. En conséquence de quoi lorsque la jurisprudence des juridictions pénales internationales est utilisée aux fins de la présente recherche, elle l'est comme un outil supplémentaire aux fins de détermination de la règle de droit international humanitaire. Peut-être pas source de droit en tant que telle et entachée de limites quant à son rôle en tant que moyen auxiliaire de détermination du droit, elle constitue néanmoins un élément privilégié à prendre en considération.⁶⁶

⁶⁴ En doctrine mais aussi en jurisprudence. La Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg, par exemple, a au moins à deux reprises fait explicitement référence à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie. Dans une affaire, la jurisprudence de La Haye lui porte secours lorsqu'il s'agit de fixer les circonstances de l'espèce – en l'occurrence la question de savoir quelle était la situation militaire à un moment donné à Sarajevo pendant le conflit en Ex-Yougoslavie, voir CEDH, *Đokić c. Bosnie Herzégovine*, Requête n° 6518/04, jugement, 27 mai 2010, §§ 14-17 ; dans une autre, les constatations du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie figurent parmi les éléments permettant aux juges européens de conclure qu'une règle de nature coutumière existait bien au moment des faits dont se prévalait le requérant, pour déclarer sa requête inadmissible, voir CEDH, *Frans Cornelis Adrianus Van Anraat c. Pays-Bas*, Requête n° 65389/09, décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010, en particulier au § 94, mais aussi au § 56 en tant que « *droit international pertinent et pratique* », nous traduisons ; dans une autre enfin la Cour non seulement utilise, mais analyse de façon fouillée la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie au regard de son interprétation de la notion « *d'intention de détruire* » relativement au crime de génocide et pour constater que l'exercice de la compétence universelle est reconnue en ce qui concerne les crimes de guerre, voir CEDH, *Jorgić c. Allemagne*, Requête n° 74613/01, jugement, 12 juillet 2007, §§ 42 à 44, et §§ 50, 51 et 69, respectivement.

⁶⁵ On pense ici par exemple à la notion de « *conflit armé prolongé* », apparue dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie et reprise par la suite dans le Statut de Rome. Pour de plus amples détails sur ce point, voir *infra*, Titre I, Chapitre II, Section II.

⁶⁶ Du reste pour ce qui concerne le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, celui-ci fait expressément référence à son article 20 à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux qui l'ont précédé en tant que guide pour l'élaboration de sa propre jurisprudence. *Statuts du Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, disponible en ligne sur <http://www.sc->

Pour ce qui concerne la jurisprudence des tribunaux nationaux, elle n'est prise en compte ci-après que comme témoignage de certaines orientations prises par les États dans leur interprétation du droit international humanitaire.⁶⁷ Cette prise en considération est nécessairement parcellaire, et cela à deux titres. Parcellaire d'abord dans la mesure où elle ne peut pas être absolue. En effet, une étude systématique des décisions des tribunaux nationaux nécessiterait en tout premier lieu de comprendre la langue de chacun d'entre eux. De ce fait, il est certain que de très nombreuses décisions de tribunaux internes échappent à l'étude la plus minutieuse possible, faute de pouvoir identifier premièrement si elles concernent le droit international humanitaire et deuxièmement, si oui, en quoi. Cet obstacle n'est que partiellement surmonté grâce aux efforts de traduction que l'on peut trouver sporadiquement, lorsqu'il s'agit de décisions jugées (par la doctrine) importantes⁶⁸. Parcellaire ensuite parce qu'elle ne peut pas être exhaustive. En effet, la plupart des décisions rendues par les tribunaux nationaux n'ont de conséquence qu'au plan interne, en ce qu'elle concerne sur le fond des matières étrangères au droit international humanitaire, telle que le droit commercial par exemple. Si le juge est amené à se prononcer sur une norme ou un concept de droit international humanitaire, c'est le plus souvent au titre de questions préliminaires avant de trancher au fond un litige opposant des particuliers entre eux. Ces affaires n'ayant aucune conséquence au plan international, elles sont écartées du champ de cette étude. Ainsi, les interprétations qui ont pu être données du mot « guerre » par les juges nationaux, aux fins par exemple de déterminer si une clause d'un contrat d'assurance s'appliquait, sont ignorées⁶⁹. Elles ne reflètent pas la conception

sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJJeW%3d&tabid=176, dernier accès le 12 août 2012, article 20.

⁶⁷ Dans le même sens, Marten Zwanenburg estime que les décisions des juridictions nationales « ont un rôle très utile à jouer [en tant que reflet de la pratique des États] » mais qui dans le même temps reconnaît que « [I]l y a un problème cependant avec les jugements des cours nationales est qu'elles représentent seulement les vues d'une partie à l'instrument en question. », Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 10, 2007, pp. 99-130, p. 111. Voir également les critiques adressées en particulier à la Cour suprême israélienne, qui du fait du contexte israélo-palestinien a eu de nombreuses fois à se prononcer sur des questions de droit international humanitaire trouvant écho au plan international, par exemple : David KRETZMER, *The occupation of justice : the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, Albany, 2002, 262 p. ; ou Nimer SULTANY, « The Legacy of Justice Aharon Barak: A Critical Review », *Harvard International Law Journal Online*, 2007, disponible sur : http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/05/HILJ-Online_48_Sultany.pdf, dernier accès le 12 juillet 2012.

⁶⁸ Il faut ici reconnaître l'apport considérable en la matière du *Oxford Reports on International Law*, disponible en ligne sur <http://www.oxfordlawreports.com/> (soumis à mot de passe), et de l'ouvrage Marco SASSÒLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume I-III, Présentation du droit international humanitaire et Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012.

⁶⁹ À titre d'exemple on peut citer la décision de la Cour de cassation française qui, à l'occasion d'un recours tendant à faire juger que la compagnie aérienne British Airways n'avait pas engagé sa responsabilité civile contractuelle, a affirmé qu'un conflit armé était imminent au Koweït, le 2 août 1990. Le fond de l'affaire trouvait sa source dans la requête d'un certain nombre de passagers d'un

que le juge se fait de ce terme en droit international, pas plus qu'elles ne donnent d'indications sur la conception que s'en fait l'État sur le territoire duquel se trouve la juridiction qui se prononce. En revanche, lorsque les affaires opposent un individu à un État, et en particulier dans le contexte d'un conflit armé, les décisions que peuvent être amenés à rendre les juges nationaux présentent un intérêt au regard du droit international humanitaire⁷⁰. Dans ces cas, il s'agit véritablement de la mise en œuvre du droit international humanitaire, et non plus d'une interprétation incidente en vue de la mise en œuvre du droit interne. Non seulement l'argumentaire développé par l'État au cours du procès peut révéler certaines de ses conceptions à propos du droit international humanitaire, mais l'interprétation à laquelle se livre le juge des normes en cause peut aussi servir de guide à la façon dont il faut entendre tel ou tel terme en droit international.⁷¹

vol Londres / Kuala Lumpur dont l'avion avait inopinément fait escale à Koweït-City dans la nuit du 1^{er} au 2 août 1990, soit selon la Cour « *peu de temps après que les troupes irakiennes aient commencé d'envahir le Koweït* ». « *[L]es passagers [avaient] été transportés dans un hôtel où ils [avaient] été faits prisonniers par l'armée irakienne, puis détenus pendant une période allant de un à trois mois en divers endroits du Koweït ou de l'Irak [...]. A]près leur retour en France, ces passagers et des membres de leur famille [avaient] engagé contre la compagnie British Airways une action en réparation des préjudices consécutifs à cette détention* ». Pour déterminer si la responsabilité de la compagnie aérienne était engagée, les juges devaient se prononcer sur un éventuel manquement de son « *[...] obligation de sécurité de moyens dans l'exécution du contrat le liant à ses clients [...]* », lequel est caractérisé en l'occurrence selon la Cour puisque « *[...] l'escale sur l'aérodrome de Koweït City, qui n'était pas mentionnée sur les billets d'avion, avait été portée à la connaissance des passagers lors du départ de Londres et qu'elle avait été réalisée à un moment où l'imminence d'un conflit armé était hautement prévisible, et cela bien que l'avion ait disposé d'une réserve de carburant suffisante pour l'éviter, de sorte que les passagers avaient été exposés sans raison valable à un risque de guerre [...]* », ce qui lui permet de confirmer le jugement de la Cour d'appel qui avait condamné British Airways. Cour de cassation, Chambre civile 1, N° de pourvoi 97-10268, arrêt du 15 juillet 1999, publié au Bulletin, 1999, I, N° 242, p. 156. Ici, si la Cour se prononce sur l'existence d'un conflit armé ou sur un risque de guerre, ce n'est qu'aux fins d'une procédure civile sans conséquence au plan international. Les décisions de ce type sont donc écartées de cette étude. Celles qui en revanche impliquent directement le droit international humanitaire le seront. Ainsi, par exemple, l'arrêt de cette même Cour de cassation par lequel elle confirme le jugement de la Cour d'appel selon lequel l'auteur de « *l'ouvrage intitulé "Services spéciaux Algérie 1955-1957"* » et sa maison d'édition s'étaient rendus « *coupables comme auteur et comme complice d'apologie de crimes de guerre* », se prononçant, entre autres, sur les situations couvertes par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, aurait pu être pris en considération, pour autant qu'il ait servi à étayer l'argumentation. Cour de cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi 03-82832, arrêt du 7 décembre 2004, publié au Bulletin criminel, 2004, N° 310, p. 1154.

⁷⁰ En ce sens, voir l'affirmation du juge Hoeveler lorsque sa juridiction a été saisie du cas du Général Noriega dès 1990 selon laquelle : « *Dans la présente cause, le Tribunal est saisi d'une affaire qui revêt des proportions internationales, étant donné le statut du principal accusé [...]* », United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, et autres*, Opinion : Jugement général, William M. Hoeveler, Juge au Tribunal fédéral de première instance des États-Unis (U.S. District Court), N°88-79-CR, 8 juin 1990, *op. cit.* note 52, p. 1685.

⁷¹ La Cour suprême israélienne tient par exemple une place prépondérante dans l'examen de la notion d'occupation en droit international humanitaire. Elle a en effet rendu plus d'une dizaine de jugements sur ce thème. Voir en ce sens David KRETZMER, *The Occupation of Justice: the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, *op. cit.* note 67 ; voir également *infra*, Titre I, Chapitre I, Section II.

Structure de l'ouvrage

Sujette à controverses et enserrée dans des considérations juridiques complexes, l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire est très rarement traitée en tant que telle en doctrine. Elle a notamment fait l'objet d'un document de travail en 2003⁷², mais cette question n'est habituellement traitée qu'à la marge dans les ouvrages de droit international humanitaire. Peu de pages sont en effet nécessaires pour dire que le droit international humanitaire s'applique en temps de conflit armé, dès son commencement et jusqu'à la cessation des hostilités. De surcroît, lorsque les études relatives au champ d'application temporel du droit international humanitaire existent, elles sont presque toujours cantonnées à un aspect spécifique du droit international humanitaire, tel que le début et la fin de l'occupation⁷³, ou la question de l'applicabilité du statut de prisonnier de guerre⁷⁴, par exemple. En témoigne également l'absence quasi-totale de littérature sur les notions de « *fin des hostilités (actives)* »⁷⁵ et de « *fin générale des opérations militaires* »⁷⁶, pourtant fondamentales en la matière, ou de « *libération* », « *rapatriement* » et « *établissement* », pour lesquelles persistent des incertitudes⁷⁷. Cette absence de recherche transversale, traitant simultanément du début et de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, et ce à la fois dans ses aspects généraux et spécifiques, est d'autant plus préjudiciable que la question de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire a des répercussions sensibles non seulement à l'égard des populations affectées par les conflits armés, mais également à l'égard de toute entité confrontée à cette question, État, groupe armé, association, organisation internationale – intergouvernementale ou non-gouvernementale.

L'une des explications à ce peu d'attention réside peut-être dans la difficulté conceptuelle qui consiste à extraire le champ d'application temporel du droit international humanitaire de ses autres champs d'application, en particulier matériel et personnel. En effet, étudier le champ d'application temporel du droit international humanitaire oblige nécessairement à faire quelques détours vers les autres champs d'application. Notamment, puisque le droit international humanitaire s'applique pendant le temps du conflit armé,

⁷² JINKS (Derek) « The Temporal Scope of Application of International Humanitarian Law in Contemporary Conflicts », Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting of the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law, Cambridge, January 27-29, 2003, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, disponible en ligne sur : <http://www.hpcresearch.org/sites/default/files/publications/Session3.pdf>, dernier accès le 31 janvier 2014.

⁷³ Ces aspects sont discutés *infra* Titre I, Chapitre I, Section II et Titre II, Chapitre I, Section III.

⁷⁴ Cet aspect est discuté *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

⁷⁵ Cette notion est discutée *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁷⁶ Cette notion est discutée *infra*, Titre II, Chapitre I, Section II.

⁷⁷ Ces trois notions sont discutées *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

encore faut-il savoir ce qui déclenche et ce qui met fin à un conflit armé. Il en va de même pour l'occupation ou le conflit armé non international. Dès lors, comment traiter du temps pendant lequel le droit international humanitaire est applicable sans parallèlement empiéter sur les questions relatives à ses autres champs d'application ? La gageure est de faire état de son applicabilité temporelle sans décrire ces derniers extensivement, mais sans pour autant tomber dans l'excès inverse qui consisterait à ne traiter de la question de la temporalité que par le biais d'éléments sporadiques, sans lien entre eux. L'ensemble du présent travail repose sur la recherche de cet équilibre subtil.

La principale difficulté de cette étude pour fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire s'applique, comme le moment à partir duquel il cesse de produire des effets, sera de trouver dans les mots utilisés par les instruments pertinents l'expression d'un point de départ et de la fixation d'un terme à son applicabilité. À cet égard, les éléments que fournissent les textes sont, de la volonté même des négociateurs, loin de constituer des définitions rigides. Comme le soulignait une délégation lors de la *Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés* de 1974 à 1977 (ci-après la « Conférence diplomatique de 1974-1977 ») il y a de toute façon des doutes « que la mise au point d'une définition précise soit de quelque utilité. Ce n'est que lorsque le [texte] entrera en vigueur que l'on pourra juger du bien-fondé de la définition donnée. En pareil cas, les juristes essaient d'ordinaire de trouver une formule souple servant à couvrir les situations très variées qui pourraient se présenter. »⁷⁸

C'est toute l'ambition de ce travail au regard de l'applicabilité *ratione temporis* des instruments de droit international humanitaire, dégager, sinon des critères, à tout le moins des indicateurs permettant d'encadrer juridiquement, avec toute la souplesse requise, le temps dans lequel le droit international humanitaire produit des effets, quelle que soit la situation dans laquelle il a vocation à s'appliquer.

Pour ce faire, et afin de proposer un ensemble cohérent, le choix a été fait de traiter successivement du début puis de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. D'autres façons, plus dynamiques, de traiter le sujet ont été recherchées, telles que, par exemple, traiter des conflits armés internationaux puis des conflits armés non internationaux, ou encore d'aborder l'applicabilité générale, ou globale, du droit international humanitaire, puis son applicabilité spécifique, ou dérogoire. Mais il en a systématiquement découlé soit de trop grandes disparités entre les parties, soit

⁷⁸ Intervention de la représentante de la Mongolie, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, Comptes rendus analytiques de la Commission I, 478 p., p. 243, § 49.

des répétitions inutiles. Il en résulte le choix d'une division extrêmement conformiste, voire orthodoxe, de ce travail de recherche ; la seule qui a semblé permettre de traiter l'ensemble de la matière de la manière la plus didactique possible. Il n'en demeure pas moins toutefois que les deux grandes parties de la thèse ne sont pas le miroir l'une de l'autre car les enjeux liés au début de l'applicabilité ne sont pas les mêmes que ceux qui sont propres à la fin de l'applicabilité. Pour ce qui concerne le déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire, la dichotomie entre le conflit armé international d'une part et le conflit armé non international d'autre part se trouve magistralement affirmée. Ainsi la première partie s'articule autour de ces deux axes et s'attache à proposer des séries d'indicateurs permettant de conclure au déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire dans ces deux situations, tour à tour. En revanche pour ce qui concerne la fin de l'applicabilité les enjeux dominants sont la fin générale de l'applicabilité du droit international humanitaire d'une part, et ses fins successives fonctionnelles d'applicabilité d'autre part, telles qu'elles sont expressément prévues dans les instruments de droit international humanitaire. Alors qu'il y a, ou devrait y avoir, un moment général permettant de fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire s'applique, il n'y a presque exclusivement que des moments particuliers qui permettent, en fonction de chaque situation, de conclure à la fin de l'applicabilité.

Première partie : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire

Afin de déterminer à partir de quand le droit international humanitaire est applicable, il est nécessaire de rechercher les éléments qui caractérisent le moment à partir duquel un conflit armé existe⁷⁹. Pour répondre à cette question il est essentiel de distinguer entre les conflits armés internationaux (CHAPITRE I) et les conflits armés non internationaux (CHAPITRE II), tant les critères divergent. Il n'y a ici pas de recoupement qui exigerait de les traiter simultanément.

Le conflit armé non international est celui dont la prévalence est la plus forte dans le monde contemporain. Par conséquent, les aspects matériels de ce type de conflit ont été très largement analysés et disséqués. Et bien que ses aspects temporels ne l'aient pas été dans la même mesure, il en résulte que pour faire état du moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux s'applique, il suffit de faire la synthèse des nombreuses prises de position tant jurisprudentielles que doctrinales déjà exprimées en la matière. Au contraire, pour déterminer le moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique, il conviendra de se pencher sur un certain nombre de questions afin de donner une certaine consistance à la théorie dite du premier coup de feu⁸⁰. Il s'ensuit un déséquilibre quantitatif entre le premier chapitre dédié aux conflits armés internationaux qui nécessite l'examen de certains éléments dans

⁷⁹ En effet, « *le droit international humanitaire devient applicable aussitôt qu'il y a un conflit armé.* », Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », in. Dieter FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2008, 770 p. pp. 45-78, p. 45, nous traduisons. Le conflit armé est « l'acte condition » du déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire, voir en ce sens Jean-François QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 850, 2003, pp. 271-311, pp. 273-274, reprenant l'expression de Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983, 629 p., p. 7.

⁸⁰ Selon l'expression empruntée au commentaire des Conventions de Genève. Voir en ce sens, les développements relatifs à ce point *infra*, Titre I, Chapitre I, Section I.

beaucoup de détails et le second relatif aux conflits armés non internationaux qui se borne à rappeler l'état du droit existant. Par ailleurs, commencer par l'étude du moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique a pour conséquence que lorsqu'il s'agit d'étudier le point de départ des conflits armés non internationaux certains aspects ne nécessiteront pas d'être traités à nouveau. En effet, le droit des conflits armés internationaux étant antérieur au droit des conflits armés non internationaux qui s'en inspire, certains éléments dégagés pour les conflits armés internationaux ne seront que répétés à l'identique pour la caractérisation des conflits armés non internationaux. Il n'en demeure pas moins que les conflits armés non internationaux présentent des spécificités matérielles et par voie de conséquence temporelles qui leurs sont propres. Il est par conséquent justifié de les traiter séparément.

Chapitre 1^{er} : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux

Selon la lettre des Conventions de Genève, auxquelles renvoie le premier Protocole additionnel⁸¹, le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commence à s'appliquer « *en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles* »⁸², mais aussi « *dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.* »⁸³ Bien que l'occupation d'un territoire puisse survenir durant un conflit armé et soit dans ce cas couverte par le premier alinéa de l'article 2 commun, ces deux situations – le conflit armé proprement dit, et l'occupation – présentent des caractéristiques qui leurs sont propres. Elles seront donc traitées dans deux sections distinctes. Ce choix se justifie d'autant plus que si l'occupation (**Section II**), bien qu'elle ne soit pas définie formellement dans les Conventions de Genève, trouve une tentative de définition dans le Règlement de La Haye de 1907⁸⁴, le conflit armé international (**Section I**), lui, n'est défini nulle part.

⁸¹ Article 3 a) et article 1 paragraphe 3 du Protocole I.

⁸² Article 2 alinéa 1 commun aux quatre Conventions de Genève.

⁸³ Article 2 alinéa 2 commun aux Conventions de Genève. La *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *op. cit.* note 22, reprend exactement le même champ d'application temporel à son article 18. De même, l'article 1 de la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, *op. cit.* note 22, précise que cette Convention et ses Protocoles s'appliquent dans les mêmes conditions que celles énoncées à l'article 2 commun aux Conventions de Genève et à l'article 1 paragraphe 4 du Premier Protocole additionnel de 1977, relatif aux guerres de libération nationale.

⁸⁴ Selon le commentaire de la quatrième Convention de Genève « [...] la section trois de la [quatrième] Convention [de Genève] forme, depuis la conclusion des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, la première codification des règles du droit international concernant le régime de l'occupation. Cette codification "complètera", en la précisant sur de nombreux points, les sections II et III du Règlement annexé aux susdits traités de La Haye », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 291. Cette complémentarité entre le Règlement de La Haye et les Conventions de Genève justifie que l'on recherche une définition de l'occupation dans le premier en l'absence de définition dans les secondes.

Section I La « guerre déclarée » ou « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes »

Afin de déterminer le début de l'applicabilité du droit international humanitaire aux conflits armés internationaux, encore faut-il déterminer ce que recouvrent les notions contenues au premier alinéa de l'article 2 commun, à savoir une « guerre déclarée » ou « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes », auxquelles s'ajoute celle de guerre de libération nationale contenue au quatrième paragraphe du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève. En effet, dès lors que ces situations pourront être constatées le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commencera à s'appliquer.

Les Conventions de Genève de 1949 ne reconnaissent que deux types de conflits armés : les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux. Et bien que cette distinction soit largement débattue en doctrine, il reste qu'elle perdure en droit. En effet, aucune révision des Conventions de Genève n'est venue contredire ce principe depuis 1949. Plus encore il est significatif de relever que le dernier instrument de mise en œuvre du droit international humanitaire adopté à ce jour – le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale – continue de distinguer entre ces deux types de conflits armés. En adoptant ce texte les États ont réaffirmé leur attachement à cette distinction, ce que la Cour pénale internationale a confirmé dans la première affaire dont elle a eu à juger.⁸⁵ Or, pour ce qui concerne le

⁸⁵ Voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, jugement conformément à l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, §§ 539 et 541. En outre, pour le Comité international de la Croix-Rouge, gardien des Conventions de Genève et chargé de leur interprétation, cette classification est toujours valable. Voir en ce sens : Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », prise de position, mars 2008, disponible en ligne sur : <http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/armed-conflict-article-170308>, dernier accès le 26 février 2009. De même, Maria-Daniella MAROUDA, « Application of International Humanitarian Law in contemporary armed conflicts: is it 'simply' a question of facts? », in: Stelios PERRAKIS et Maria-Daniella MAROUDA (eds.), *Armed Conflicts & international Humanitarian Law, 150 years after Solferino. Acquis and prospects*, Athènes / Bruxelles, Sakkoulas / Bruylant, 2009, 653 p., pp. 201-244, p. 203 ; voir également, Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », in: Dieter FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2008, 770 p., pp. 605-633, p. 627. C'est également la conclusion à laquelle arrive, de manière plus tempérée, Robert Kolb : Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing Lichtenhahn / Bruylant, Bâle / Bruxelles, Collection de droit international public, Précis, deuxième édition, 2009, 551 p., p. 156. Par ailleurs si certaines des Conventions récemment adoptées s'appliquent tant aux conflits armés internationaux que non internationaux, cela n'enlève rien au fait que la distinction subsiste : on a bien toujours deux types de conflits auxquels on fait référence, simplement le droit s'applique indifféremment dans les deux situations, voir par exemple, le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, adopté à Genève, 3 mai 1996, Recueil des Traités, vol. 2048, 2001, RTNU n° A-22495, pp. 149-165, article 1 §§ 2 et 3 ; le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant*

conflit armé international qui nous intéresse ici, cette notion remplace celle, plus restrictive, de « guerre » qui prévalait jusqu'alors, mais qui avait mené à un certain nombre de controverses. Aussi, afin de mettre un terme à la possibilité pour les parties en cause de contester l'état de guerre et ainsi l'applicabilité du droit de la guerre, les rédacteurs des Conventions de Genève décidèrent de conserver le concept de « *guerre déclarée* » (I) mais aussi de lui adjoindre celui de « *tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes* » (II). Au fil du temps pourtant, il est apparu que deux autres situations, soit non envisagées, soit envisagées sous un autre angle, appelaient l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : les cas dans lesquels, du fait d'une intervention étrangère, un conflit d'apparence non international est en réalité un conflit armé international (III) et les guerres de libération nationale, qui, elles, procèdent du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève et non de l'article 2 commun (IV)⁸⁶.

l'implication d'enfants dans les conflits armés, adoptée à New York, 25 mai 2000, Recueil des Traités, volé 2173, 2004, RTNU n° I-27531, pp. 242-247, article 4 ; ou encore la *Convention sur les armes à sous-munitions*, adoptée le 30 mai 2008, (référence RTNU non disponible), 12^{ème} alinéa du Préambule. Theodor Meron y voit au contraire une tendance à l'abandon de la distinction, Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 94, 2004, pp. 239-278, p. 262. Pour une vision globale et récente de la classification des conflits et des controverses dont elle peut-être affectée, voir Sylvain VITÉ, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 91, n° 873, 2009, pp. 69-94. Hormis la position générale de l'Association du droit international qui voit une tendance à la déclassification des conflits, International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, disponible en ligne sur : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>, dernier accès le 21 juillet 2012, p. 9, c'est à propos des conflits armés « internationalisés » que les opinions opposées à cette classification s'expriment la plupart du temps, voir *infra*, Titre I, Chapitre I, Section I, III.

⁸⁶ Les cas purement hypothétiques de reconnaissances de belligérance, qui obligeraient à considérer qu'un conflit apparemment non international est un conflit armé international, ne seront pas abordés dans le cadre de cette recherche. Ce choix pourrait être contesté dans la mesure où la déclaration de guerre – elle aussi tombée en désuétude – fait l'objet d'un examen, et que les guerres de libération nationale – pour lesquelles l'article 1 paragraphe 4 du Protocole I n'a jamais été mis en œuvre – sont également étudiées. Il se justifie pourtant par le fait que, au contraire de la déclaration de guerre et des guerres de libération nationale, la reconnaissance de belligérance « *ne fait l'objet d'aucune réglementation écrite* », voir en ce sens Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, Précis de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, troisième édition, 2002, 994 p., p. 137 et pour une étude complète de la question *ibid.* pp. 137-139. Voir également en ce sens Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 163, 1979, pp. 121-163, pp. 145-146. Certes, les hypothèses d'internationalisation d'un conflit armé interne ne sont pas non plus réglementées. Toutefois, au contraire de la reconnaissance de belligérance, celles-ci correspondent à une réalité. Il est donc justifié de les prendre en considération dans cette étude. Quant aux cas particuliers, et controversés, des conflits dits « transnationaux », qui posent la question de leur qualification (internationaux, non internationaux ou, selon une partie de la doctrine, d'un troisième type nouveau), ils ne seront pas abordés ici, dans la mesure où ils ne font appel qu'à des interrogations relatives à l'applicabilité territoriale, et non temporelle. En revanche, la question de savoir quand la « guerre contre le terrorisme » a commencé sera étudiée dans les lignes qui suivent *infra* au gré de la qualification qu'il est possible de leur attribuer.

§ I. Première hypothèse de déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : la « guerre déclarée ».

Bien que « [l]es déclarations claires émanant des parties sont les plus distinctes indications du commencement d'une guerre »⁸⁷, la notion de « guerre déclarée » fait référence à une pratique aujourd'hui tombée en désuétude⁸⁸. Toutefois, dans la mesure où elle a été conservée en 1949 – parce qu'elle correspondait encore à l'époque, pour une part au moins, à la réalité du comportement des États⁸⁹ – elle mérite que l'on s'y attarde. Pour ce faire, un rapide détour historique est justifié en ce qu'il contribue à mettre l'accent sur le caractère fondamental de la détermination du moment à partir duquel une situation de paix n'existe plus.

⁸⁷ Werner MENG, « War », in. Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. IV, 2000, pp. 1334-1342, p. 1338, nous traduisons. Dans le même sens Alfons KLAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 149, 1976, pp. 217-286, p. 224.

⁸⁸ On peut en effet considérer que cette disposition – codifiée dans la *Convention III de La Haye de 1907 relative à l'ouverture des hostilités* – a été abrogée par désuétude, dans la mesure où la coutume postérieure permet de constater son extinction progressive en raison de sa non-application. Le dernier cas d'application se trouve probablement dans le jugement du Tribunal de Nuremberg de 1946, suite à la Seconde guerre mondiale, qui considère que cette guerre a été menée notamment en violation de la Convention III de La Haye de 1907 : Tribunal militaire international de Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946, in. *Procès des grands criminels de guerre*, Tome I, Documents officiels, éditions du Tribunal, Nuremberg, 1947, 397 p., pp. 88 (acte d'accusation) et 228 (jugement). À titre d'exemple citons le manuel militaire britannique qui dispose qu'« une déclaration formelle de guerre n'est pas requise pour donner effet au droit des conflits armés. Il s'applique chaque fois qu'il y a un conflit armé entre États [...] » et qui mentionne la Convention III de La Haye de 1907 pour constater qu'« il y **avait** une exigence selon laquelle les hostilités ne pourraient commencer qu'après une déclaration de guerre formelle [...] », UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 611 p., §§ 3.2 et 3.2.1, p. 28, nous traduisons, nous soulignons. Voir en ce sens, Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, pp. 107-108 ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Précis, Dalloz, Paris, neuvième édition, 2008, 879 p., p. 679, § 572 ; Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, pp. 283-306. De même Frits KALSHOVEN, *Reflections on the Law of War*, International Humanitarian Law Series, Collected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, 1115 p., Voir également Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, op. cit. note 79, p.29 ; Marco SASSOLI, « Guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 39, 2001, pp. 211-251, p. 215 ; Dietrich SCHINDLER, « State of War, belligerency, armed conflict », in. Antonio CASSESE (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Naples, 1971, 501 p., pp. 4-20, en particulier aux pp. 19 et 20 ; Malcom N. SHAW, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, sixième édition, 2008, 1542 p., p. 1190 ; Michel VOELCKEL, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *Annuaire français de droit international*, XXXVII, 1991, pp. 7-24, p. 10 ; et International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, op. cit. note 85, p. 7.

⁸⁹ Il faut noter que selon Yoram Dinstein, les États-Unis sont intervenus en Afghanistan en 2001 après avoir émis un ultimatum en forme classique. Yoram DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge, cinquième édition, 2011, 375 p., p. 31 ; Yoram DINSTEIN, « Comments on War », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, n° 3, 2003-2004, pp. 877-892, p. 886.

La déclaration de guerre trouve son origine dans des temps anciens. « Dans l'antiquité, les guerres étaient fréquemment initiées par des cérémonies rituelles. Au Moyen-Âge, une déclaration de guerre préalable était considérée comme indispensable afin de distinguer la guerre des attaques perfides. »⁹⁰ Cependant, cette pratique allait progressivement s'effacer au cours du XVII^{ème} siècle, « et les attaques sans avertissement préalable devinrent la règle plutôt que l'exception »⁹¹. Aussi, la question se pose de savoir pourquoi cette notion est encore mentionnée dans les Conventions de Genève de 1949 alors qu'elle semblait ne plus correspondre à la réalité depuis le XVII^{ème} siècle déjà. La résurgence de la nécessité de se déclarer la guerre résulte en fait de la *Convention III de la Haye relative à l'ouverture des hostilités du 18 octobre 1907*⁹². En effet, les négociateurs de ce texte, participants à la Deuxième Conférence de la paix, avaient en tête de rendre illicite tout comportement hostile entre États. Ils décidèrent donc de réintroduire formellement cette obligation, alors que la pratique des États était peu claire en la matière⁹³. Ce sont les Russes qui sont à l'origine de cette initiative, appuyés par la France⁹⁴. À cet effet, le Major-Général Yermolov prononce un discours introductif dans lequel il constate que « la fixation presque mathématique de [l'instant juridique précis du commencement de l'état de guerre entre les belligérants], l'encadrement de la guerre dans le temps, tout comme elle est déjà plus ou moins encadrée dans l'espace, ont une importance capitale. La guerre à

⁹⁰ Werner MENG, « War », *op. cit.* note 87, p. 1338, nous traduisons.

⁹¹ *Ibid.* Voir dans le même sens, Isaac PAENSON, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, Bruylant / Martinus Nijhoff, Bruxelles / London / Dordrecht / Boston, 1989, 844 p., p. 58, § 28.

⁹² Pour une analyse approfondie des termes de cette Convention, voir Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law, A Treatise, Volume II - Disputes, War and Neutrality*, Hersch LAUTERPACHT, Longman, septième édition, 1952, 941 p., §§ 94 et s. pp. 293 et s.

⁹³ Les gouvernements présents à la Conférence sont d'accord pour constater que « [n]i les leçons de l'histoire, ni l'étude approfondie des auteurs les plus éminents, ni la lecture attentive des traités de droit international, ne peuvent fournir d'indications précises capables d'établir quelque point de vue uniforme et déterminé ». Plus encore, il relèvent qu'« il existe là-dessus divergence complète [...] et exemples les plus disparates ». Ce qui est « incontestable » en revanche c'est qu'« il n'existe aucune table de loi écrite prohibant à une nation d'ouvrir des hostilités à n'importe quel instant, même la paix profonde ». Il en résulte que « l'instant juridique précis, si important, du commencement de l'état de guerre entre les belligérants, ne peut se définir que très difficilement ». *Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix*, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, volume III, Deuxième, troisième et quatrième commissions - XCVI, pp. 5 et 6. Dans le même sens, voir Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law, op. cit.* note 92, § 93, p. 291.

⁹⁴ Si ce sont les Russes qui s'expriment le plus abondamment sur la question (probablement encore traumatisés par l'attaque surprise dont ils avaient fait l'objet en 1904 à Port Arthur par les Japonais, qui ne leur avaient formellement déclaré la guerre que trois jours plus tard), ce sont en fait les Français qui font une proposition de texte, voir *Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix*, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, volume III, *op. cit.* note 93, Annexe 20 p. 254. Les Pays-Bas proposeront ensuite un amendement à la proposition française pour que soit respecté un délai de 24 heures entre le moment de la déclaration de guerre et le début effectif des opérations militaires ; le but ici étant de freiner la course aux armements en temps de paix : fixer un délai permettrait à l'État qui fait l'objet de la déclaration de guerre de se préparer aux hostilités. Cette proposition ne sera toutefois pas retenue dans le texte final de la Convention. *Ibid.*, Annexe 22, p. 254.

l'époque actuelle touche à trop d'intérêts, change et bouleverse trop de relations et de choses pour qu'il puisse en être autrement. »⁹⁵. Il considère que ne pas fixer de règle claire et conserver le *statu quo* en la matière pourrait conduire à ce que les armements et les préparatifs en temps de paix augmentent⁹⁶, ce qui serait naturellement contraire au but poursuivi par la Conférence – à savoir la paix. Avant de conclure, il interpelle les autres délégués présents à la Conférence en ces termes : « Messieurs, la législation internationale existante a déjà réussi à limiter, ou plutôt à encadrer la guerre dans l'espace [...]. La législation internationale a aussi distingué entre les combattants et les non-combattants. Pourquoi n'essayerions nous pas aussi d'encadrer la guerre dans le temps en définissant aussi exactement que possible la moment à partir duquel tout devra se taire, excepté la voix des armes ? A l'époque actuelle, ce moment intéresse non seulement les adversaires, mais l'univers entier. C'est de ce moment là que tous les autres pays deviennent des neutres, situation qui leur donne certains droits et leur impose certains devoirs. Par cela seul vous verrez, Messieurs, que le moment précis de l'ouverture des hostilités possède une grande importance internationale. »⁹⁷ Sensible à ces arguments, la Conférence adoptera à l'unanimité en séance plénière le texte suivant : « Les Puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement préalable et non équivoque, qui aura soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle »⁹⁸. Il est cependant évident que la préoccupation du Major-Général Yermolov et de ses pairs a pour toile de fond unique le bien-être des États⁹⁹, en ce sens qu'il n'est alors pas question de déterminer le moment à partir duquel le *jus in bello* produit des effets ; on ne trouve d'ailleurs aucune trace de discussion relative à la protection des victimes dans les débats relatifs à cette Convention. De la déclaration de guerre résulte l'état de guerre au sens

⁹⁵ *Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix*, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, volume III, *op. cit.* note 93, p. 6.

⁹⁶ L'idée poursuivie et exprimée par les négociateurs ici est la suivante : si la guerre peut surgir n'importe quand, les États vont chercher à être parés en tout temps et donc se livrer à une course aux armements, alors que s'il existe une déclaration de guerre ils ne chercheraient à s'armer qu'une fois la guerre déclarée.

⁹⁷ *Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix*, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, volume III, *op. cit.* note 93, p. 6.

⁹⁸ Article 1 de la *Convention III de La Haye relative à l'ouverture des hostilités* du 18 octobre 1907, adopté lors de la cinquième séance plénière du 7 septembre 1907. Il est intéressant de noter que la formule adoptée est *in extenso* celle qu'avait proposée la Délégation française dès les premiers jours des débats en juin 1907.

⁹⁹ Ceci se situe en outre dans la droite ligne de l'objet général de cette Conférence diplomatique, à savoir la recherche de la paix. *Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix*, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, volume III, *op. cit.* note 93, p. 163 et Annexe 19 p. 253. Dans le même sens le Délégué des Pays-Bas s'exprime en faveur d'un « avertissement préalable et non équivoque » considérant que ce dernier serait « conforme [...] à la loyauté que les nations se doivent dans leurs rapports mutuels, ainsi qu'à l'intérêt commun de tous les États [...] ». *Ibid.*, p. 166.

formel. Dès ce moment le droit de la paix fait place au droit de la guerre¹⁰⁰. Cela signifie concrètement la rupture des relations diplomatiques¹⁰¹ entre les deux ou plusieurs États en cause, et le cas échéant la suspension de certains traités qui les lient¹⁰², et ayant pour conséquence la mise en œuvre du droit de prise et du droit de la neutralité¹⁰³.

¹⁰⁰ Voir en ce sens Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, op. cit. note 88, pp. 680, § 573 ; Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », op. cit. note 88, en particulier pp. 294-295 ; Karl Joseph PARTSCH, « Armed Conflict », in. Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. I, 1992, 1117 p., pp. 249-252, p. 250. Pour les effets généraux du commencement de la guerre, voir Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, op. cit. note 92, §§ 97 et s. p. 301 et s. ; Alfons KŁAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », op. cit. note 87, pp. 228 et s.

¹⁰¹ En ce sens, Alfons KŁAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », op. cit. note 87, p. 228. En sens contraire, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a considéré que puisque le fait que les « parties [aient] subséquemment maintenu des relations diplomatiques et quelques relations économiques, lesquelles apparaissent comme incompatible avec une déclaration formelle de guerre. », telle qu'elle était alléguée. Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Jus ad bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, The Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea, December 19, 2005, § 17, nous traduisons.

¹⁰² Pour une analyse détaillée des effets de la « guerre » sur les traités liant des parties au conflit, voir en particulier Sir Arnold Duncan McNAIR, *The Legal Effects of War*, Cambridge University Press, Cambridge, quatrième édition, 1966, 469 p. De façon assez remarquable Sir McNair parle de « guerre et autres conflits armés » dans l'édition de 1966 là où en 1944 il n'envisageait encore que l'hypothèse de la « guerre ». Voir également sur ce sujet le travail de la Commission du droit international qui a proposé en 2011 un *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités*, dans lequel on retrouve en substance la définition du conflit armé telle que proposé dans l'Affaire *Tadić* par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, Commission du droit international, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, 2011, disponible en ligne sur : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/1_10_2011.pdf, dernier accès le 19 juin 2012. Voir également, Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, p. 106 ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, op. cit. note 88, p. 684. Voir aussi Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, op. cit. note 79, pp. 34-64 qui fait également état des conséquences dans le chef des particuliers, à savoir l'interdiction du commerce avec l'ennemi et la nullité des contrats conclu avec l'ennemi ; dans le même sens Ingrid DETTER, *The Law of War*, Cambridge University Press, Cambridge, deuxième édition, 2000, 516 p., pp. 5 et s. ; Elihu LAUTERPACHT, « The legal irrelevance of the "state of war" », *Proceedings of the American Society of International Law*, n° 62, 1968, pp. 58-67, en particulier aux pp. 58-59.

¹⁰³ Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, p. 104 ; Elihu LAUTERPACHT, « The legal irrelevance of the "state of war" », op. cit. note 102, pp. 58-59 ; Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, op. cit. note 92, §§ 285 et s. pp. 624 et s. ; Isaac PAENSON, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, op. cit. note 91, pp. 86 et s. ; Karl Joseph PARTSCH, « Armed Conflict », op. cit. note 100, p. 252 ; Jean-François QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », op. cit. note 79, p. 275 ; Dietrich SCHINDLER, « State of war, belligerency, armed conflict », op. cit. note 88 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, p. 125 ; UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, op. cit. note 88, § 3.1.1, p. 27. Pour une étude approfondie des notions de prise et de neutralité, voir Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », op. cit. note 88, pp. 293-301 ; Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, op. cit. note 79, en particulier aux pp. 275 et s. et 371 et s., respectivement ; et Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, Stevens, London, 1968, 881 p., pp. 75 et s. Pour une étude complète de la notion de « déclaration » en droit international, laquelle confirme qu'en tant que déclaration

Toutefois, introduire une telle disposition aura des conséquences en droit international humanitaire parce qu'elle déterminera également le moment à partir duquel ce dernier commence à s'appliquer. En effet, pour que le droit de la « guerre » soit applicable il est nécessaire que les États impliqués se déclarent la guerre. « *Sans cet élément volontaire (et discrétionnaire), pas de guerre.* »¹⁰⁴ La déclaration de guerre permettait ainsi de s'assurer de la présence de l'*animus belligerendi* – autrement dit une intention de faire la guerre – entre les protagonistes¹⁰⁵. De ce fait, les cas dans lesquels le droit international humanitaire s'appliquait pouvaient se réduire à peau de chagrin. On parlait en effet à l'époque précisément de droit de « la guerre », par conséquent d'un droit applicable uniquement en cas de guerre, sous-entendu « déclarée ». Les États pouvaient donc se dégager de leurs obligations en la matière en omettant simplement de produire une déclaration en bonne et due forme. Dans le cas d'hostilités armées entre deux ou plusieurs États, sans déclaration de guerre, on faisait alors référence par exemple soit à des représailles armées, soit à des opérations de police, soit encore à des interventions pour protection d'intérêts vitaux¹⁰⁶. Autant de situations dans lesquelles le droit de la guerre ne trouvait pas à s'appliquer.

À cet égard, il est intéressant de noter que les Conventions de Genève de 1929¹⁰⁷ ne comportaient pas de disposition spécifique à leur applicabilité temporelle. Leurs Préambules précisait toutefois que les personnes visées par leurs dispositions étaient celles qui sont affectées par une « guerre ». Or, de la Convention III précédemment adoptée à La Haye en 1907, il convenait de déduire que ces deux Conventions étaient applicables dans le cas de guerres préalablement déclarées. Les Conventions de 1929 excluaient donc juridiquement de leur champ d'application tous les cas dans lesquels l'état de guerre n'était pas diplomatiquement avéré. En pratique, « *entre les deux guerres environ 6 millions de Chinois et de Japonais furent tués dans ce que ni la Chine ni le*

unilatérale, la déclaration de guerre « sert à modifier la situation juridique [puisque] un régime juridique spécial lui confère des effets de ce type. », voir Olivier DÖRR, « Declaration », in: Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010, § 10, nous traduisons.

¹⁰⁴ Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing Lichtenhahn / Bruylant, Bâle / Bruxelles, Collection de droit international public, Précis, 2003, 299 p., p. 10.

¹⁰⁵ Voir en ce sens, Yoram DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, op. cit. note 89, p. 14 et Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 104, p. 10.

¹⁰⁶ Voir en ce sens, Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 104, p. 10 ; Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, 152 p. : « De nos jours, bien souvent, on ne déclare plus la guerre et, parfois même, on se bat sans admettre qu'il y a guerre, pour ne pas encourir la condamnation que la Charte des Nations Unies a édictée. On décorera donc le conflit du nom d'opération de police ou légitime défense. », pp. 51-52 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, p. 125.

¹⁰⁷ Concernant d'une part le traitement des prisonniers de guerre et d'autre part l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, toutes deux adoptées le 27 juillet 1929 à Genève.

Japon, ni la Société des nations, n'ont considéré ni déclaré comme étant une guerre... »¹⁰⁸. De même, à l'occasion du second conflit mondial, « ni l'Allemagne en attaquant la Pologne puis l'URSS, ni le Japon en attaquant les États-Unis, ni l'URSS en attaquant la Finlande ne le firent avec préavis en forme de déclaration de guerre »¹⁰⁹. À l'inverse, de nombreux pays d'Amérique Latine ont formellement déclaré la guerre à l'Allemagne sans jamais être impliqués dans les hostilités¹¹⁰. Ces déclarations les mettaient en « état de guerre » avec toutes les conséquences qui y sont attachées.¹¹¹ Notamment, ces déclarations déclenchent – tout au moins virtuellement – l'applicabilité du droit international humanitaire, mais sans que cela ne produise véritablement d'effets au regard des normes qu'il contient¹¹². Le seul effet déterminant qui peut être amené à se produire résulte de la présence de nationaux ennemis sur le territoire de l'État qui a formellement déclaré la guerre mais qui ne se livre pas à des hostilités. Dans cette hypothèse, « [l']État doit [...] appliquer les

¹⁰⁸ Michel VOELCKEL, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *op. cit.* note 88, p. 10. Dans le même sens, voir Leslie C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, Manchester University Press, Manchester, troisième édition, 2008, 434 p., p. 92.

¹⁰⁹ Michel VOELCKEL, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *op. cit.* note 88, p. 10, note de bas de page n° 10. Dans le même sens, Isaac PAENSON, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, *op. cit.* note 91, p. 60, § 29 ; Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Études suisses de droit international, publiées par la Société Suisse de droit international, vol. 5, Zürich, 1977, 225 p., p. 81, note de bas de page 7 ; et Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, *op. cit.* note 103, p. 65.

¹¹⁰ Tous les pays d'Amérique Latine, sauf l'Argentine et le Chili, ont rompu leurs relations diplomatiques avec l'Axe en 1942, suite à la Conférence de Rio. Ils sont ensuite successivement entrés en guerre. À titre d'exemple, on peut citer le Mexique le 1^{er} juin 1942, la Bolivie en avril 1943, ou la Colombie en novembre 1943. Mais, hormis le Brésil, qui s'est véritablement engagé dans la guerre aux côtés des alliés en janvier 1942 – notamment par l'envoi de troupes et de matériel en Europe, « [...] l'état de belligérance ne changeait pas grand chose. En fait, tous ces pays ne participèrent pas directement, dans les opérations militaires, à la guerre mondiale [...] », Philippe MASSON (dir.), *Dictionnaire de la seconde guerre mondiale*, Librairie Larousse, Canada, 1979, Tome premier, 960 p., p. 80.

¹¹¹ En ce sens, Isaac PAENSON, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, *op. cit.* note 91, p. 62, § 30. Voir également, Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, *op. cit.* note 103, pp. 59 et s.

¹¹² Dans la mesure où il ne sont jamais engagés effectivement dans les hostilités, l'application du droit international humanitaire reste à l'état d'hypothèse. Comme le souligne Christopher Greenwood cependant, « [I]es Conventions [de Genève] sont aussi applicables dans le cas où un État déclare la guerre mais ne s'engage pas dans les hostilités [...], de sorte que si un tel État interne des nationaux 'ennemi', ces internés seront au bénéfice de la protection de la quatrième Convention », Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op. cit.* note 79, p. 47, nous traduisons. Dans le même sens, voir Comité international de la Croix-Rouge, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », *op. cit.* note 86 ; Jean-François QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *op. cit.* note 79, p. 276 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86.

Conventions. En particulier, il doit traiter les civils nationaux de l'État ennemi qui se trouvent sur son territoire conformément à la Quatrième Convention de Genève. »¹¹³

Quoi qu'il en soit, tout autant qu'en 1907 et en dépit d'une codification claire, la pratique des États restait aléatoire au moment de l'ouverture des négociations relatives à la révision des Conventions protégeant les victimes de la guerre. Cette constatation faite par la Conférence diplomatique de 1949, il sera donc décidé de conserver la terminologie de « guerre déclarée » mais de lui en adjoindre celle de « tout autre conflit armé » qui, elle, prend davantage en compte la réalité et cherche à protéger les personnes affectées par les conflits armés quelle que soit la volonté des États dans ces circonstances¹¹⁴ et afin d'englober davantage de situations, en particulier celles – très nombreuses déjà à l'époque – dans lesquelles deux ou plusieurs États menaient l'un contre l'autre des hostilités armées sans s'être préalablement « déclarés » la guerre¹¹⁵.

§ II. Deuxième hypothèse de déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ».

Si se poser la question de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire invite à se placer principalement sur le terrain de la contemporanéité, un bref retour dans le passé est cependant nécessaire en l'occurrence et présente un intérêt double. L'examen de la genèse de l'introduction de la notion de conflit armé dans l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève (A) permet en effet de comprendre quels étaient les intérêts en jeu ; lesquels apportent un éclairage sur la façon dont il convient

¹¹³ Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p.132, nous traduisons.

¹¹⁴ Voir en ce sens Alfons KŁAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 225 ; Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 81.

¹¹⁵ Voir en ce sens Denis ALLAN, *Droit international public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, 807 p., § 489, p. 541 ; Karl Joseph PARTSCH, « Armed Conflict », *op. cit.* note 100, p. 251 ; Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, *op. cit.* note 106, : « La seconde guerre mondiale n'avait montré que trop de cas où l'on avait éludé les Conventions en prétendant qu'elles n'étaient pas juridiquement en vigueur. L'amélioration essentielle à apporter, en 1949, était de déjouer ces manœuvres. Il fallait d'abord obtenir que les Conventions n'entrent pas en force seulement dans les guerres régulièrement déclarées, mais dès que les hostilités ont éclaté. [...] Il aurait été indécent que les Etats usent plus longtemps de pareils subterfuges pour désertier leurs premiers devoirs humanitaires. », pp. 51-52 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, pp. 125-126 ; Sylvain VITÉ, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *op. cit.* note 85, p. 70. Pour une analyse plus nuancée, voir Leslie C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, *op. cit.* note 108, p. 94.

d'entendre ces termes aujourd'hui. Ceci ne dispense pas toutefois d'examiner la signification de cette expression en droit positif (B), afin de déterminer le plus précisément possible le moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique.

A) *Genèse de l'introduction de la notion de conflit armé dans l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève, en tant que point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux*

La constatation selon laquelle « le concept juridique de guerre renvoie à un formalisme dépassé »¹¹⁶ intervient très tôt. À la lecture du compte-rendu des débats de la Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge de 1946, on apprend en effet que déjà « [l]a Commission de 1937 [dont les travaux devaient servir comme documentation préliminaire pour une Conférence diplomatique convoquée par la Suisse qui devait se tenir en 1940, mais qui n'avait pu avoir lieu étant donné les hostilités liées à la Seconde guerre mondiale] suivie par la 16^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge [de 1938] a[va]it été unanime à reconnaître que la Convention de Genève devait s'appliquer à tous les cas d'hostilités, qu'ils soient ou non précédés d'une déclaration de guerre. [...] Il [aurait été], en effet, inconcevable que la Convention de Genève qui est le texte fondamental contenant les principes essentiels d'humanité ne soit pas applicable suivant l'étiquette qu'un État entend donner aux hostilités qu'il est appelé à ouvrir. »¹¹⁷. Reprenant cette idée, les représentants des Sociétés nationales réunis afin de discuter de la révision des Conventions de Genève de 1929 estiment opportun que soit insérée en tête du texte nouveau une disposition de ce type : « La présente Convention est applicable entre les parties contractantes dès que les hostilités ont éclaté en fait, même si aucune

¹¹⁶ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, § 575, p. 1062. Dans le même sens, Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, op. cit. note 103, p. 66. Pour Charles Rousseau en revanche, en 1983 encore, c'est le concept de guerre qui domine, la notion de conflit armé étant quasiment absente de son ouvrage intitulé, probablement à dessein, *Le droit de la guerre*. En effet, seul le « concept de guerre » fait l'objet d'une définition dans son introduction ; il ne fait référence à la notion de conflit armé que pour constater qu'une part de la jurisprudence « faisant abstraction de l'existence d'une déclaration de guerre, s'en [tient] avec des variantes de forme à une notion plus empirique – l'existence d'un conflit entre l'ensemble des forces armées des Etats en cause sous l'autorité de leur gouvernements respectifs [...] ». », Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, op. cit. note 79, pp. 6-7.

¹¹⁷ Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, Genève, 26 juillet – 3 août 1946 : procès verbaux, Volume II, Séance de la Commission I, Révision de la Convention de Genève et des dispositions connexes, samedi 27 juillet – jeudi 1^{er} août 1946, allocution de Jean Pictet, p. 4.

déclaration de guerre n'est intervenue, et quelle que soit la forme que revêt l'intervention armée. »¹¹⁸

Il est toutefois important de souligner que cette question, qui va ensuite devenir centrale, n'est que subsidiaire au tout début des discussions. En effet, le cœur des débats relatif à la définition à donner au mot « guerre », porte en tout premier lieu sur la nécessité de toucher le plus de conflits possibles, quels qu'ils soient : internes ou internationaux. Aussi, la question de savoir si la « guerre » doit être déclarée ou non est finalement une préoccupation accessoire¹¹⁹. La volonté d'introduire la notion de « conflit armé », plus large que celle de « guerre », résulte de cette même préoccupation, à savoir la volonté de ne pas « préciser davantage le genre de conflit [sous-entendu interne ou international] auquel s'appliquerait la Convention. »¹²⁰. En fait, c'est la nature même de la Conférence qui justifie l'emploi d'un terme qui serait le plus englobant possible. En effet, ce sont des Délégations de la Croix-Rouge qui discutent des problèmes à régler¹²¹ ; elles ont donc toutes en tête « l'œuvre humanitaire [de la Croix-Rouge] et son devoir [...] d'intervenir *immédiatement* là où il y a des victimes, par suite d'un conflit armé. »¹²². Par conséquent la formule suivante est proposée : « "La présente Convention est applicable entre les parties contractantes dès que les hostilités ont éclaté en fait, même si aucune déclaration de guerre n'est intervenue ultérieurement quelle que soit la forme que revêt l'intervention armée." [...] »¹²³. Cette disposition sera adoptée à l'unanimité, sans discussion

¹¹⁸ Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, op. cit. note 117, p. 4.

¹¹⁹ Ceci est particulièrement clair dans la bouche du Délégué belge : « Nous devons, dès le début, montrer qu'il n'y a qu'une seule sorte de guerre, qu'elle soit déclarée ou non, qu'elle mette aux prises des individus d'une même nation ou de nations différentes. Le principe est important et, je le répète, il ne doit y avoir pour nous qu'une sorte de guerre, c'est pourquoi nous devons, dès l'article premier, admettre ce principe. », Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, op. cit. note 117, intervention de M. E. Dronsart, p. 5. Il est appuyé en ce sens par la plupart des autres Délégations.

¹²⁰ Selon les propos de S. Exc. T. Doss Facha représentant la Délégation égyptienne, Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, op. cit. note 117, p. 7.

¹²¹ « Comme les Sociétés nationales de la Croix-Rouge ont été étroitement liées dans l'histoire à l'application et au développement de la Convention de Genève, le Comité international a estimé devoir soumettre à la Conférence préliminaire de 1946 l'ensemble de la matière. », tel que cela est rappelé en tête de la Première partie du rapport établi à l'issue de cette réunion, Comité international de la Croix-Rouge, Rapport sur les travaux de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, Genève, 26 juillet – 3 août 1946, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, janvier 1947, 154 p., p. 16.

¹²² Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, op. cit. note 117, intervention de S. Exc. T. Doss Facha, p. 7, nous soulignons. Elles ne perdent toutefois pas de vue que ces considérations d'humanité seront peut-être balayées par le Gouvernements « qui décideront en dernier lieu ».

¹²³ Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, op. cit. note 117, allocution de Jean Pictet, Rapporteur, qui « propose de résumer la discussion comme suit : La Commission considère que la Convention de Genève doit s'appliquer à tous les cas d'hostilités, y compris la guerre civile. Elle

préalable, par les représentants des Sociétés nationales réunis en séance plénière le 2 août 1946¹²⁴. Dans le rapport qui sera par la suite envoyé à toutes les Sociétés nationales participantes, et qui servira de base à la Conférence internationale de Stockholm, en 1948, il n'apparaît pas que la question de la déclaration de guerre et que l'introduction de la notion de « conflit armé » étaient initialement liées à celle de la nature du conflit, c'est-à-dire interne ou international. Elles sont présentées de façon indépendante : « *La Commission de 1937, suivie en cela par la XVI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge avait été unanime à reconnaître que la Convention doit s'appliquer à tous les cas de conflit armé entre États, même non précédés d'une déclaration de guerre, et que ses principes humanitaires doivent être respectés en toutes circonstances, même lorsqu'elle n'est pas juridiquement applicable.* »¹²⁵. Dès lors, la question de l'applicabilité de la Convention en dehors de toute procédure formelle donnant lieu à une déclaration de guerre ne se pose plus que de façon générale ; la question de la guerre civile restant à l'ordre du jour, mais dans des considérations bien distinctes.

C'est sur cette base que la *Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre* va entamer ses travaux en 1947¹²⁶. C'est dans le compte-rendu de la troisième Commission que l'on trouve le plus clairement exprimée la nécessité de discuter préalablement à toute question de fond des circonstances dans lesquelles le texte trouvera à s'appliquer : « *La Commission étudiant le problème d'assurer aux civils, en temps de guerre, la protection à laquelle, du point de vue humanitaire, ils devraient avoir droit [sic, lire « droit »], s'est trouvée dès l'abord en présence de la difficulté fondamentale résultant de ce que les éléments constitutifs de l'état de guerre en droit, qu'impliquent les conventions et accords en vigueur, ne correspondent pas nécessairement aux éléments qui peuvent, comme on l'a constaté dans les années antérieures à ses délibérations, constituer en fait un état de guerre. Dans certains cas, l'agresseur s'est dérobé à l'application de Conventions dont il était signataire en refusant qu'un état de guerre existait ; dans d'autres cas, le recours à des administrations de façade a servi à travestir le fait actuel de la guerre sous les apparences légales de la paix ; dans d'autres*

propose que ce principe fondamental figure à l'art. 1 de la Convention, c'est-à-dire au début [...] », p. 10.

¹²⁴ *Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge*, Genève, 26 juillet – 3 août 1946 : procès verbaux, Volume V, Séances plénières du vendredi 2 août 1946, Examen du Rapport de la Commission I, pp. 1-2.

¹²⁵ Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport sur les travaux de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge*, Genève, 26 juillet – 3 août 1946, *op. cit.* note 121, p. 17, nous soulignons.

¹²⁶ Cette Conférence est divisée en trois Commissions, chacune ayant pour mandat une thématique spécifique : Révision de la Convention de Genève de 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne et les dispositions connexes : Commission I, Révision de la Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre : Commission II et Nouveau texte en faveur de la protection des civils : Commission III.

encore, l'état légal de guerre subsiste – puisqu'il n'y a pas été mis fin par la procédure légale reconnue – bien que les conditions existantes ne soient plus, en fait, des conditions de guerre. La Commission estime qu'elle ne saurait formuler de recommandations ayant un semblant de réalité qu'à condition qu'il demeure bien entendu qu'elles se rapportent à un état de guerre existant en fait, bien que la manière dont a été amené l'état de choses dont il s'agit puisse être présentée par les Puissances intéressées dans des termes qui n'impliquent aucune reconnaissance de l'existence de la guerre. Elle pense notamment à des expressions telles que "légitime défense", "pénétration", "protection" et "nécessité de garantir la sécurité intérieure", conflits armés effectifs, y compris les guerres civiles. »¹²⁷

L'idée qui sous-tend les négociations sur ce point est la même dans chacune des Commissions dédiée à une Convention en particulier. Il s'agit de faire en sorte que la nécessité d'une déclaration de guerre n'entrave pas la possibilité de mettre en œuvre les Conventions¹²⁸. C'est dans cette optique que s'était déjà prononcée la Conférence des Sociétés nationales un an auparavant¹²⁹. Ainsi une délégation soutient la proposition d'une formule plus englobante que celle de « guerre ». Elle souligne à ce titre qu'« [i]l paraît être peu satisfaisant de laisser à la libre appréciation de chaque partie à un conflit armé, la question de savoir si elle veut être liée par les règles humanitaires dont il est question ici. »¹³⁰. C'est ainsi que fut finalement adoptée la formule suivante : « La présente Convention est applicable entre les parties contractantes dès le commencement de tout conflit armé, qu'il soit reconnu ou non comme état de guerre par les parties. »¹³¹

¹²⁷ *Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 16 avril 1947, Rapports des Commissions, Programme, etc., volume II, Résolutions de la Commission III, p. 1.

¹²⁸ La Norvège, entre autres, avait présenté un aide mémoire dans lequel elle s'exprimait ainsi : « [...] certains problèmes, de caractère général, se présentent sur tous les domaines qui seront couverts par les nouvelles dispositions conventionnelles. [...] Selon l'opinion de la délégation norvégienne, ceci est le cas lorsqu'il s'agit de la question même du champ d'application des nouvelles dispositions conventionnelles [...] »¹²⁸. La Norvège ne souhaitait pas que ces questions d'ordre général soient discutées au sein de chaque commission indépendamment des autres. Elle rappelle en outre que ces questions ont fait l'objet de débats aussi bien au sein de la Commissions I (Convention blessés et malades) que de la Commission II (Convention prisonniers de guerre) de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de l'été 1946.

¹²⁹ La Délégation gouvernementale norvégienne l'a rappelé en ce termes : « "La Commission [II de 1946 était] aussi de l'opinion que les dispositions conventionnelles doivent être appliquées automatiquement dès le commencement de tout conflit armé qu'il soit reconnu ou non comme état de guerre par les parties. [...]" La même question peut se présenter lorsqu'il s'agit de l'application de certaines dispositions concernant la condition et protection des civils. [Aussi] semble-t-il à la Norvège] nécessaire de n'établir qu'une seule formule stipulant le champ d'application des conventions [...] ». *Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, op. cit. note 127, Norvège, p. 1.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹³¹ *Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, op. cit. note 127, p. 2. Formule adoptée en Commission III d'abord puis reprise in extenso en séance plénière.

Il est clair lors de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 qu'à l'instar des travaux réalisés depuis 1946 par les Sociétés nationales d'abord puis par les experts gouvernementaux et enfin par la XVII^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge réunie à Stockholm en 1948, c'est la protection des individus qui anime les délégués, et non plus la recherche de la paix comme en 1907, ce qui justifie l'incise de l'article 2 dans les quatre Conventions de Genève. Ce n'est pas pour autant que la souveraineté des États est totalement mise de côté. À l'appui de cette assertion, on notera ainsi l'intervention de la délégation française selon laquelle « [...] *il convient de ne pas perdre de vue les droits de l'État. Il est impossible de protéger les individus au point de sacrifier les droits de l'État.* »¹³² Bien que portant sur l'applicabilité des Conventions aux situations de conflits armés non internationaux, une intervention du Royaume-Uni va dans le même sens : « *il [n'est pas] possible d'obliger un État à appliquer les Conventions dans toutes les circonstances n'atteignant pas à l'état de guerre, déclarée ou non, telle que cette notion est définie en droit international. [...] En outre, il est difficile, en pratique, de définir quand il y a conflit armé et non état de guerre et de concilier, dans le premier de ces cas, l'application des Conventions avec les lois du temps de paix du pays intéressé.* »¹³³ D'autres délégations en revanche versent davantage dans le pragmatisme, à l'instar de la Norvège qui déclare que « *[c]'est un progrès du droit international de dire d'une manière expresse que, même si la guerre n'est pas reconnue, les règles concernant la conduite de la guerre doivent être appliquées* »¹³⁴.

Malgré ces quelques interventions, le premier alinéa de l'article, qui détermine *stricto sensu* le début de l'applicabilité des quatre Conventions, ne fait pas l'objet de longs débats¹³⁵ ; l'essentiel des problèmes ayant été préalablement discutés et solutionnés lors de la Conférence internationale de la Croix-Rouge. On notera simplement qu'à l'invitation du Président de séance, le représentant du Comité international de la Croix-Rouge rappelle que « *l'article 2 contient des changements importants par rapport au texte des Conventions de 1929. Cet article, notamment son premier alinéa, a été rendu nécessaire par les diverses interprétations données à la notion de l'état de guerre.* »¹³⁶. La Délégation chinoise observera par la suite qu'il « *est de toute importance d'examiner le premier alinéa de l'article 2, qui prévoit l'application de la Convention*

¹³² *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section B, Commission Mixte, Première séance, 26 avril 1949, p. 10.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*, p. 11. Cette délégation avait déjà eu l'occasion d'affirmer cette position lors de la Conférence de 1947, et ne fait que réitérer ici son point de vue.

¹³⁵ C'est d'ailleurs ce que constate la Suisse, dès la deuxième séance : « *l'article 2 soulève une série de problèmes intéressants, dont seul celui de l'application des principes de la Convention à la guerre civile, donne lieu à controverses.* ». *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section B, Commission Mixte, Deuxième séance, 27 avril 1949, p. 15.

¹³⁶ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section B, Commission Mixte, Première séance, 26 avril 1949, p. 10.

même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'un ou l'autre des belligérants, à la lumière des expériences faites au cours de la dernière guerre. »¹³⁷.

Il n'en reste pas moins que le projet de texte¹³⁸ soumis à l'examen des Délégués et qui leur sert de base de travail ne fera l'objet d'aucun amendement¹³⁹. De fait, la version adoptée les 25 et 27 mai 1949 par le Comité spécial de la Commission mixte¹⁴⁰, et que l'on retrouve dans les quatre Conventions de Genève adoptées le 12 août 1949, est celle de Stockholm¹⁴¹ : « [...] la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. [...] »¹⁴².

À titre complémentaire, il convient de mentionner que ces débats s'inscrivent dans une mouvance, générale à l'époque, tendant au bannissement du recours à la force armée entre États¹⁴³. Les négociateurs des Conventions de Genève estiment néanmoins que, même si la guerre est prohibée en droit international¹⁴⁴, il est nécessaire d'élaborer des règles pour réglementer le comportement des forces armées lorsqu'elles sont engagées dans des

¹³⁷ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section B, Commission Mixte, Deuxième séance, 27 avril 1949, p. 12. Le représentant chinois ajoute : « *La Chine a été, pendant huit ans, la victime d'une guerre d'agression que l'on a voulu qualifier d'"incident".* » Dans le même sens, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 81, note de bas de page 8 ; Philip C. JESSUP, « Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War? », *American Journal of International Law*, Editorial Comment, vol. 48, 1954, pp. 98-103.

¹³⁸ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome I, p. 47.

¹³⁹ Ce que constate en particulier le Premier Rapport du Comité spécial à la Commission mixte du 27 juin 1949. *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section B, p. 102.

¹⁴⁰ Lors de la première séance de la Conférence de 1949, les Délégués se sont mis d'accord pour que les articles communs aux quatre Conventions de Genève soient examinés ensemble par une Commission mixte. L'article 2 est le premier article à faire l'objet de discussions au sein de cette Commission.

¹⁴¹ Comme le rappelle le Rapport de la Commission mixte à l'Assemblée plénière. *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section B, p. 123.

¹⁴² Libellé de l'article 2 commun alinéa 1 aux quatre Conventions de Genève, précédé d'une mention relative aux dispositions applicables dès le temps de paix et suivi d'un second alinéa relatif à l'occupation.

¹⁴³ Voir en ce sens, International law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, disponible en ligne : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>, dernier accès le 17 janvier 2010 : « *Avec l'adoption de la Charte [des Nations Unies], les déclarations de guerre n'ont plus guère d'intérêt en droit international. Le droit international continue d'opérer une distinction paix/guerre, mais cette division est basée sur la question de savoir si une situation de violence particulière est, au plan factuel, un conflit armé.* », p. 2, nous traduisons.

¹⁴⁴ La *Charte des Nations Unies*, adoptée le 26 juin 1945 à San Fransisco énonce en effet à son article 2 paragraphe 4 : « *Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.* »

hostilités¹⁴⁵. En effet, parallèlement à l'introduction d'une disposition commune aux quatre Conventions de Genève relative à l'applicabilité temporelle de celles-ci, dans l'optique de confirmer l'extension de leur champ d'application aux cas où un conflit éclaterait entre deux ou plusieurs États sans qu'une déclaration préalable n'ait été formulée¹⁴⁶, une certaine « *opprobre juridique [est] jetée sur la guerre* »¹⁴⁷. Cette opprobre qui se manifeste notamment par « *l'incompatibilité affirmée entre la guerre et les dispositions de la Charte des Nations Unies* »¹⁴⁸ qui l'érige en « *"fléau" et l'englobe dans une interdiction générale* »¹⁴⁹. D'ailleurs, les Nations unies elles-mêmes avaient recommandé l'utilisation de la terminologie « droit des conflits armés », plutôt que « droit de la guerre » afin de prendre en considération le fait que la guerre est interdite¹⁵⁰. De même, il convient de souligner que si les « *Conventions de La Haye de 1907 qui, littéralement, ne s'appliquent qu'"en cas de guerre", leurs règles en pratique, sont considérées comme applicable à tout conflit armé international [...]* »¹⁵¹.

Quoi qu'il en soit, il résulte de l'adjonction de la notion de « conflit armé » aux côtés de celle de « guerre » que désormais le droit international humanitaire des conflits armés internationaux, tel que reflété par les quatre Conventions de Genève, est applicable en dehors de toute déclaration formelle de guerre¹⁵², pour autant qu'un conflit armé international puisse être

¹⁴⁵ Voir en ce sens, Elihu LAUTERPACHT, « The legal irrelevance of the "state of war" », *op. cit.* note 102, pp. 62 et s. ; Karl Joseph PARTSCH, « Armed Conflict », *op. cit.* note 100, p. 249 : « *La distinction entre "guerre" et "conflit armé" est étroitement liée aux développements du droit international depuis 1945 lorsque le principe de l'interdiction du recours à la force a été établi dans l'article 2 § 4 de la Charte des Nations Unies.* ». Pour une position plus modérée voir Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *op. cit.* note 88, en particulier aux pp. 287-290.

¹⁴⁶ Dans le même sens, Yoram DINSTEIN, « Comments on War », *op. cit.* note 89, qui en déduit qu'« *définition précise de la guerre a diminué depuis la conclusion de la Charte des Nations unies. [...] Dans tous les cas, tout affrontement armé interétatique doit aujourd'hui être mené en conformité avec le jus in bello, même si l'événement est un incident "shorts of war"* », p. 887.

¹⁴⁷ Michel VOELCKEL, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *op. cit.* note 88, p. 11.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵⁰ Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, *op. cit.* note 106, p. 14, note de bas de page 1.

¹⁵¹ Michel VOELCKEL, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *op. cit.* note 88, p. 12. Voir dans le même sens Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, p. 47.

¹⁵² Voir par exemple en ce sens Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », *op. cit.* note 86 ; Yoram DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, sixième édition, 2008, 275 p., p. 15 ; Leslie C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, *op. cit.* note 108, p. 102 ; Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, pp. 46 et 49 ; Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *op. cit.* note 88, p. 295 ; Michael IBANGA, « Concept of Armed Conflict in Public International Law: Some Reflections », *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 14, 2002, pp. 107-116 ; Elihu LAUTERPACHT, « The legal irrelevance of the "state of war" », *op. cit.* note 102, pp. 65 et s. ; Karl Joseph PARTSCH, « Armed Conflict », *op. cit.* note 100, p. 251 ; Luisa VIERUCCI, « Armed Conflict », in. Antonio CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 1008 p., pp. 247-248, p. 247. En sens contraire, relevons que le Juge Li attachait en 1995 encore une importance substantielle à la déclaration de guerre. Comme

factuellement constaté. Ceci étant, déjà en 1947, lors de la *Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, le délégué britannique s'interrogeait sur le point de savoir « *quand commence véritablement un conflit armé. S'agit-il du moment où quelques personnes prennent les armes, ou s'agit-il d'une rébellion organisée ? En effet, l'état de guerre est une conception bien établie en droit international, mais le conflit armé aurait besoin d'une définition.* »¹⁵³. C'est pourquoi, si nécessaire qu'ait été l'insertion de la notion de « conflit armé » pour les raisons évoquées plus haut, il n'en demeure pas moins que ce concept requiert une clarification. Cette clarification permettra de déterminer à partir de quand un conflit armé international existe et, partant, à partir de quand le droit international humanitaire des conflits armés internationaux trouve à s'appliquer.

B) *Le point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux en droit positif*

En l'absence de définition au sein des Conventions de Genève, tout comme d'autorité universelle chargée de la qualification des conflits, il convient de s'en tenir aux faits pour constater l'existence d'un conflit armé international¹⁵⁴, tel que le souhaitait les négociateurs de 1949. L'applicabilité du droit international humanitaire repose sur le principe de l'effectivité¹⁵⁵. Tout

élément venant conforter sa thèse, selon laquelle tous les événements s'étant déroulés sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie devaient être appréciés dans leur ensemble, il s'appuie sur le fait que « *[l]e gouvernement de Bosnie-Herzégovine a[vait] officiellement déclaré la guerre [...]. La déclaration de guerre du gouvernement de Bosnie-Herzégovine fait que le conflit armé dans ce pays doit également être qualifié d'international.* », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, Affaire n° IT-94-1-T, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Opinion séparée du Juge Li, § 18.5.

¹⁵³ *Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 16 avril 1947, Procès verbaux, Assemblées plénières, volume I, pp. 34-35. Voir également, Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, op. cit. note 92, § 96, p. 298.

¹⁵⁴ Voir en ce sens Anthony AUST, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 505 p., p. 252 ; Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », op. cit. note 86 ; Dino KRITSIOTIS, « *The Tremors of Tadić* », op. cit. note 23, p. 275 ; Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, op. cit. note 106, : « *L'expression de "conflit armé" vient s'ajouter à celle de guerre et l'on tend, de plus en plus, à la lui préférer. Mais on s'est bien gardé de définir le conflit armé. Car, à une notion juridique, celle de guerre, on a substitué une notion de fait, celle de conflit armé.* », p. 52 ; Jean-François QUÉGUINER, « *Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire* », op. cit. note 79, p. 273 ; Luisa VIERUCCI, « *Armed Conflict* », op. cit. note 152, p. 247. C'est également l'opinion exprimée par le juge Shahabuddeen dans son opinion séparée à l'*Affaire Tadić*, qui précise en outre que cette constatation ne dispense pas de se demander si un conflit armé entre États existe : « *aussi factuel que puisse être ce critère, il reste nécessaire de déterminer s'il y a un conflit entre États* », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999, Opinion séparée du Juge Shahabuddeen (Président) (p. 150 de la version anglaise de l'arrêt), §§ 25-26.

¹⁵⁵ Selon le terme employé par Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, 551 p., p. 158.

affrontement armé déclenchera l'application du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, pour autant qu'il réponde à certains critères. Il convient donc de rechercher quels sont ces critères : quels sont les faits auxquels s'attacher pour constater la mise en œuvre de tout le *corpus juris* correspondant au conflit armé international ? En soutien à cette entreprise d'identification du ou des moment(s) à partir du(des)quel(s) le droit international humanitaire relatif aux conflits armés internationaux s'applique, un certain nombre d'éléments intervient. Examinés au travers du prisme de l'applicabilité temporelle, ces éléments peuvent être regroupés autour de deux axes opposés. Premièrement, ceux qui sont déterminants de la qualification de conflit armé international et partant de l'applicabilité du droit international humanitaire (1) et deuxièmement ceux qui interviennent régulièrement dans l'analyse alors qu'ils sont sans effet sur l'applicabilité du droit international humanitaire (2).

1) *Les éléments déterminants de l'applicabilité du droit international humanitaire*

Lorsque se pose la question du début de l'applicabilité du droit international humanitaire aux conflits armés internationaux, deux prises de position servent de point de départ ; celle proposée par les commentaires des Conventions de Genève et celle adoptée dans la jurisprudence *Tadić*¹⁵⁶ du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie. Elles constituent des pistes facilitant la détermination du moment à partir duquel un conflit armé international existe et donc à partir de quand le droit qui lui est propre commence à s'appliquer de façon générale. Selon les commentaires des Conventions de Genève de 1949, « [t]out différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de membres des forces armées est un conflit armé au sens de l'article 2, même si l'une des Parties conteste l'état de belligérance. La durée du conflit ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent aucun rôle. »¹⁵⁷ De façon plus laconique le Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie a affirmé pour sa part dès sa première affaire « [...] qu'un conflit armé [international] existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États [...]. Le droit international humanitaire s'applique dès

¹⁵⁶ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152.

¹⁵⁷ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 34. À titre d'exemple, citons également le manuel militaire britannique qui dispose que : « *Le droit des conflits armés s'applique dans toutes les situations dans lesquelles les forces armées d'un État sont en conflit avec celles d'un autre État [...]* », UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, op. cit. note 88, § 3.1, p. 27, nous traduisons ; le manuel français de droit des conflits armés dispose quant à lui que « *[l]e droit des conflits armés s'applique en période de conflit armé [...]* » et précise que le conflit armé international est celui « *impliquant deux ou plusieurs États.* », Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, Impressions SMS, Château-Chinon, 2000, 140 p., pp. 12 et 41, respectivement.

*l'ouverture de ces conflits [...] »*¹⁵⁸. Renforcés par des considérations ultérieures ces éléments nécessitent d'examiner deux aspects distincts : contre qui la force armée doit-elle être dirigée (a) et selon quelles modalités (b).

a) Le destinataire de l'usage de la force armée

Les questions en débat ici sont celles qui sont relatives à l'objet de la violence exercée. Contre qui doit s'exercer l'usage de la force armée ? L'État en tant que Haute Partie contractante aux Conventions de Genève (i) ? ; uniquement si ses forces armées sont visées (ii) ? ; et une capture suffit-elle à déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire (iii) ?

i) L'État en tant que Haute Partie contractante aux Conventions de Genève

Alors que l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève énonce qu'existe un conflit armé international chaque fois qu'il y a conflit armé entre deux « Hautes Parties contractantes », le commentaire de cette disposition, comme la jurisprudence *Tadić* suscitée, fait référence au recours à la force armée entre « États »¹⁵⁹. Dès lors la question se pose de savoir s'il y a identité entre les deux notions¹⁶⁰. Au regard de l'applicabilité temporelle, la question est la suivante : à partir de quand applique-t-on le droit international humanitaire des conflits armés internationaux lorsqu'il y a recours à la force armée ? Lorsque deux ou plusieurs États sont en cause ou seulement s'ils sont de surcroît parties aux Conventions de Genève ?¹⁶¹

¹⁵⁸ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, § 70. Cette définition n'a jamais été démentie dans les jugements ultérieurs, voir en ce sens Luisa VIERUCCI, « Armed Conflict », *op. cit.* note 152. Dans l'affaire *Delalić*, la Chambre de première instance a simplement précisé que « [p]our déterminer la nature du conflit en l'espèce, [elle] s'inspir[ait] du Commentaire de la IV^e Convention de Genève [...] », TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, Affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement, 16 novembre 1998, § 208. Quant à elle, la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale « a décidé de ne pas définir la notion de conflit armé international » dans le Statut de Rome, Knut DÖRMANN, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 524 p., p. 19, nous traduisons ; voir dans le même sens William A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 1259 p., p. 202.

¹⁵⁹ Pour le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie le recours au terme « État » était inévitable. Son statut ne pouvait l'autoriser à employer le terme « Haute Partie contractante » spécifique à la terminologie conventionnelle. Dans le même sens, voir Dino KRITSIOTIS, « The Tremors of *Tadić* », *op. cit.* note 23, p. 275.

¹⁶⁰ Pour le Comité international de la Croix-Rouge, la réponse à cette question est sans autre affirmative : « D'après cette disposition [l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève], les conflits armés internationaux sont ceux qui se déroulent entre "Hautes Parties contractantes", c'est-à-dire entre États. », Comité international de la Croix-Rouge, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », *op. cit.* note 86.

¹⁶¹ Cette question en amène une autre, subsidiaire, relative à l'applicabilité du droit international humanitaire aux organisations internationales. En effet, ce n'est *a priori* ni une Haute Partie contractante, ni un État. Elle n'entre donc en tant que telle ni dans le champ de l'article 2 commun aux Conventions de Genève, ni dans celui de la définition du commentaire ou de la jurisprudence.

Si pour être une Haute Partie contractante il faut nécessairement être un État¹⁶², il se peut en revanche qu'un État soit impliqué dans un conflit armé avant d'avoir eu l'occasion de devenir partie aux Conventions de Genève. Tous les États du monde étant partie aux Conventions de Genève¹⁶³ et la plupart des règles qu'elles contiennent, comme les règles relatives à la conduite des hostilités codifiées dans le premier Protocole additionnel, étant de nature coutumière¹⁶⁴, cette interrogation peut paraître sans conséquence.

Le droit international humanitaire lui est-il néanmoins opposable lorsqu'elle prend part à des hostilités ? Pour fascinante que soit cette question il est fait ici le choix de ne pas l'aborder dans la mesure où elle est relative à des problèmes d'application *ratione personae* et *ratione materiae* qui dépasse de beaucoup la question de l'applicabilité *ratione temporis* du droit international humanitaire. Pour des développements détaillés sur ce sujet voir par exemple : Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, qui suggère qu'une organisation internationale peut être partie à un conflit armé puisque c'est un sujet du droit international, p. 110 ; ou encore Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », op.cit. note 79, qui estime que le droit international humanitaire devrait « également être observé dans les opérations de maintien de la paix et dans les autres opérations militaires des Nations Unies », p. 51, nous traduisons. Dietrich SCHINDLER, quant à lui a avancé l'hypothèse que les Nations unies pourraient être considérées comme une « Puissance » au terme des Conventions de Genève, qui leur seraient donc opposables, voir Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, p. 130. L'Organisation des Nations Unies dispose d'un document qui lui est propre aux fins du respect du droit international humanitaire par les forces qui sont mises à sa disposition. Bien qu'en l'occurrence il s'agisse seulement de principes et de règles que l'organisation reprend à son compte, sans faire un renvoi général vers les instruments pertinents (sauf pour ce qui concerne l'hypothèse de violations), il s'agit tout au moins d'un indice selon lequel cette organisation ne considère pas que les règles du droit international humanitaire lui sont complètement étrangères. Voir Secrétariat des Nations unies, *Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, Circulaire du Secrétaire général*, doc. ST/SG/B7/1999/13, 6 août 1999, entré symboliquement en vigueur le 12 août 1999, jour du cinquantième anniversaire de l'adoption des Conventions de Genève.

¹⁶² Pour les notions d'« État » et de « Haute Partie contractante », voir par exemple Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, en particulier aux §§ 296 et 77 et s., respectivement ou Malcom N. SHAW, *International Law*, op. cit. note 88, pp. 197 et s. Seules les hypothèses spécifiques de la sécession et de la dissolution seront abordées dans la mesure où, lorsqu'elles interviennent au cours d'un conflit armé, elles conduisent à s'interroger sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire : il existe un moment à partir duquel le droit international humanitaire applicable change. Par ailleurs, pour les situations dans lesquelles, à certaines conditions, un groupe armé peut, non pas devenir partie aux Conventions, mais faire une déclaration unilatérale de s'y conformer, voir *infra*, Titre I, Chapitre I, Section I, IV.

¹⁶³ Au 31 janvier 2014 on recensait 195 États Parties aux Conventions de Genève (source : [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)), contre 193 États membres des Nations unies (source : <http://www.un.org/fr/members/index.shtml>). On se situe donc même au-delà de l'universalité ! Cette différence s'explique par le fait que le Saint Siège et les Îles Cook sont parties aux Conventions de Genève, mais ne sont pas des États membres des Nations unies. Cette universalité justifie en outre que le troisième alinéa de l'article 2 aux Conventions de Genève ne fasse pas l'objet d'une analyse. Celui-ci dispose entre autres que les parties en conflit restent liées par les Conventions même si l'un d'elle n'est pas partie aux Conventions de Genève, à condition que cette dernière « en accepte et en applique les dispositions ».

¹⁶⁴ Voir en ce sens, CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Recueil 1996, p. 226, § 75 (réitéré pour ce qui concerne la conduite des hostilités dans CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 136, § 89) ; dans le même sens Anthony AUST, *Handbook of International Law*, op. cit. note 154 : « Même quand un État n'est pas partie à un traité de DIH, il sera lié par celles de ses règles qui reflètent aussi aujourd'hui le droit international coutumier. [Toutefois la] mesure dans laquelle les traités de DIH reflètent, ou en sont venus à représenter, le

Elle s'avère toutefois pertinente au regard des guerres de sécession ou de dissolution d'un État lorsqu'elles se produisent au cours d'un conflit armé. Dans ces hypothèses, peut-on considérer que l'État sécessionniste ou les nouveaux États issus de la dissolution sont parties à un conflit armé international et que le droit international humanitaire leur est opposable ?¹⁶⁵ Et dans l'affirmative, à partir de quand ? Pour synthétiser à l'extrême ces notions qui sont pourtant reconnues comme étant parmi les « *plus chargées d'ambiguïtés et d'incertitudes* »¹⁶⁶ du droit international, on peut citer le début de définition suivant : « [I]a sécession peut être définie comme la séparation d'une partie du territoire d'un État préexistant, qui laisse subsister celui-ci. Au contraire, on parlera de dissolution lorsque l'État préexistant éclate en plusieurs États nouveaux. »¹⁶⁷. L'État préexistant étant la plupart du temps opposé à la sécession ou à la dissolution, ces processus s'accomplissent généralement par la force, c'est-à-dire au cours d'un conflit armé. Lequel, tant que ce sont des entités de l'État préexistant qui se battent contre les forces armées gouvernementales, recevra la qualification de conflit armé non international¹⁶⁸. Mais si ce conflit perdure au-delà de la sécession ou de la dissolution, entre le ou les nouveaux « État(s) » et l'État préexistant, alors se pose la question de savoir à partir de quand il s'agit d'un conflit armé international.

Au plan des effets que produisent ces situations, et ayant à l'esprit la question sous-jacente du moment à partir duquel le droit international

droit coutumier est controversé. », p. 253, nous traduisons. Voir également Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles, Comité international de la Croix-Rouge*, Bruylant, Genève, Bruxelles, 2006, 878 p. Mais comme le précise Anthony AUST « [b]ien qu'utile [l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier] surestime beaucoup des revendications en faveur du statut de droit coutumier. », *ibid.* note de bas de page 15.

¹⁶⁵ Selon Robert KOLB, « *seule l'effectivité est déterminante, c'est-à-dire le fait qu'il s'agisse d'Etats au sens du droit international [...]* », autrement dit dès lors qu'un Etat est considéré comme tel par la communauté internationale il est réputé devoir respecter le droit international humanitaire, s'il est engagé dans un conflit armé. Robert Kolb ajoute : « [...] ou d'entités politiques contrôlant de fait une portion de territoire. Dès lors des conflits armés [...] entre un Etat et une entité de facto établie sur un territoire étranger (entité ne jouissant d'aucune reconnaissance internationale) ; ou entre de telles entités de facto ; tous ces conflits sont des conflits armés internationaux ». Il va donc considérablement plus loin. Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, *op. cit.* note 85, p. 159.

¹⁶⁶ Antonello TANCREDI, « Dismemberment of States », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 20 mai 2010, § 20, nous traduisons.

¹⁶⁷ Extrait de Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, *op. cit.* note 30, p. 584, § 344 - voir également les paragraphes suivants relatifs à toutes les subtilités qui sont attachées à ces deux événements. Voir également, Antonello TANCREDI, « Dismemberment of States », *op. cit.* note 166 ; Daniel THÜRER et Thomas BURRI, « Secession », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010, en particulier § 36 pour le cas de la dissolution de l'Ex-Yougoslavie.

¹⁶⁸ À condition de satisfaire aux critères propres à ce type de conflits (voir *infra*, Titre I, Chapitre II).

humanitaire des conflits armés internationaux devient opposable, il convient de s'en tenir aux faits, puisque dans ces cas « *tout au plus la communauté internationale entérine-t-elle le fait accompli* »¹⁶⁹. À l'aune du pragmatisme qui caractérise le droit international humanitaire, la détermination du moment du déclenchement de son applicabilité ne devrait pas être conditionnée à un quelconque processus de reconnaissance internationale ni même à toute autre réaction par la voix des Nations unies¹⁷⁰. Toutefois, faire reposer l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux uniquement sur la constatation factuelle que le nouvel « État » ne reconnaît plus les autorités centrales, assure seul la maîtrise de son territoire et est doté d'une force armée qui lui est propre, est problématique. Comment distinguer ces attributions de celle d'un groupe armé constitué, qui lui ne pourrait pas recevoir la qualité de « Partie » à un conflit armé international au sens du droit international humanitaire ? Aussi, il sera nécessaire de s'en tenir aux conditions dégagées en droit international général pour qu'un État soit reconnu comme tel au sein de la communauté internationale. Autrement dit, « *[a]ussitôt que les États apparaissent comme indépendants et répondent aux critères constitutifs de l'État [...], qu'ils soient ou non admis au sein des Nations Unies [ils] sont liés par les règles de la communauté internationale [...]* »¹⁷¹, au nombre desquels le droit international humanitaire. Il en résulte que seule une réponse au cas par cas permettra de déterminer si dans une situation donnée c'est le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux qui est applicable, ou au contraire le droit international humanitaire des conflits armés internationaux.¹⁷² En outre, il n'est pas nécessaire que les parties au

¹⁶⁹ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public, op. cit.* note 30, p. 587, § 344. Voir également les conclusions de la Commission dite Badinter, du nom de son Président, qui pour répondre à la question de savoir si les Républiques constitutives de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie faisaient sécession et quelles en étaient les conséquences, selon lesquelles « *l'existence ou la disparition de l'Etat est une question de fait ; [...] la reconnaissance par les autres Etats a des effets purement déclaratifs* ». Conférence pour la paix en Yougoslavie, Commission d'arbitrage, 29 novembre 1991, *Revue Générale de Droit International Public*, 1992-1, p. 264.

¹⁷⁰ Voir en ce sens Marco SASSÖLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », in. Wang TIEYA and Sienho YEE (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, pp. 307-333 : « *même si la communauté internationale finit par s'entendre sur la légitimité d'un État rétrospectivement après le conflit, le droit applicable au conflit doit être clair pendant les combats.* », p. 320.

¹⁷¹ Ram P. ANAND, « New States and International Law », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010, § 1, nous traduisons.

¹⁷² Dans le même sens voir Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, qui ajoute : « *Une entité étatique qui a déclaré son accession aux Conventions [de Genève] devrait être considérée comme une partie au conflit, si elle a de facto existé comme un État indépendant pendant un certain temps, même si elle n'a pas été reconnue par tous ou la plupart des États. [...] Dans la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 tout comme dans d'autres textes, les traités de caractère humanitaire sont reconnus comme une catégorie spéciale dont la validité ne devrait pas être conditionnée à des considérations politiques.* », p. 129, nous traduisons.

conflit armé se reconnaissent mutuellement ou même unilatéralement comme étant des États¹⁷³.

En somme, ce qu'il conviendrait de retenir c'est que « [o]ù que soient impliquées l'une contre l'autre les forces armées de deux parties contractantes dans des hostilités armées, les Conventions doivent être appliquées »¹⁷⁴. Mais le droit international humanitaire ne s'applique-t-il qu'à la condition que les forces armées des deux (ou plusieurs) États soient impliquées ?

ii) L'État au travers de ses forces armées, mais pas uniquement

Selon le commentaire proposé pour l'article 2 commun aux Conventions de Genève, « [t]out différend surgissant entre deux États *et* provoquant l'intervention de membres des forces armées est un conflit armé [...] »¹⁷⁵. Vingt ans plus tard, cette conception sera réaffirmée dans les termes suivants : « toute opposition entre deux États entraînant l'intervention de leurs forces armées et l'existence de victimes, au sens des Conventions de Genève, est un conflit armé. »¹⁷⁶ Dans les deux cas, il est requis soit l'intervention « des » ou « de leurs » forces armées, ce qui suscite un certain nombre de questions. Sans entrer exagérément dans des considérations qui relèveraient plus des champs d'application *ratione materiae* et *personae* du droit international humanitaire que de son champ d'application *ratione temporis*, il convient cependant de les aborder brièvement.

D'abord, la deuxième proposition, plus encore que la première, suggère que pour qu'un conflit armé international existe, et donc pour que l'applicabilité du droit international humanitaire débute, il est nécessaire que les forces armées de deux ou plusieurs États soient impliquées. Accepter cette vision reviendrait à considérer par exemple que des bombardements aériens pratiqués par un État contre un autre, sans que ce dernier ne réagisse, soit parce qu'il n'en a pas la capacité matérielle, ou pour toute autre raison, ne seraient pas constitutifs d'un conflit armé international. Il ne fait pourtant aucun doute que dans de telles circonstances le conflit est caractérisé et que le droit international humanitaire, en particulier la partie de ce *corpus juris* dédié à la conduite des hostilités, est applicable. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que les forces armées des deux ou plusieurs États en cause fassent feu. Si un État emploie la force armée à l'encontre d'un autre sans que ce

¹⁷³ Comité international de la Croix-Rouge, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », *op. cit.* note 86 ; Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, p. 51 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, pp. 128 et p. 129.

¹⁷⁴ Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 131, nous traduisons.

¹⁷⁵ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Commentaire, *op. cit.* note 39, p. 34, nous soulignons.

¹⁷⁶ Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, *op. cit.* note 106, p. 52.

dernier riposte, il s'agit déjà d'un conflit armé international dans lequel le droit international humanitaire va trouver à s'appliquer ; il n'est pas nécessaire de constater additionnellement que l'État « attaqué » se défend.¹⁷⁷ L'intervention de membres des forces armées d'une Haute Partie contractante *ou* de l'autre est suffisante. À la lumière des règles relatives à la conduite des hostilités, notamment, cette conclusion est inévitable. Rien ne justifierait que la première attaque lancée par un pays contre un autre se situe en dehors de ces règles ; l'identification de l'objectif militaire, la proportionnalité, les mesures de précaution devront être analysées au préalable, et respectées. Dans le même ordre d'idée, cette conclusion est celle qui s'impose considérant le fait que certains États ne disposent pas de forces armées qui leurs sont propres. Si pour que le conflit armé soit caractérisé et donc que le droit international humanitaire s'applique il était nécessaire que deux armées au moins soient en cause, alors la survenance d'un conflit armé international avec le Costa Rica ou les Îles Salomon¹⁷⁸ serait théoriquement impossible. Or, il est incontestable que tout usage de la force par un État tiers sur le territoire de ceux-ci serait soumis aux règles pertinentes du droit international humanitaire. De même, tout ressortissant de ces pays qui se trouverait au pouvoir de l'ennemi serait protégé par les règles pertinentes du droit international humanitaire.¹⁷⁹ Enfin, la portion de phrase qui figure dans la deuxième proposition citée en introduction relative à « l'existence de victimes » ne doit pas être comprise comme étant une condition additionnelle au déclenchement du droit international humanitaire des conflits armés internationaux. Un tel conflit peut très bien ne faire aucune victime, sans que cela n'empêche l'applicabilité des

¹⁷⁷ Il convient toutefois de mentionner qu'en 1979 encore, s'inscrivant dans la même ligne que Jean Pictet, Dietrich Schindler procède lui aussi à une lecture restrictive. Il semble sous-entendre que si un seul incident suffit les forces armées d'au moins deux États doivent être impliquées pour qu'il constitue un conflit armé. Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 139. Voir également la position ambiguë de l'Association du droit international à ce propos, International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, dont le raisonnement curieux l'amène à conclure que le « *droit international humanitaire pourrait être invoqué indépendamment de l'existence d'un conflit armé* », p. 31.

¹⁷⁸ Malgré certaines nuances, certains d'entre eux ayant des forces paramilitaires ou d'autres bénéficiant d'une présence armée étrangère alliée sur leur territoire, il existe environ une vingtaine d'États dans le monde qui ne dispose pas de forces armées gouvernementales. Pour une liste de ces États voir par exemple les données répertoriées par la Central Intelligence Agency des États-Unis disponible sur : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2055.html#bp>, dernier accès le 25 juin 2012 : Andorre, Costa Rica, Dominique, Grenade, Îles Marshall, Île Maurice, Îles Salomon, Islande, Kiribati, Liechtenstein, Micronésie, Monaco, Nauru, Palau, Panama, Saint Marin, Saint Vincent et les Grenadines, Sainte Lucie, Samoa, Tuvalu, Vanuatu.

¹⁷⁹ Il faudra néanmoins s'assurer qu'ils n'entrent pas dans la catégorie de l'article 4 alinéa 2 de la quatrième Convention de Genève, dans la mesure où la raison pour laquelle les États susmentionnés n'ont pas d'armée propre résulte dans la neutralité inscrite dans leur constitution.

règles relatives à la conduite des hostilités comme il a été mentionné précédemment.¹⁸⁰

Ensuite et dans le même sens, un État qui ferait usage de la force contre la population civile d'un autre État ou contre tout bien de caractère civil d'un autre État serait néanmoins engagé dans un conflit armé international auquel le droit international humanitaire s'applique, ce qui aurait notamment pour conséquence que les membres des forces armées de l'État qui font ainsi usage de la force pourraient être poursuivis pour crime de guerre. Le seul fait qu'un État emploie la force contre un autre suffit à mettre en œuvre le droit international humanitaire des conflits armés internationaux, à la condition additionnelle qu'il ne s'agisse pas d'un acte isolé commis individuellement.¹⁸¹ Dit autrement il doit s'agir d'une attaque qui reflète une « [...] *opposition militaire d'au moins deux sujets majeurs du droit international* [...] »¹⁸². Pour que le conflit armé international soit caractérisé il est nécessaire que le membre des forces armées qui se livre à une attaque obéisse à un ordre qui lui a été donné. S'il agit seul, sans concertation de sa hiérarchie, on ne pourra pas parler d'un conflit armé international entre l'État dont il est ressortissant et l'État contre lequel il a mené son attaque. Quelle que soit la nature du ou des objet(s) ou de la ou des personne(s) visée(s), dès lors qu'au travers de cette prise pour cible peut se déduire la volonté de nuire à l'État contre lequel s'exerce la force armée, le droit international humanitaire des conflits armés internationaux est applicable ; c'est ce qu'il convient de comprendre de l'expression « contre un autre État ». Il n'est donc pas absolument nécessaire que les forces armées de l'État contre lequel s'exerce la violence soient directement visées. Il est donc satisfaisant que la Cour pénale internationale ait non seulement repris à son compte tout à la fois la définition proposée par les commentaires des Conventions de Genève et les constatations de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie¹⁸³ en concluant elle-même « *qu'un conflit armé est de caractère international s'il oppose deux ou plusieurs États* »¹⁸⁴, mais plus encore qu'elle ait précisé qu'« *un conflit armé international existe dès*

¹⁸⁰ On notera que Jean Pictet écrit ces termes avant l'adoption des Protocoles de 1977 qui incluent les règles relatives à la conduite des hostilités dans le droit dit « de Genève », c'est peut-être une explication à cette incise que l'on ne retrouvera finalement nulle part ailleurs.

¹⁸¹ Voir en ce sens Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, « *l'usage de la force armée par des personnes à titre individuel ou par des groupes de personnes ne suffira pas.* » p. 46, nous traduisons, voir également *ibid.* p. 48. Sur la question spécifique supplémentaire du non consentement à l'exercice de la force, voir *infra*, b. ci-dessous.

¹⁸² Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.* note 86, p. 110.

¹⁸³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, §§ 207 et 208 respectivement.

¹⁸⁴ *Ibid.*, § 209 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 30 septembre 2008, § 238.

lors que des hostilités armées opposent des États à travers leurs armées respectives ou à travers d'autres acteurs agissant en leur nom. »¹⁸⁵

iii) La capture¹⁸⁶ constitue un mode d'exercice de la violence

Le commentaire de l'article 4 de la troisième Convention de Genève est explicite. Il énonce qu'« il suffit que les forces armées de l'une des Parties aient capturé des adversaires appartenant aux catégories énumérées à l'article 4. Il peut même ne pas y avoir combat ; il suffit qu'il y ait détention de personnes visées par la Convention. Le nombre de personnes capturées dans de telles circonstances ne joue, naturellement, lui non plus, aucun rôle. »¹⁸⁷ En effet, en droit international humanitaire l'usage de la force armée n'est pas tout entier réduit à l'usage de la force létale. Si le but du conflit armé est d'affaiblir le potentiel de l'armée ennemie, un des moyens d'y parvenir est de capturer les soldats qui la composent. Il en résulte que si le point de départ de l'applicabilité générale du droit international humanitaire des conflits armés internationaux est fixé au moment où les conditions de l'article 2 commun sont remplies, dès lors qu'une personne tombe au pouvoir de l'ennemi le droit international humanitaire pertinent en fonction du statut de ces personnes s'applique également ipso facto.¹⁸⁸ Ainsi, un événement hostile caractérisé uniquement par la capture de membres des forces armées ennemies par celle d'un autre État déclenche l'applicabilité de la troisième Convention de Genève, même en l'absence de toute autre hostilité. En ce sens, il n'est pas nécessaire qu'un conflit préexiste à la capture et à l'internement pour que les règles du droit international humanitaire qui y sont relatives commencent à s'appliquer. Ainsi, par exemple, les quinze soldats britanniques capturés par l'Iran le 23 mars 2007, alors qu'ils patrouillaient dans le Golfe Persique¹⁸⁹, devaient être considérés comme des prisonniers de guerre du simple fait de leur capture. Il

¹⁸⁵ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Affaire n° ICC-01/05-01/08, Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009, § 223.

¹⁸⁶ On ne s'intéressera ici qu'au phénomène déclencheur du droit international humanitaire en lui-même, par opposition à l'étude du moment à partir duquel chacune des Conventions commence à s'appliquer en fonction du statut des personnes concernées. Autrement dit, on n'étudiera pas ce qu'est un blessé ou malade au sens de la première Convention de Genève par exemple ou un naufragé au sens de la deuxième. Il est entendu que chaque Convention commence à s'appliquer dès le premier blessé ou malade, ou dès le premier naufragé. Voir en ce sens par exemple, Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, p. 159.

¹⁸⁷ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *Commentaire*, op.cit. note 39, p. 29.

¹⁸⁸ Subsidiairement, les personnes affectées par un conflit armé international se verront conférer un statut, et donc une protection particulière, au fur et à mesure de l'évolution du conflit et éventuellement de leur rôle à l'intérieur de celui-ci.

¹⁸⁹ Pour le détail des faits relatifs à cet événement, voir par exemple, Jean-Pierre LANGELLIER, « Téhéran capture quinze soldats britanniques », *Le Monde*, 25 mars 2007, p. 4 et Jean-Pierre LANGELLIER, « Les quinze marins britanniques capturés dans le Golfe sont apparus à la télévision iranienne. Londres gèle ses relations diplomatiques avec Téhéran », *Le Monde*, 30 mars 2007, p. 4.

en résulte qu'en les exhibant à la télévision quelques jours plus tard, les autorités iraniennes enfreignaient l'article 13 alinéa 2 de la troisième Convention de Genève qui protège les prisonniers de guerre notamment contre la curiosité du public.

Ce mode de déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire est aisé à mettre en œuvre pour ce qui concerne la troisième Convention de Genève. Si cette personne est un combattant alors elle sera du simple fait de sa capture un prisonnier de guerre impliquant l'applicabilité de la troisième Convention de Genève indépendamment du territoire sur lequel elle se trouve, celui dont elle est ressortissante ou un autre, et indépendamment du constat préalable de l'existence d'un conflit armé international. La capture d'un combattant est donc, en elle-même, un acte hostile déclenchant l'applicabilité de la troisième Convention. Quant aux effets de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève, la solution est plus délicate. Il y a en l'occurrence deux possibilités. Soit, premièrement la personne se trouve sur son territoire, c'est-à-dire sur le territoire dont elle est ressortissante. Dans cette hypothèse, si elle tombe au pouvoir de l'ennemi c'est qu'une armée étrangère a pénétré sur le territoire provoquant un conflit armé international et l'applicabilité du droit international humanitaire. Même si aucune hostilité armée ne se produit, les opérations militaires qui sont à l'origine de l'avancée de l'armée ennemie sur le territoire déclenchent l'applicabilité du droit international humanitaire¹⁹⁰ préalablement à la capture de la personne en cause. Même dans l'hypothèse où l'incursion armée a pour seul objectif la capture d'un ou plusieurs individus cette condition est remplie. Dès lors, le point de départ de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève n'est pas la capture en elle-même, mais le fait générateur du conflit armé international préexistant. Mais il se peut, deuxièmement, qu'une personne se trouve sur un territoire dont elle n'est pas ressortissante au moment où elle tombe au pouvoir de l'ennemi. Dans cette hypothèse, sans autres hostilités préalables, comment distinguer une détention de droit commun d'une détention régie par le droit international humanitaire ? Si une déclaration de guerre formelle a été produite, la question ne se pose pas, l'applicabilité du droit international humanitaire est déclenchée de ce seul fait et l'internement de ressortissants civils étrangers est alors couvert par ce *corpus juris*.¹⁹¹ Cette hypothèse étant désuète le problème reste entier si, sans autres hostilités préalables, un État décide de prendre des mesures privatives de liberté à l'égard de ressortissants d'un autre État se trouvant sur son territoire. Étant donné que la mesure d'internement ou de mise en résidence forcée dans ces circonstances répond à un souci d'assurer la sécurité de l'État qui y procède, le droit international humanitaire doit s'appliquer à ces situations,

¹⁹⁰ Le droit international humanitaire va trouver à s'appliquer à condition que les éléments discutés par ailleurs, déterminant de son applicabilité, sont réunis.

¹⁹¹ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, I.

qui en elles-mêmes sont caractéristiques de relations d'inimitié entre les deux États en cause. Si au contraire, les personnes font l'objet de poursuites judiciaires elles doivent être considérées comme des détenus de droit commun. C'est donc le but de la détention – la sécurité – et la qualité des personnes concernées – ressortissantes d'un État tiers en particulier¹⁹² – qui sont déterminants dans cette seconde hypothèse.

Enfin, si la capture en elle-même peut être le fait générateur du début de l'applicabilité du droit international humanitaire, une question subsidiaire apparaît à la lecture des termes employés pour ce faire dans les Conventions de Genève. En effet, celles-ci mentionnent la circonstance d'être « *tombé au pouvoir de l'ennemi* » ou « *au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes* ». Dès lors, on peut s'interroger sur le moment à partir duquel il faut considérer qu'une personne se trouve « au pouvoir » de l'ennemi. À cet égard il faut noter au préalable que si les textes français des Conventions de Genève emploient chaque fois la notion « au pouvoir », les versions anglaises la traduisent tour à tour par « *into the power of* »¹⁹³ ou « *in the hands of* »¹⁹⁴.

L'expression « au pouvoir » a été choisie pour répondre à une préoccupation toute particulière. En effet, « [e]n ce qui concerne le terme « capture », on fit remarquer que des soldats pouvaient être faits prisonniers de guerre sans qu'il y eut à proprement parler « capture », et qu'il était préférable d'employer l'expression plus large « tomber au pouvoir ». »¹⁹⁵ Ainsi, la notion « au pouvoir de l'ennemi » a été adoptée pour que la Convention s'applique le plus tôt possible. De longs débats ont lieu lors de la Conférence d'experts gouvernementaux de 1947 à ce sujet. Il en ressort très clairement que la notion « au pouvoir de l'ennemi » signifie en fait dès le

¹⁹² Dans ces circonstances vient à l'esprit la notion d'allégeance introduite par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie afin de trouver une opérabilité à l'article 4 de la quatrième Convention dans le cas de conflits armés à caractère ethnique dans lesquels il se peut que des personnes soient internées non pas en raison de leur nationalité, mais du fait de leur allégeance à un État tiers. Éloignée des questions liées au champ d'application *ratione temporis* du droit international humanitaire, cette question n'est pas développée ici. Sur ce sujet, voir par exemple Christopher GREENWOOD, « International Humanitarian Law and the *Tadic* Case », *European Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, 1996, pp. 265-283, pp. 272-273 ; ou encore Theodor MERON, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 236-242 qui préconisait dès 1998 que « la chambre d'appels serait bien avisée d'abandonner son adhésion aux exigences littérales de la définition de personnes protégées et aiderait en l'adaptant aux principaux défis des conflits contemporains », p. 242, nous traduisons. De fait, un an plus tard dans sa décision sur le fond le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie proposait comme critère à l'applicabilité de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève l'allégeance plutôt que la nationalité, TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, §§ 164 et s.

¹⁹³ Selon la terminologie adoptée à l'article 4 de la troisième Convention de Genève.

¹⁹⁴ Selon la terminologie adoptée à l'article 4 de la quatrième Convention de Genève.

¹⁹⁵ Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre* (Genève, 14-26 avril 1947), Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Décembre 1947, 355 p., p. 118.

moment où le combattant est tombé aux mains de l'adversaire, quelles que soient les conditions de sa capture. Certains experts auraient souhaité que la Convention s'articule autour de deux catégories distinctes de dispositions, à savoir celles qui confèreraient des droits intangibles, applicables en tout temps, et celles qui seraient des dispositions techniques, à mettre en œuvre une fois la capture établie, ou une fois l'enregistrement des prisonniers de guerre effectué en bonne et due forme. Mais cette proposition est écartée, les délégations majoritaires craignant des abus et/ou la mauvaise foi de certains États qui y verraient l'occasion de ne respecter que la partie de la Convention relative aux droits intangibles et d'ignorer la partie technique. À l'issue de leurs débats, les délégations ne parviennent toutefois pas à une formulation qui les satisferait toutes. Toutes s'accordent pour considérer que dès que les combattants sont « au pouvoir » de l'ennemi ils doivent bénéficier de certaines garanties, mais toutes n'arrivent pas à trouver une formulation consensuelle et pragmatique au terme de laquelle la Puissance détentrice ne serait tout de même pas dans l'obligation de respecter la Convention dans toutes ces dispositions¹⁹⁶. La structure de la Convention, telle qu'elle a été finalement adoptée, semble refléter ces préoccupations. Si la Convention s'applique à tous les combattants dès qu'ils sont « au pouvoir » de l'ennemi, le texte est ensuite partitionné entre les dispositions générales, sous le titre I, les dispositions relatives à la protection générale des prisonniers de guerre, sous le titre II et les dispositions applicables pendant le temps de la captivité, sous le titre III. Il en résulte que tous les prisonniers de guerre sont au bénéfice de la Convention dès qu'ils sont « au pouvoir de l'ennemi » et en cela protégé par les titres I et II de la Convention et qu'ils seront au surplus au bénéfice du titre III dès lors qu'ils seront en « captivité ». Autrement dit, pour déterminer le moment à partir duquel la Puissance détentrice a quelles obligations à l'égard des prisonniers de guerre, il faudra déterminer à partir de quand on pourra considérer que ces derniers sont en « captivité ». La logique est ici de ne pas exiger l'impossible de la Puissance détentrice. Reste que, poussée à l'extrême, cette construction juridique pourrait présenter une faiblesse. En effet, l'article relatif à l'interrogatoire des prisonniers de guerre, extrêmement restrictif pour la Puissance détentrice, mais étant le garde-fou contre la pratique de la torture en particulier, se trouve dans le titre relatif à la captivité. Il en résulte qu'une Puissance peu scrupuleuse pourrait prétendre se livrer à un interrogatoire des prisonniers durant la phase de leur transfert, avant que leur « captivité » ne soit établie. Heureusement, l'article 12 garanti par ailleurs l'intégrité physique des prisonniers de guerre et se trouve dans le titre II applicable à tous les prisonniers dès lors qu'ils sont tombés « au pouvoir » de l'ennemi. Il n'en

¹⁹⁶ Voir le *verbatim* des discussions à ce sujet : *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, procès verbaux de la Commission II, Révision de la Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, vol. III, tome I, pp. 39-61.

demeure pas moins qu'on peut se poser la question de savoir si un État ne pourrait pas se prévaloir de cette construction pour se défendre d'avoir procédé à des interrogatoires de prisonniers, sans pour autant les avoir maltraités, pendant la phase de transfert vers leur lieu d'internement. Bien sûr un tel procédé ne va pas dans le sens de l'économie générale de la Convention, mais il reste que le biais trouvé par les rédacteurs pour ne pas mettre à la charge des États des obligations qu'ils seraient dans l'impossibilité de respecter pendant la première phase de la « détention » des prisonniers pourrait présenter ici une faille. Mais en tout état de cause, puisque le titre II a vocation à être un garde-fou destiné à protéger les prisonniers de guerre quel que soit le régime auxquels ils sont soumis, il convient d'écarter toute distinction entre le transfert, par exemple, et la capture proprement dite. Du reste, si une Puissance est en mesure d'interroger un prisonnier c'est bien que celui est captif.

b) Une violence non consentie

i) Le constat d'une violence hostile

Le premier indicateur qui doit amener à se poser la question de savoir si un conflit armé international existe est la constatation de l'exercice d'une violence armée entre États, au sens décrit ci-dessus. Toutefois ce recours à la force armée, bien qu'il soit le critère principal et déterminant, ne suffit pas à lui seul. Encore faut-il s'assurer que cette violence résulte d'un « différend » pour emporter qualification de conflit armé international. On parle bien d'« hostilités », terme qui induit que les actes posés ne le sont pas par bienveillance, mais tout au contraire par inimitié. Ainsi, toute opération militaire observée sur le territoire d'un État ne conduira pas automatiquement à la qualification de conflit armé international. La présence consentie de forces armées étrangères sur le territoire d'une Haute Partie contractante doit donc être exclue de la définition puisque, dans cette hypothèse, cette présence étrangère ne résulte pas d'un « différend »¹⁹⁷. Ainsi pour mesurer si ce différend existe et donc déterminer si le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commence à s'appliquer il conviendra de s'interroger sur l'existence ou non d'un consentement. À cet égard, si l'absence de consentement est relativement simple à discerner, il n'en va pas de même de la constatation de l'existence d'un consentement. En effet, lorsque la violence s'exerce entre les troupes ennemies il est aisé d'arriver à la conclusion qu'un conflit armé international existe – l'absence de consentement étant manifeste. En revanche, lorsqu'on ne peut que constater une présence militaire étrangère sur un territoire, il peut être difficile de conclure à une présence

¹⁹⁷ Voir en ce sens, Sylvain VITÉ, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *op. cit.* note 85, p. 73.

hostile¹⁹⁸. C'est notamment le cas lorsqu'un État mène des opérations militaires contre un groupe armé, et non pas contre les forces armées gouvernementales, sur le territoire d'un autre État. Dans cette hypothèse, c'est le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux qui s'applique dans les rapports entre cet État et ce groupe armé, mais le droit international humanitaire des conflits armés internationaux peut lui aussi trouver à s'appliquer dans les rapports entre l'État qui mène ces opérations militaires et celui qui « héberge » le groupe armé contre lequel il lutte. Un exemple permet de l'illustrer. Le 3 novembre 2002 un drone américain a tiré un missile anti-char sur une voiture au Yémen, dans laquelle se serait trouvé un haut responsable du réseau terroriste Al-Qaïda¹⁹⁹. S'agissant d'un tir dirigé contre une entité non étatique, et non contre les forces armées yéménites, *a priori* la qualification répond en premier lieu à un conflit armé non international, mais dans la mesure où l'attaque se produit sur le territoire d'un État elle pose en outre la question de savoir si cet acte hostile, même isolé²⁰⁰, peut constituer un conflit armé international et déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire, même pour un très bref instant entre les États-Unis et le Yémen.²⁰¹ Pour le déterminer il faut rechercher l'existence d'un consentement préalable à cette attaque. Si Al-Qaïda peut être considéré comme

¹⁹⁸ Dans ce dernier cas, même si un accord – tacite ou formalisé – existe, on peut toujours se poser la question de savoir s'il est bien réel ; il est impossible de tirer des conclusions au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire des tractations politiques qui ont mené à cet accord. On pense ici par exemple aux situations dans lesquelles, à la suite d'hostilités actives menées sur un territoire, l'une des Puissances en cause « installe » un gouvernement qui lui est favorable, mais continue d'y laisser stationner ses troupes. Il apparaît malaisé en pratique, dans ces situations, de trouver des preuves matérielles tangibles permettant de conclure à un consentement libre ou non à la présence de ces troupes ; c'est pourquoi cette situation pourrait recevoir la qualification de conflit armé international par le truchement de l'occupation qui en résulterait – voir *infra*, Titre I, Chapitre I, Section II.

¹⁹⁹ Information établie par *Associated Press Online* le 4 novembre 2002 et relayée entre autres (parmi lesquels *The Guardian* ou le *Washington Post*, par exemple) par le journal suisse *Le Temps* dans son édition du 6 novembre 2002, sous le titre : « Avion tueur sans pilote contre jeep d'Al-Qaïda, la guerre antiterroriste a débuté au Yémen ». Les faits pertinents sont les suivants : « [...] *Pris en chasse par un avion sans pilote armé d'un missile, le 4x4 et ses six occupants n'ont eu aucune chance, [...] Ali Qaid Sunian Al-Harti et ses cinq compagnons, tous membres présumés d'Al-Qaïda, sont morts pulvérisés par un missile «Hellfire», tiré depuis un «Predator», un de ces fameux drones guidés à distance [...]»*, Bernard BRIDEL, « Avion tueur sans pilote contre jeep d'Al-Qaïda, la guerre antiterroriste a débuté au Yémen », *Le Temps*, 6 novembre 2002.

²⁰⁰ Sur cet élément, voir *infra*, les développements relatifs à l'intensité de la violence.

²⁰¹ Il est intéressant de relever que les États-Unis ont rechigné à reconnaître leur implication dans cette attaque « *C'est sans doute pour minimiser ces critiques que les autorités américaines semblent si réticentes à reconnaître officiellement leur responsabilité dans l'élimination d'Al-Harti et de ses compagnons.* », Bernard BRIDEL, « Avion tueur sans pilote contre jeep d'Al-Qaïda, la guerre antiterroriste a débuté au Yémen », *op. cit.* note 199. Pourtant lorsqu'un de leur pilote avait été fait prisonnier par la Syrie en décembre 1983, également lors d'un événement unique, ils avaient revendiqué pour lui le bénéfice du statut de prisonnier de guerre, cas évoqué par Howard LEVIE, remarks in. « *Neutrality, the Rights of Shipping and the Use of Force in the Persian Gulf War (II)* », *Proceedings of the American Society of International Law*, n° 82, 1988, pp. 594-609, p. 598. Cette contradiction démontre une fois encore que les déclarations et revendications proférées par les États ne devraient pas être prises en compte lorsqu'on cherche à déterminer à partir de quand il y a un conflit armé et donc à partir de quand le droit international humanitaire s'applique.

un groupe armé contre lequel les États-Unis sont en guerre, il s'agit alors d'un conflit armé de caractère non international – pour autant que les conditions dégagées pour ce type de conflit soient réunies²⁰² – puisqu'il n'implique pas deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes, mais *une* Haute Partie contractante et un groupe armé. Seulement, dans la mesure où l'attaque contre ce groupe armé n'est pas menée sur le territoire de la dite Haute Partie contractante, mais sur celui d'un État tiers, on pourrait alors considérer que l'on se trouve au moment de cette attaque en présence de deux conflits, simultanément : l'un international, entre les États-Unis et le Yémen, l'autre non international, entre les États-Unis et Al-Qaïda²⁰³. En l'occurrence, il semblerait que les États-Unis et le Yémen étaient dans une logique de collaboration dans le cadre de la lutte contre Al-Qaïda. En effet, d'après les faits qui ont été rendus publics, les États-Unis disposaient au moment de l'attaque de quelques huit cents hommes au Yémen et le Président yéménite avait été reçu à Washington par le Président américain pour « *sceller cette nouvelle collaboration [un peu forcée]* »²⁰⁴. Si le Yémen lutte contre Al-Qaïda, il s'agit potentiellement d'un conflit armé non international et si les forces armées américaines interviennent aux côtés des forces armées yéménites pour les soutenir dans cette lutte, donc avec leur consentement, alors le conflit reste de même nature²⁰⁵. Si au contraire la conclusion devait être que les États-Unis avaient mené cette attaque sans le consentement des autorités yéménites, alors les

²⁰² Pour un examen détaillé de ces conditions voir *infra* les développements relatifs au moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux est applicable (Titre I, Chapitre II).

²⁰³ Il faudra pour cela vérifier que les conditions auxquelles on peut parler de conflit armé non international sont remplies. Sur les conséquences d'une telle intervention directe, voir *infra*, Titre I, Chapitre I, Section I, III.

²⁰⁴ Selon les termes de Jean-Vincent Brisset, directeur de recherches à l'Institut de recherches internationales et stratégiques (IRIS), et ancien général de l'armée de l'air française qui témoigne que : « *Certes, [...] les Américains n'en sont pas à leur coup d'essai avec un drone armé. [...] Mais ce qui est nouveau, c'est de le voir engagé au Yémen. La preuve que ce pays [...] est bel et bien un sanctuaire pour le réseau d'Oussama Ben Laden, et donc un terrain d'action de première importance pour les Etats-Unis dans leur lutte contre le terrorisme. [...] Attribuée par les médias américains à la CIA, l'attaque visait Ali Qaid Sunian Al-Harti, [...] le plus haut responsable d'Al-Qaïda au Yémen. [...] Sans commenter directement l'opération, le président Bush l'a chaudement appuyée [...]. Cette «opération homicide», comme l'appelle Jean-Vincent Brisset, marque **une nouvelle étape dans la collaboration entre Washington et le Yémen**. Une collaboration "un peu forcée", explique le chercheur, qui avait commencé au lendemain du 11 septembre par l'envoi de quelque 150 militaires au Yémen pour entraîner et conseiller les forces gouvernementales. En décembre dernier, le président Bush avait reçu son homologue yéménite, Ali Abdallah Saleh à la Maison-Blanche pour sceller cette nouvelle collaboration. Les Etats-Unis disposeraient aujourd'hui de quelque 800 Marines et membres des forces spéciales au Yémen. Une présence qui n'irait pas sans problème pour les autorités de Sanaa qui se voient reprocher par certains de laisser trop de liberté d'action aux militaires américains. C'est sans doute pour minimiser ces critiques que les autorités américaines semblent si réticentes à reconnaître officiellement leur responsabilité dans l'élimination d'Al-Harti et de ses compagnons.* », Bernard BRIDEL, « Avion tueur sans pilote contre jeep d'Al-Qaïda, la guerre antiterroriste a débuté au Yémen », *op. cit.* note 199, nous soulignons.

²⁰⁵ Pour une appréciation en sens contraire dans de tels cas, voir *infra* la doctrine citée sous les conséquences de l'intervention d'un État tiers dans un conflit armé non international (Titre I, Chapitre I, Section I, III)

États-Unis se sont trouvés être en conflit armé international contre le Yémen pour une très courte période. On serait bien en présence de deux parties dont l'une d'elle emploie la force à des fins hostiles contre l'autre. La mention d'une collaboration « *un peu forcée* » parmi les faits relatifs à cet événement conduit naturellement à s'interroger sur la validité du consentement. C'est une autre incertitude qui est attachée à cet élément. Il se peut que la présence de l'armée étrangère soit le résultat d'un consentement obtenu sous la contrainte. Il conviendrait dans ce cas de conclure que le consentement est nul et que la présence étrangère est en réalité une présence ennemie, donc hostile.²⁰⁶ Examinée sous l'angle du droit international général, cette hypothèse pose problème. En effet, selon les règles applicables en matière de droit des traités, transposables ici²⁰⁷, seul l'exercice d'une contrainte²⁰⁸ consistant en la menace de l'usage de la force est formellement reconnu comme à l'origine d'un vice de consentement. Pourtant, en la matière, il est aisément imaginable qu'un État exerce des pressions d'un autre ordre, économique ou politique en particulier, pour « convaincre » un autre d'accepter la présence de ses troupes sur son territoire. Le droit international n'ignore par totalement cette possibilité, mais elle ne figure pas au nombre de celles qui, en droit positif, permettent d'affirmer qu'un consentement n'est pas valide.²⁰⁹ Ramenée au cas du Yémen en 2002, il conviendrait par conséquent de conclure que même si devant les arguments des États-Unis le Yémen n'a pas véritablement eu d'autre choix que d'accepter le déploiement de troupes étatsuniennes sur son territoire, il ne s'agissait pas d'un vice de consentement au sens du droit international. On ne

²⁰⁶ Dans cette hypothèse, se pose surtout la question de savoir si la Puissance étrangère peut recevoir la qualification de Puissance occupante du fait de sa présence sur le territoire. Voir *infra* les développements spécifiques, relatifs à la question du consentement vis-à-vis de l'occupation (Titre I, Chapitre I, Section II).

²⁰⁷ Dans le même sens, Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit. note 26, qui sous l'entrée « *Vices du consentement* » renvoie vers la Convention de Vienne sur le droit des traités tout en précisant : « *Mais ces vices peuvent affecter le consentement dans d'autres contextes que ceux du traité.* », p. 1130.

²⁰⁸ Seule la contrainte en tant que fait constitutif d'un vice de consentement fait l'objet de ces lignes. Bien sûr, l'erreur ou le dol peuvent également à l'origine d'un vice de consentement, mais dans la mesure où, dans le cadre du sujet qui nous occupe au moins, ces notions ne posent pas de problème particulier et sont relativement facilement identifiables, elles ne feront pas l'objet de développements spécifiques. Pour plus de détail sur ces notions, voir par exemple Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, pp. 214 et s., §§ 119 et s. ; Malcom N. SHAW, *International Law*, op. cit. note 88, pp. 847-848. Subsidiairement, voir également Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, disponible en ligne sur : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf, dernier accès le 24 septembre 2012, article 20, § 4, pp. 185-186.

²⁰⁹ La question de la contrainte consistant en une menace d'ordre économique ou politique a précisément fait l'objet de débats lors des négociations relatives à l'élaboration de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Une proposition initiée par un groupe de délégations provenant d'États moins favorisés économiquement a sans surprise été rejetée par la majorité. Il n'en reste qu'une Déclaration et une Résolution figurant à l'acte final de la Conférence de Vienne de 1969. En ce sens voir par exemple, Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, p. 220, § 123 ; Malcom N. SHAW, *International Law*, op. cit. note 88, p. 849.

peut donc pas parler d'un conflit armé international entre les États-Unis et le Yémen au moment de l'attaque par drone sus-analysée.

Par conséquent, la seule façon objective de déterminer à partir de quel moment un conflit armé international existe, et donc d'en déduire le point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, reviendra à analyser la situation telle qu'elle se déroule, en fait, sur le terrain. Autrement dit, si à la question : la violence armée s'exerce-t-elle d'une Puissance *contre* une autre ou plusieurs autres ?, la réponse est affirmative, alors le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commence à s'appliquer. Finalement, on en revient à la distinction fondamentale et préalable à toute étude relative à l'usage de la force : les motifs pour lesquels, comme les modalités selon lesquelles (*jus ad bellum*), cette force armée s'exerce sont naturellement étrangères à l'applicabilité du droit international humanitaire (*jus in bello*). En d'autres termes, peu importent les raisons pour lesquelles un État exerce sa force armée sur le territoire d'un autre²¹⁰ ; s'il le fait sans son consentement le droit international humanitaire s'applique. Toutefois, à la lumière du comportement de l'Ouganda en République Démocratique du Congo, il peut apparaître une difficulté pour déterminer à partir de quand le droit international est applicable lorsqu'un État demande l'aide d'un autre État pour lutter contre un groupe armé sur son territoire, puis retire son consentement au bout d'une certaine période de temps²¹¹. En effet, la République Démocratique du Congo avait initialement demandé à l'Ouganda de la soutenir dans sa lutte armée contre des groupes armés rebelles. L'Ouganda avait donc fait usage de la force sur le territoire de la République Démocratique du Congo avec le consentement de cette dernière. Mais, au bout d'un certain temps les autorités congolaises ont prétendu à « *la fin de la présence de toutes forces militaires étrangères au Congo* »²¹², puis dénoncé l'envahissement de leur territoire par l'Ouganda²¹³. La République Démocratique du Congo estimait par conséquent que la présence de l'Ouganda sur son territoire était illicite. Tout au contraire, l'Ouganda a précisément argué du fait qu'un consentement avait été donné pour se défendre d'une partie des accusations que la République

²¹⁰ Voir en ce sens, Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », *op. cit.* note 86.

²¹¹ Cette hypothèse n'est pas la seule à soulever des spécificités au regard de la question du consentement. Les situations d'occupation les sollicitent également. Du fait du caractère particulier de l'occupation en tant que conflit armé international, elles sont spécifiquement abordées *infra*, Titre I, Chapitre I, Section II.

²¹² Déclaration du 28 juillet 1998 reproduite dans l'arrêt de la Cour internationale de justice, CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, Recueil 2005, p. 168, § 49.

²¹³ Cette dénonciation a eu lieu lors du *Sommet de Victoria Falls* qui s'est achevé le 8 août 1998, voir en ce sens, CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.* note 212, § 33.

Démocratique du Congo portait contre lui.²¹⁴ Dans un cas comme celui-ci, l'armée étrangère va poser des actes contre les groupes armés. Tant que le consentement de la Puissance sur le territoire de laquelle se déroulent les affrontements y consent, la situation devra « seulement » être qualifiée de conflit armé non international entre l'État intervenant et les groupes armés²¹⁵. Mais, dès lors que la Puissance qui avait sollicité l'aide retire son consentement, si la Puissance devenue de ce fait ennemie continue de poser des actes contre les groupes armés, ces activités militaires se déroulant sur le territoire d'un État qui n'y a pas consenti devront ainsi recevoir additionnellement la qualification de conflit armé international entre les deux États en cause. Cet état de fait déclenche par là-même l'application du droit international humanitaire des conflits armés internationaux. La question qui se pose dès lors est celle de savoir à partir de quand peut-on considérer que le consentement a disparu ? Pour la Cour internationale de justice, le fait que la République Démocratique du Congo ait dénoncé l'envahissement de son territoire notamment par l'Ouganda signifiait qu'elle ne consentait plus à sa présence ; la déclaration de la République Démocratique du Congo selon laquelle toute force armée étrangère avait quitté le territoire n'était au contraire pas retenue par les juges, au motif qu'elle est trop ambiguë.²¹⁶ Le point de départ du retrait du consentement est donc fixé en l'occurrence au moment où l'État dénonce publiquement la présence étrangère sur son territoire. Subsidièrement, il faut noter que la Cour prend soin de préciser que « le retrait, par la RDC, de son consentement à la présence de soldats ougandais sur son territoire ne nécessitait aucune formalité particulière »²¹⁷. La constatation du retrait du consentement est donc une question de purs faits qui ne doit pas nécessairement être assortie d'un acte formel pour être valide.

ii) La tentation de redonner vie à l'*animus belligerendi*

Les exemples utilisés ci-haut mettent en évidence que la nécessité que la violence soit exercée à des fins hostiles est une notion qui non seulement doit s'analyser au cas par cas, mais peut être difficile à évaluer. Si on y ajoute la multiplication des opérations militaires menées par des forces coalisées dont

²¹⁴ Voir CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, op. cit. note 212, §§ 42 et s.

²¹⁵ Aux conditions additionnelles de répondre à la définition du conflit armé non international, voir *infra*, Titre I, Chapitre II.

²¹⁶ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, op. cit. note 212, §§ 51 et 53. De façon plus générale, voir subsidiairement les commentaires sous les articles 20 et 45 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* qui évoquent le moment à partir duquel un consentement (ou acquiescement) peut être constaté, Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, op. cit. note 208, article 20, § 3 du commentaire et article 45, § 6 du commentaire, respectivement pp. 185 et 332.

²¹⁷ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, op. cit. note 212, § 51.

toutes n'ont pas le même rôle dans le conflit armé, l'exercice de qualification, et donc la détermination de l'applicabilité du droit international humanitaire, peut devenir extrêmement complexe. Il pourrait être tentant, pour pallier cette difficulté, de recourir à l'ancien concept d'*animus belligerendi*, attaché à l'ancien concept de « guerre ». L'*animus* est une intention. Dans le contexte de la « guerre », l'*animus belligerendi* permettait de vérifier que les États en cause avaient l'intention de déclencher entre eux l'état de guerre qui se substituait alors à l'état de paix.²¹⁸ Autrement dit, il s'agissait par là de mettre en œuvre une notion juridique.²¹⁹ L'introduction de la notion de « conflit armé » en 1949 a tout au contraire cherché à faire reposer l'applicabilité du droit international humanitaire sur un constat factuel. Par conséquent, réutiliser la notion d'*animus belligerendi* dans ce nouveau contexte ne représenterait rien d'autre qu'un retour en arrière, non seulement préjudiciable à la mise en œuvre du droit international humanitaire, mais qui ne correspondrait pas à la tendance générale impulsée dès 1907, réaffirmée en 1949, et qui n'a cessé de se confirmer depuis, en faveur de la seule analyse factuelle aux fins de déterminer l'applicabilité du droit international humanitaire dans une situation donnée.²²⁰ Plus encore, pour constater cette intention hostile au travers de l'*animus belligerendi*, il serait nécessaire de s'en remettre pour une large part aux prises de position des parties en cause quant à leur intention. Dans sa conception traditionnelle en effet, l'*animus belligerendi* était constaté par l'existence « d'une déclaration de guerre ou de toute autre déclaration »²²¹. Or, le droit international humanitaire cherche tout au contraire à se départir de toute prise de position aux fins du déclenchement de son applicabilité. Les obligations que cette branche du droit fait peser sur les États impliqués dans les conflits armés les conduisent presque invariablement à en nier l'existence dans l'optique de se soustraire à l'application du droit international humanitaire.²²² Ainsi, la recherche d'un *animus belligerendi* buterait inéluctablement sur des déclarations ou des attitudes à l'opposé de la situation telle qu'elle se déroule sur le terrain. Par conséquent, si en apparence l'utilisation de cette notion est séduisante parce qu'elle semble faciliter l'identification de l'existence d'une inimitié entre les Puissances en cause, ses effets pervers invitent à ne pas lui redonner une

²¹⁸ Sur ces notions et leurs conséquences, voir *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, I. Voir également, Yoram DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.* note 89, p. 14 ; Michael IBANGA, « Concept of Armed Conflict in Public International Law: Some Reflections », *op. cit.* note 152, en particulier p. 108 ; Jeremy D. MORLEY, « Approaches to the Law of Armed Conflict », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 9, 1971, pp. 269-275.

²¹⁹ Dans le même sens, Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *op. cit.* note 88, p. 286.

²²⁰ *Ibid.* : « Pour autant que la mise en œuvre du droit de la guerre soit concerné, il fait peu, si tant est qu'il en fasse une, de différence que le conflit soit caractérisé de guerre ou non [sous-entendu au travers de l'expression notamment de l'*animus belligerendi*]. », p. 295, nous traduisons.

²²¹ *Ibid.*, p. 286.

²²² Sur l'inclinaison ou au contraire la répugnance des États à se considérer eux-mêmes impliqués dans un conflit armé voir *infra* (2. a) ci-dessous).

existence anachronique. Il a pu être argumenté que cette notion aurait une efficacité particulière dans les « cas de doute », avec comme exemple des mouvements de troupes exercés par erreur sur le territoire d'un autre État ou un usage de la force à la requête de l'État sur le territoire duquel il s'exerce.²²³ Pour ce qui concerne un mouvement de troupes qui s'exercerait par erreur, il est difficile de voir en quoi l'*animus belligerendi* serait secourable. Si par définition il s'agit d'une erreur, l'armée qui s'est trompée n'aura aucune raison de poser un quelconque acte hostile à l'encontre de la population ou du territoire concerné. Quelles personnes ou quels biens, objets du droit international humanitaire, nécessiteraient dès lors une protection ? Et si cette armée capturerait une personne à cette occasion, qu'elle se soit initialement trompée ou non, cette capture déclenche en elle-même l'applicabilité du droit international humanitaire, aux conditions décrites ci-haut. Quant à l'hypothèse où un État requiert d'un autre l'usage de la force sur son territoire, à la lumière des développements qui précèdent, bien que des difficultés se fassent jour au moment de déterminer si le droit international humanitaire doit s'appliquer ou non, et éventuellement obliger à une analyse plus poussée de la situation, il semble finalement que l'on parvienne toujours, avec les éléments de fait dont on dispose, à confirmer si cet usage de la force est consenti ou non.

Si certains éléments sont indispensables au début de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, d'autres, qui interviennent dans la réflexion, sont tout à fait inopérants à cet égard. Il en va ainsi de l'*animus belligerendi* attachée de façon particulière au constat du caractère hostile de l'exercice de la violence. D'autres sont d'ordre plus général, tels que les qualifications qui peuvent être proposées opérées par diverses autorités ou l'examen de l'intensité de la violence.

2) Les éléments non déterminants de l'applicabilité du droit international humanitaire

Les questions auxquelles il convient de répondre en l'occurrence sont les suivantes : quelle peut être la portée des qualifications prononcées par certaines autorités (et donc quelle est leur capacité à dire à partir de quand le droit international humanitaire s'applique) ? (a) et existe-t-il un critère d'intensité de l'usage de la force (c'est-à-dire existe-t-il un seuil critique au déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire) ? (b).

a) La portée des qualifications opérées par diverses autorités

L'appréciation des faits par les États en cause, ou même par des États tiers, n'a en droit aucune incidence sur la qualification du conflit, et donc sur

²²³ Ce sont les hypothèses mises en avant par Dino KRITSIOTIS, « The Tremors of *Tadić* », *op. cit.* note 23, p. 280.

l'applicabilité du droit international humanitaire, puisque l'article 2 commun aux Conventions de Genève prévoit qu'il n'est pas nécessaire que l'état de guerre soit reconnu par les Parties en conflit. C'est du reste la principale raison pour laquelle l'expression « conflit armé » a été préférée à celle de « guerre ». Si les États peuvent trouver toutes sortes d'arguments pour contester la mise en œuvre d'un concept juridique, ils ne peuvent pas nier les faits²²⁴. Ils peuvent toujours estimer qu'ils ne sont pas impliqués dans une « guerre », dès lors que pourra être constaté le déroulement d'hostilités dans lesquelles leurs forces armées sont parties prenantes, ces dernières devront respecter le droit international humanitaire²²⁵. Cela peut également se déduire de façon incidente de l'affirmation du Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie selon laquelle « [...] les parties au conflit ne peuvent pas s'accorder entre elles pour changer la nature du conflit, laquelle est établie par les faits dont l'interprétation relève, le cas échéant, du juge »²²⁶. Ce garde-fou est heureux tant les États ont pu se montrer

²²⁴ Une lecture littérale et *a contrario* de l'article 2 commun aux Conventions de Genève sous-entend que si les deux Parties s'entendent pour nier l'existence de l'état de belligérance, les Conventions ne sont pas applicables : « même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. », nous soulignons. La doctrine est cependant unanime à considérer que même dans ce cas le droit international humanitaire est applicable. Voir en ce sens, Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, p. 47 ; Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *op. cit.* note 88, p. 295 ; Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, *op. cit.* note 85, p. 158. Voir également les conclusions de la Chambre d'Appel du TPIY dans l'Affaire *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, Affaire n° IT-95-14/2-T, Chambre d'appel, arrêt, 17 décembre 2004, § 373. Comme moyen de son appel aux fins de contester l'existence d'un conflit armé international au moment de la commission des faits qui lui étaient reprochés, la défense de Mario Čerkez faisait en effet valoir que « ni la Croatie ni la Bosnie-Herzégovine n'ont proclamé ni reconnu l'état de guerre » aussi soutenait-elle qu'« il n'y a pas de conflit armé international si toutes les parties belligérantes nient son existence, l'intention belliqueuse faisant dès lors défaut. », § 346. Ce à quoi la Chambre répond qu'« [o]n ne saurait cependant interpréter cette disposition [l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève] comme signifiant que ne peut être qualifié d'international lorsqu'aucune des parties au conflit ne reconnaît l'état de guerre. L'objectif de la IVe Convention de Genève, qui est de prendre sous son égide les personnes protégées, serait menacé si les États pouvaient se soustraire à leurs obligations en niant l'existence d'un conflit armé [sic, c'est le cas des Conventions de Genève dans leur ensemble non pas seulement de la quatrième]. La Chambre d'appel rappelle qu'« [i]l faut, en effet, se souvenir que les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir les intérêts des États » [citation du commentaire de la quatrième Convention de Genève, p. 26] », § 373, l'emphasis est de l'original.

²²⁵ Les juges du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie ont eu l'occasion de se prononcer en ce sens. Voir par exemple TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, Affaire n° IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 mars 2000 : « les parties au conflit ne peuvent pas s'accorder entre elles pour changer la nature du conflit, laquelle est établie par les faits dont l'interprétation relève, le cas échéant, du juge. », § 82. Dans une certaine mesure, voir également en ce sens Leslie C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, *op. cit.* note 108, p. 93. Pour Jean-François Quéguiner, il existe une hypothèse, et une seule, dans laquelle « la qualification formelle des États l'emporte sur la réalité matérielle [lorsqu'elle a vocation à] assurer un champ d'application maximal au droit humanitaire », c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles les États déclarent être en guerre les uns contre les autres « même si les actes de violence ne sont que futurs, voire potentiels », Jean-François QUÉGUINER, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *op. cit.* note 79, p. 276. Toutefois, comme on l'a dit précédemment, dans la mesure où il ne s'agit que d'une potentialité, il reste pertinent de s'en tenir aux faits.

²²⁶ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, *op. cit.* note 225, § 82.

peu prompts à se considérer eux-mêmes impliqués dans quelque conflit armé que ce soit²²⁷, malgré des faits parlant parfois d'eux-mêmes. L'interprétation qu'ils en font n'a donc aucune influence sur l'applicabilité du droit international humanitaire.²²⁸

²²⁷ Depuis le bannissement du recours à la force comme mode de règlement des différends par la Charte des Nations unies en 1945 (et même parfois bien avant cela, voir les exemples mentionnés par Philip C. JESSUP, « Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War? », *op. cit.* note 137, p. 100), ils se sont montrés plutôt rétifs à accepter de reconnaître qu'ils étaient engagés dans un conflit armé (quelle que soit sa nature : internationale ou non). Voir en ce sens Georges SCHELLE pour qui l'opprobre juridique jetée sur la guerre est l'une des raisons pour lesquelles la déclaration de guerre n'est plus pratiquée depuis le milieu du vingtième siècle : « "l'abolition de la compétence de guerre" a enlevé "toute raison d'être à la déclaration de guerre" », Georges SCHELLE, « Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre », *Revue générale de droit international public*, 1954, p. 17. En effet, politiquement comme juridiquement ils n'avaient aucun intérêt à le faire. Pour les quelques exemples notables en sens contraire, tels que notamment la guerre Iran/Irak des années 1980 ou le Pakistan en 1965, voir Christopher GREENWOOD, « The Concept of War in Modern International Law », *op. cit.* note 88, pp. 290-294 ; Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *op. cit.* note 85 ; ou Dietrich SCHINDLER, « State of war, belligerency, armed conflict », *op. cit.* note 88, en particulier aux pp. 7 à 12. On a assisté toutefois à un revirement de cette tendance après la déclaration péremptoire des États-Unis, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, selon laquelle ils déclaraient une guerre globale contre le terrorisme [global war on terror]. On a vu fleurir depuis des déclarations analogues dans d'autres contextes. Dans le même sens, International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, pp. 4 et 7. Il semble que l'on revienne aujourd'hui à l'attitude telle qu'elle existait antérieurement. En effet, par exemple, maintenant que le conflit afghan ne recueille plus l'assentiment de l'opinion publique occidentale, on voit bon nombre d'États faire des déclarations selon lesquelles ils ne seraient pas ou plus engagés dans une guerre (ou conflit armé) dans ce pays, alors pourtant que tout concourt à la conclusion opposée et qu'ils aimaient à clamer le contraire il y a encore seulement quelques années. Il ne s'agit donc que de pure rhétorique. Pour une analyse de l'emploi du terme « guerre » et de ses conséquences, en regard des attentats du 11 septembre 2001, voir Frédéric MÉGRET, « 'War'? Legal Semantics and the Move to Violence », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 2, 2002, pp. 361-399. Il est donc inutile que les États en cause, ou même seulement un seul d'entre eux, reconnaissent l'état de guerre pour que l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève produise ses effets. Voir en ce sens, UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.* note 88, § 3.2.3, pp. 28-29. De même, Ingrid DETTER, *The Law of War*, *op. cit.* note 102, p. 8 ; Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op. cit.* note 79, p. 47 ; International law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, *op. cit.* note 143 ; James G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 850, 2003, pp. 313-350 : « [...] en l'absence d'un mécanisme impartial chargé de déterminer d'autorité le statut des conflits armés, il est fondé de supposer que les parties caractériseront le conflit dans le sens qui sert le mieux leurs propres intérêts. », p. 344, nous traduisons.

²²⁸ Voir en ce sens Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.* note 86, p. 134 ; Louise DOSWALD-BECK, remarks in. « Neutrality, the Rights of Shipping and the Use of Force in the Persian Gulf War (II) », *Proceedings of the American Society of International Law*, n° 82, 1988, pp. 594-609, p. 603 ; Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op. cit.* note 79, p. 46 ; Karl Joseph PARTSCH, « Armed Conflict », *op. cit.* note 100, p. 251 ; Sylvain VITÉ, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *op. cit.* note 85 : « [...] ceux qui ont rédigé ces instruments [les Conventions de Genève] voulaient montrer que l'applicabilité du droit international humanitaire était désormais sans relation avec la volonté des gouvernements », p. 72, nous traduisons ; Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1er décembre 2011, accessible en ligne :

En tant que voix de la « communauté internationale » des États, il est également opportun de s'interroger sur la portée des considérations émises par le Conseil de sécurité des Nations unies. Sans entrer en matière à propos de la portée juridique générale des Résolutions émanant de cet organe, on observera simplement que, du point de vue de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, sa pratique oblige à conserver une distance critique. Si l'on ne peut exclure complètement que « *[l']application du droit international humanitaire [puisse] aussi être affecté par les décisions obligatoires du Conseil de Sécurité* »²²⁹, il faut cependant garder à l'esprit que ses constatations sont loin d'être systématiques²³⁰, mais font au contraire l'objet « *d'une sélectivité pusillanime* »²³¹. Il serait donc dangereux d'attendre qu'il « *constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression* »²³² pour considérer que le droit international humanitaire commence à s'appliquer²³³. *A contrario*, le fait qu'il constate une telle menace ne déclenche

<http://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>, dernier accès le 19 avril 2012 : « *Le fait qu'un État ne fasse pas explicitement référence, pour des raisons politiques ou autres, à l'existence d'un conflit armé international dans une situation donnée, n'empêche pas que cette classification s'y applique du point de vue juridique. L'application du droit qui régit les conflits armés internationaux a été dissociée de la nécessité d'une déclaration officielle il y a de nombreuses décennies afin d'éviter que des États ne viennent nier la protection conférée par ce droit. Il est admis que ce raisonnement est toujours valable aujourd'hui.* », p. 9. En sens contraire voir, Christopher GREENWOOD, « International Humanitarian Law and the *Tadic* Case », *op. cit.* note 192 ; International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, p. 28.

²²⁹ Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, p. 53, nous traduisons.

²³⁰ Pour une liste très détaillée d'exemples à l'appui de ce constat, Nico SCHRIJVER, « Article 2 paragraphe 4 », in. Jean-Pierre COT, Alain PELLET, (dir.) et Mathias FORTEAU, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, troisième édition, Tome I, Economica, Paris, 2005, 1366 p., pp. 437-464, en particulier aux pp. 454-459. On pourrait même aller jusqu'à affirmer qu'il s'agit en fait d'un organe politique. Voir en ce sens, Marco SASSÒLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, p. 309 ; sur le caractère discrétionnaire du pouvoir dont jouit le Conseil de sécurité de qualifier ou non une situation, voir également Pierre D'ARGENT, Jean D'ASPREMONT LYNDEN, Frédéric DOPAGNE et Raphaël VAN STEENBERGHE, « Article 39 », in. Jean-Pierre COT, Alain PELLET, (dir.) et Mathias FORTEAU, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, troisième édition, Tome I, Economica, Paris, 2005, 1366 p., pp. 1131-1170, p. 1140.

²³¹ Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire », in. Luigi CONDORELLI, Anne-Marie La ROSA, Sylvie SCHERRER (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995)*, Pedone, Paris, 1996, 506 p., pp. 149-173, p. 158.

²³² Selon les termes de l'article 39 de la *Charte des Nations Unies*.

²³³ Voir dans le même sens Marco SASSÒLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, en particulier aux pp. 322-324 à propos de l'utilisation de l'expression « infraction grave » par le Conseil de Sécurité dans ses Résolutions successives relatives à la situation en Ex-Yugoslavie. Alors que son emploi produit des effets sur la qualification du conflit dont on parle (puisque elles n'existent que dans les conflits armés internationaux), le Conseil de Sécurité a fait preuve d'inconsistance, voire d'incohérence en la matière. De façon analogue, et toujours à propos de la situation en Ex-Yugoslavie, on peut noter que le Conseil de Sécurité appelle à l'application des Conventions de Genève sans égard à la situation telle qu'elle se déroule sur le terrain. Dans la

pas automatiquement l'applicabilité du droit international humanitaire. Par définition, s'il peut s'agir d'une simple menace, non suivie d'effet sur le terrain, aucun des critères concourant à la qualification de conflit armé international ne pourra être constaté ; tant que c'est le cas, le droit international humanitaire restera donc totalement étranger à ces situations. Ainsi, le fait qu'une situation fasse l'objet d'une Résolution la qualifiant de menace contre la paix devra tout au plus inciter à la vigilance et à se pencher sur la situation telle qu'elle se déroule sur le terrain, pour déterminer si le droit international humanitaire s'applique.²³⁴

même veine, mais concernant un autre organe des Nations unies, il est intéressant de relever que dans la Résolution de l'Assemblée générale soumettant à la Cour internationale de justice la question de la construction d'un mur en territoire palestinien, on peut lire qu'à de son avis le Protocole I est applicable, alors qu'Israël n'y est pas partie (la Cour dans le dispositif de son avis n'en fera d'ailleurs pas usage), AGNU, Res. ES-10/14, 8 décembre 2003, 8^{ème} alinéa du Préambule. Voir également, Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire », *op. cit.* note 231. En sens contraire voir, Christopher GREENWOOD, « International Humanitarian Law and the *Tadić* Case », *op. cit.* note 192, qui estime que « [*l']*approche du Conseil de Sécurité à propos des conflits en Ex-Yougoslavie est, bien sûr, un élément important de la pratique internationale, à laquelle on devrait donner un poids considérable. », p. 271, nous traduisons ; voir également les considérations du Juge Li dans son opinion dissidente à l'Affaire *Tadić* de 1995. À l'appui de sa prétention selon laquelle les événements qui se sont déroulés sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie durant la période couverte par la juridiction du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie doivent être considérés dans leur globalité comme un conflit armé international, le Juge Li constatait que « [*d']*e nombreuses résolutions du Conseil de Sécurité reflét[ai]ent l'existence d'un conflit armé international continu dans l'ex-Yougoslavie ». Ce faisant il conférerait aux résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies une autorité telle que quoi qu'elles énoncent on devrait supposer qu'elles reflètent la réalité. TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, Opinion séparée du Juge Li, § 18.4.

²³⁴ Comme mentionné précédemment, selon l'article 39 de la *Charte des Nations unies*, le Conseil de sécurité peut constater plus qu'une menace contre la paix, une rupture de celle-ci ou un acte d'agression. Dans ces deux dernières hypothèses l'utilisation de la force d'un État contre un autre (pour l'hypothèse du conflit armé international qui nous occupe ici) fait toutefois partie de la « définition » qui peut se dégager de la pratique du Conseil de sécurité et d'autres éléments postérieurs à l'adoption de la Charte des Nations unies, en l'absence de définition dans la Charte elle-même (et alors qu'une menace contre la paix peut résulter d'une simple « *altération des rapports internationaux* », Mirko ZAMBELLI, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité, Le Champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 517 p., p. 145) Il y a donc moins controverse, voire aucune controverse, quant à savoir si le droit international humanitaire est applicable dans ces situations. Quoiqu'il en soit, par un raisonnement analogue à celui avancé pour ce qui concerne le constat d'une menace contre la paix, la conclusion est la même si le Conseil de sécurité constate une rupture de celle-ci, ou un acte d'agression. Si les faits qui conduisent le Conseil de sécurité à faire ce constat sont typiques d'un conflit armé international au sens de l'article 2 commun aux Conventions de Genève, alors le droit international humanitaire est applicable ; dans le cas contraire il ne le sera pas. Pour ce qui concerne la définition de l'agression, voir AGNU, *Définition de l'agression*, 14 décembre 1974, 3314 (XXIX) et article 8 bis du *Statut de Rome* tel qu'amendé le 11 juin 2010, qui ont pour socle commun le fait que « [*l']*agression est l'emploi de la force armée [...] contre un autre État ». Pour ce qui concerne les éléments caractéristiques d'une rupture de la paix, voir CSNU, *Résolution 54 (1948) sur la question de la Palestine*, 15 juillet 1948, S/902 ; CSNU, *Résolution 82 (1950) sur la plainte pour agression contre la République de Corée*, 25 juin 1950, S/1501 ; CSNU, *Résolution 83 (1950) sur la plainte pour agression contre la République de Corée*, 25 juin 1950, S/1511 ; CSNU, *Résolution 84 (1950) sur la plainte pour agression contre la République de Corée*, 7 juillet 1950, S/1588 ; CSNU, *Résolution 502 (1982)*, 3 avril 1982, S/RES/502(1982) (Argentine-Royaume-Uni) ; CSNU, *Résolution 598 (1987)*, 20 juillet 1987, S/RES/598(1987) (Iran-Irak) ; CSNU, *Résolution 660 (1990)*, 2 août

En dernier lieu, il convient de mentionner que même si le Comité international de la Croix-Rouge, de par ses fonctions et les sept principes qui le gouvernent, est probablement l'institution la mieux à même de se prononcer de façon objective sur l'existence d'un conflit armé international, et donc sur l'applicabilité du droit international humanitaire, ses interventions ne peuvent être lues comme ayant autorité sur la qualification du conflit et donc sur le point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire. D'une part parce que l'institution a intérêt à ce que le plus de droit international humanitaire possible soit respecté²³⁵. Elle s'abstiendra la plupart du temps de qualifier les faits mais discutera avec les autorités des normes à appliquer²³⁶ sans forcément préciser si elles relèvent du droit humanitaire des conflits armés internationaux ou non internationaux. D'autre part parce que l'on peut constater dans les accords conclus entre les parties à un conflit, sous ses auspices, que les normes réputées applicables sont parfois sans relation avec la réalité telle qu'elle se présente sur le terrain²³⁷. De plus, non seulement le Comité international de la Croix-Rouge revendique lui-même refuser endosser le rôle d'instance désignée pour la qualification des conflits²³⁸, mais il se place

1990, S/RES/660(1990) (Irak-Koweït) ; qui toutes renvoient à une situation d'usage de la force armée d'un Etat contre un autre. Pour une étude exhaustive de l'article 39 de la Charte des Nations unies, voir notamment Pierre D'ARGENT, Jean D'ASPREMONT LYNDEN, Frédéric DOPAGNE et Raphaël VAN STEENBERGHE, « Article 39 », *op. cit.* note 232 ; voir également Keiichiro OKIMOTO, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Hart, Oxford and Portland, 2011, 389 p. ; et Mirko ZAMBELLI, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité. Le Champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 517 p.

²³⁵ Voir en ce sens Marco SASSÖLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, p. 321.

²³⁶ Dans le même sens Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *American University Law Review*, vol. 33, n° 1, 1983-1984, pp. 29-40, p. 39.

²³⁷ Voir en ce sens Yves SANDOZ, « Réflexions sur la mise en œuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en Ex-Yougoslavie », *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, n° 4, 1993, pp. 461-490 ; Marco SASSÖLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, p. 321 ; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A, Chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997, § 583. En sens contraire voir, Christopher GREENWOOD, « International Humanitarian Law and the Tadić Case », *op. cit.* note 192, p. 272.

²³⁸ La question de la constatation objective de l'existence de conflits armés s'est notamment posée en 1971, lors de la première session de la Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, à propos des débats relatifs à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. À cette occasion, le Comité international de la Croix-Rouge a pu très clairement faire part de sa position de principe : « [...] il ne souhait[e] pas [...] assumer la fonction éventuelle d'organe de constatation. Œuvrant traditionnellement dans la discrétion et ayant avant tout pour objectif de soulager les victimes des hostilités, le CICR a exprimé le vœu de pouvoir continuer à disposer de toute liberté d'action et de la souplesse nécessaire à cette fin. », *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés* (Genève, 24 mai – 12 juin 1971), *Rapport sur les travaux de la Conférence*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Août 1971, p. 47. Cette affirmation produite à l'occasion d'un débat relatif aux conflits armés ne présentant pas un caractère international est tout autant valable pour ce qui concerne les conflits armés internationaux. Voir en ce sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, qui considère que « [l]e Comité

toujours – tant que cela lui permet de réaliser son objectif principal, à savoir la protection des victimes de la guerre – sur le terrain du dialogue et de la coopération avec les autorités, c'est pourquoi si ses incitations à la mise en œuvre du droit international humanitaire peuvent servir d'indices lorsque l'on cherche à qualifier une situation, elles ne peuvent en revanche en constituer le seul fondement.

b) L'intensité de la violence exercée

On estime communément que dès le premier « coup de feu » constaté entre États, la situation peut être caractérisée de conflit armé international (i). Il existe toutefois une certaine ambiguïté, voire une opinion contraire, en doctrine (ii).

i) L'intensité, élément traditionnellement inopérant dans le cadre de l'exercice de qualification.

Que l'acte (ou les actes) à l'origine duquel (ou desquels) la question de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux se pose soi(en)t jugé(s) peu violent(s), ou qu'il(s) s'inscrive(nt) sur une très brève période de temps, n'empêche pas la qualification de conflit armé international déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire pertinent.

Pour ce qui concerne l'intensité relative à l'acte en lui-même, capturer un combattant ennemi peut être jugé comme un acte d'une faible intensité, pourtant cette capture et ses conséquences sont soumises au droit international humanitaire. Faire exploser deux gratte-ciels au moyen d'avions de ligne remplis de personnes civiles peut être considéré comme une série d'actes d'une violence extrêmement intense, pourtant, commis en dehors de tout conflit armé préexistant, ces faits sont-ils déjà soumis au droit international humanitaire ? Dans le premier cas on voit qu'un événement de faible intensité peut déclencher l'applicabilité de tout un *corpus juris* propre au statut d'une personne²³⁹, dans le second on constate qu'un événement d'une intensité considérable pose en tout cas question. Pour ce qui concerne l'exemple des actes perpétrés le 11 septembre 2001 à New York, on ne reviendra pas ici sur tous les débats qui ont entouré la réponse qu'ils ont engendré²⁴⁰, ni même sur

international de la Croix-Rouge ne peut pas caractériser une situation d'un point de vue juridique au Salvador, ou où que ce soit d'autre. » p. 40, nous traduisons. Ce point de vue a une résonance particulière dans la mesure où l'auteur de ces lignes était conseiller juridique au sein de l'institution au moment où elle faisait cette affirmation.

²³⁹ Comme il a été évoqué précédemment, capturer un prisonnier déclenche l'applicabilité de la Troisième Convention de Genève.

²⁴⁰ Comme le souligne Luisa VIERUCCI, « Armed Conflict », *op. cit.* note 152 : « La notion [de conflit armé] fait l'objet d'un regain d'intérêt depuis 2001 avec la "guerre contre le terrorisme", pour laquelle la qualification de "guerre", "conflit armé", "conflit armé international", "conflit armé non

la qualification des conflits qui ont suivi²⁴¹. Au regard des critères développés ci-dessus, pour chaque conflit dans lesquels se sont engagés les États-Unis, il conviendra de constater l'existence d'une violence non consentie pour conclure ou non à l'existence d'un conflit armé et à son éventuelle nature, internationale – si la violence est dirigée contre un ou plusieurs autre(s) État(s) – ou non internationale²⁴². S'attachant uniquement à la question de savoir si l'intensité doit faire partie des critères concourant à la qualification de conflit armé international, on se demandera simplement ici si le droit international humanitaire s'applique à ces actes, en eux-mêmes²⁴³ du simple fait de leur intensité. En effet, si le droit international humanitaire est concerné par ces actes, alors il trouvera à s'appliquer dès leur commission. Si à l'inverse il ne l'est pas, le déclenchement de son applicabilité s'en trouvera, le cas échéant, différé. Commis dans le cadre d'un conflit armé international le fait pour une partie au conflit de semer la terreur parmi la population civile est prohibé par le droit international humanitaire²⁴⁴. Qu'en est-il lorsque en dehors de tout

international" ou série de mesure de mise en œuvre du droit, est discutable. », p. 247, nous traduisons. C'est d'ailleurs pourquoi la question de savoir si ces actes peuvent recevoir la qualification d'« attaque armée » n'est pas non plus abordée dans le cadre de cette recherche. S'interroger sur cette notion n'a pour but que d'examiner la nature de la réponse qui y a été apportée : en particulier, s'agissait-il de légitime défense ? Ces notions propres aux problématiques relatives à la légalité du recours à la force sont sans conséquence sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Pour une discussion sur la qualification de ces faits, voir par exemple Frédéric MÉGRET, « 'War'? Legal Semantics and the Move to Violence », *op. cit.* note 227 ; Eric MYJER & Nigel WHITE, « The Twin Towers Attack: an Unlimited Right to Self-Defence? », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 7, n° 1, 2002, pp. 5-18, en particulier pp. 7 à 9.

²⁴¹ À titre d'exemple, pour le Comité international de la Croix-Rouge, le conflit qui a suivi les attentats était de caractère international (entre les États-Unis et l'Afghanistan), au cours duquel le droit international humanitaire s'appliquait, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report 2001*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2002, 474 p., p. 10. Opinion réitérée et complétée en 2007 à l'occasion de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge : Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXXe Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007, 70 p., pp. 8 et s. Il ne s'est en revanche pas prononcé sur la nature des actes commis le 11 septembre. Dans son rapport présenté à la XXVIII^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, il semble simplement qu'il rallie la thèse selon laquelle il s'agit d'un « *phénomène essentiellement criminel* » ne méritant pas la qualification de conflit armé, Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXVIII^{ème} Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2-6 décembre 2003, 73 p., p. 18.

²⁴² Voir en ce sens Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXXe Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007, *op. cit.* note 241, p. 8 ; Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op.cit.* note 79, pp. 58-59.

²⁴³ Pour une discussion plus générale relative à la qualification de ces actes au regard du droit international humanitaire voir Marco SASSOLI, « Guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *op. cit.* note 88.

²⁴⁴ Art. 51 § 2 du Protocole I et article 13 § 2 du Protocole II qui sont de nature coutumière. Voir en ce sens Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles*, *op. cit.* note 164, Règle 2, pp. 10 et s. Voir également, Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXXe Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007, *op. cit.* note 241, pp. 6 à 8.

conflit armé préexistant des objets civils sont utilisés pour viser un bâtiment qui ne répond pas aux critères de l'objectif militaire²⁴⁵ ? Bien que ces actes aient quasiment immédiatement été qualifiés d'« actes de guerre »²⁴⁶, il est toutefois douteux qu'ils répondent à la définition d'un acte commis en temps de « guerre » ; même à considérer que les agissements d'Al-Qaïda – sans aucun doute « hostiles » – sont attribuables *a posteriori* à l'Afghanistan – donc à un État partie aux Conventions de Genève – et quoique la communauté internationale ait proclamé. En effet, au moment où ils ont été commis, c'est-à-dire au moment où le droit international humanitaire aurait le cas échéant eu vocation à s'appliquer, on ne savait pas qui les commettait²⁴⁷. Par conséquent, ce qui empêche de les considérer comme constituant un conflit armé²⁴⁸ relève de la qualité des parties en conflit et non pas de l'intensité. Le droit international humanitaire exige qu'au moins deux parties soient en cause, la

²⁴⁵ Pour la définition de l'objectif militaire, se reporter à l'article 52 § 2 du Protocole I. Accessoirement, il faut souligner que le Pentagone a également été visé par les mêmes procédés. Au contraire des *Twin Towers*, ce bâtiment peut être considéré comme un objectif militaire en ce qu'il abrite le quartier général du Département de la Défense des États-Unis.

²⁴⁶ Cette expression a été employée très largement dans toute la presse. Voir en ce sens, David TURNS, « Act of War », in. Anthony DWORKIN, Roy W. GUTMAN, David RIEFF (eds.), *Crimes of War 2.0: What the Public Should Know*, Norton, Londres, 2007, 447 p., disponible en ligne : <http://www.crimesofwar.org/thebook/act-of-war.html>, dernier accès le 23 mai 2010. Comme le souligne Luigi Condorelli, les Résolutions pertinentes du Conseil de Sécurité des Nations unies 1368 et 1373 (2001), « ne qualifient pas formellement les attentats du 11 septembre d'attaques armées ou d'actes d'agression ». Elles sont considérées comme une menace à la paix et à la sécurité internationale ce qui ne suffit pas à « habilit[er] [un Etat] à agir en légitime défense », Luigi CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 105, n° 4, 2001, pp. 829-848, p. 840.

²⁴⁷ Dans son rapport de 2003, le Comité international de la Croix-Rouge le souligne en ces termes : « La logique même qui sous-tend le DIH exige l'existence de parties identifiables [...] parce que cet ensemble de règles – sans affecter pour autant le statut juridique des parties – établit l'égalité des droits et des obligations entre elles en DIH [...] lorsqu'elles sont en guerre. Les droits et obligations des parties en DIH sont prévues de manière à ce que les deux côtés connaissent les règles à l'intérieur desquelles elles sont autorisées à opérer et afin qu'elles soient en mesure d'attendre une conduite similaire de la part de leur adversaire. », Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXVIII^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6 décembre 2003, op. cit. note 241, p. 19. Dans le même sens, voir Antonio CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 993-1001 : « Il est évident que dans ce cas [celui du 11 septembre] [l'utilisation du terme] 'guerre' [par le Président américain] est inapproprié. La guerre est un conflit armé entre deux ou plusieurs États. Ici nous sommes confrontés à une attaque terroriste extrêmement sérieuse par une organisation non étatique contre un État. Il est vrai que l'utilisation du terme 'guerre' a un impact psychologique énorme sur l'opinion publique. L'emploi de ce terme a pour vocation de mettre l'accent à la fois sur le fait que l'attaque est tellement sérieuse qu'elle peut par ses effets égaliser l'agression d'un État, mais aussi sur le fait que l'intervention en réponse exige la mobilisation de toutes les ressources et énergies semblables à celles d'un état de guerre. », p. 993, nous traduisons ; Helen DUFFY, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 488 p. : « la caractéristique essentielle de tout conflit armé, international ou non international [...] est le recours à la force entre deux ou plus parties **identifiables**. », p. 219, nous traduisons, nous soulignons. Elle reprend donc à son compte le fait que l'identification des parties est un critère sans lequel on ne peut pas conclure à l'existence d'un conflit armé.

²⁴⁸ Et ce avant même toute autre qualification spécifique : internationale si on considère que les actes sont imputables à l'Afghanistan, non internationale s'ils sont le seul fait du groupe Al-Qaïda.

qualification desquelles déterminera le droit international humanitaire applicable²⁴⁹, international ou non international. L'intensité si forte soit-elle ne saurait donc emporter qualification de conflit armé international et donc déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire.

En outre, en soi, quelles normes du droit international humanitaire s'appliqueraient ? Qui pourrait prétendre à quelle(s) protection(s) ? Quelles règles relatives à la conduite des hostilités seraient pertinentes ?²⁵⁰ Si l'on se cantonne au moment précis où ces actes ont été posés, ces questions restent sans réponse. Évidemment, dire que le droit international humanitaire s'applique à ces événements présenterait l'intérêt de pouvoir poursuivre leurs auteurs à ce titre, ou plus précisément leurs complices ou leurs instigateurs – les auteurs étant morts. Cependant, d'autres normes du droit international permettent de le faire aussi bien²⁵¹. Il n'apparaît donc pas nécessaire de les qualifier à tout prix de conflit armé, et d'autant moins de conflit armé *international*. En conséquence, bien que d'une intensité perçue comme considérable, il s'agit purement d'actes de terrorisme qui doivent être traités comme tels en droit international, mais qui sont étrangers au droit international humanitaire puisqu'ils ne sont pas commis dans le cadre d'un conflit armé²⁵². Cela n'exclut pas, cependant, qu'ils constituent le fait déclencheur du ou des conflit(s) qui s'en sui(ven)t au(x)quel(s) le droit international humanitaire trouve incontestablement à s'appliquer²⁵³. De ce

²⁴⁹ En tout état de cause, au moment où ils sont commis la seule qualification qui pourrait éventuellement être retenue serait celle d'un conflit armé non international (voir *infra*, Titre I, Chapitre II, pour les critères concourant à cette qualification) entre Al-Qaïda et les États-Unis, l'attribution des faits commis par ce groupe à l'Afghanistan n'intervenant que postérieurement.

²⁵⁰ Dans la mesure où si le droit international humanitaire s'appliquait elles seraient toutes violées. Voir en ce sens Marco SASSOLI, « Guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *op. cit.* note 88, en particulier aux pp. 224 et 225.

²⁵¹ Le Comité international de la Croix-Rouge l'a d'ailleurs lui-même souligné : Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXVIII^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2-6 décembre 2003, *op. cit.* note 241, p. 19. Dans le même sens voir Luigi CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *op. cit.* note 246, p. 845.

²⁵² Selon la Conseillère juridique pour la Délégation du Comité international de la Croix-Rouge à Paris « Les événements du 11 septembre n'ont pas été considérés comme constitutifs d'un conflit armé. Ainsi, le DIH ne s'applique ni aux attentats, ni à leur préparation, ni à la phase qui a suivi jusqu'au début de la riposte contre l'Afghanistan. Or, leur qualification comme acte de guerre, si elle avait été reconnue, aurait entraîné de facto l'application du DIH, qui admet les auteurs d'actes de terrorisme au bénéfice de garanties minimales. [...] », Ghislaine DOUCET, « Droit international: terrorisme et humanitaire », in. Thierry de MONTBRIAL et Philippe MOREAU DESFARGES, *RAMSES 2003 - Les grandes tendances du monde*, Dunod, Paris, 2002, 375 p., p. 243.

²⁵³ Pour une discussion relative à la date qu'il serait opportun de retenir comme point de départ du conflit armé qui a opposé les États-Unis à Al-Qaïda et l'Afghanistan (11 septembre, ou 6 octobre date de l'offensive armée lancée par les États-Unis), voir Luigi CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *op. cit.* note 246, en particulier aux pp. 846 à 848. Il évoque toutefois cette question en regard de la qualification apportée à la réponse donnée par les États-Unis à ces actes : légitime défense ou non, et conclut finalement que « cette manière de voir, fondamentalement correcte, ne peut toutefois pas être retenue lorsqu'il s'agit de la qualification juridique des actes d'emploi de la force représentant le point de départ d'un conflit

point de vue, il faut souligner que pour déterminer le point de départ de chacun de ces conflits il conviendra – tout comme pour ce qui est de leur qualification, internationale ou non – de procéder au cas par cas. En l'occurrence, le conflit armé entre l'Afghanistan et les États-Unis a débuté le 6 octobre 2001, date à laquelle a commencé l'offensive armée menée par ces derniers contre le régime taliban.

Cet exemple, même pris isolément, permet de conclure que l'intensité relative à l'acte, à elle seule, est impuissante à emporter qualification de conflit armé international. En effet, si l'acte réputé atteindre l'un des plus hauts niveaux qui soient sur l'échelle de la violence ne suffit pas à ce titre unique pour pouvoir considérer que l'on est en présence d'un conflit armé international, comment justifier que d'autres agissements d'intensité plus faible le peuvent ?

Pour ce qui concerne l'intensité relative au temps pendant lequel se produit la violence, le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique dès l'instant où l'on peut constater des hostilités entre deux Hautes Parties contractantes. Il n'est pas nécessaire que ces hostilités se prolongent. Le droit international humanitaire peut d'ailleurs ne trouver à s'appliquer qu'en un instant unique, dans l'hypothèse où le recours à la force armée se limiterait à ce seul « coup de feu ». Toute attaque dans un tel contexte, même isolée, tombe sous le coup du droit international humanitaire. En ce sens, il n'existe pas de seuil d'entrée à la qualification de conflit armé international. Le simple fait d'employer la force armée, quelle qu'elle soit, déclenche l'applicabilité du droit international humanitaire, même si seulement quelques unes de ses règles seront pertinentes et pour un très bref moment. Si, dans l'exemple relatif aux États-Unis et au Yémen suscité, les faits conduisent à la conclusion qu'il s'agissait d'un conflit armé international, le seul tir du missile anti-char est un événement déclencheur de l'applicabilité du droit international humanitaire. De la même façon, la seule capture de quinze soldats britanniques par l'Iran provoque l'applicabilité du droit international humanitaire.²⁵⁴ Il n'y a aucune ambiguïté à cet égard. Le conflit armé international et donc l'applicabilité du droit international humanitaire dans ces cas repose sur un seuil d'intensité extrêmement bas.

Par ailleurs, il existe de nombreux exemples de conflits armés internationaux qui se sont déroulés sur de très courtes périodes et auxquels le droit international humanitaire était incontestablement applicable. Parmi ceux-ci, abstraction faite des situations d'occupation qui ont en pu découler, on peut citer la très justement dite « guerre des six jours » qui a opposé Israël, l'Égypte

armé. Ceux-ci doivent nécessairement – nous semble-t-il – être analysés sur la base des principes du jus ad bellum [...] », p. 847.

²⁵⁴ Voir les détails de cet incident sous les développements relatifs à la capture comme mode de déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire, *supra*.

et la Jordanie en juin 1967 ou encore le conflit qui a opposé durant cinq jours la Géorgie et la Russie en août 2008. Durant ces quelques jours toutes les règles pertinentes relatives à la conduite des hostilités ou à la protection des personnes ont trouvé à s'appliquer dès le premier jour, même si les affrontements ont rapidement cessé ensuite.

On constate donc que quel que soit le spectre de l'intensité – la nature de la violence ou la durée pendant laquelle elle s'exerce – on aboutit à la conclusion qu'il ne devrait pas constituer à lui seul un test aux fins de fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commence à s'appliquer. Il n'apparaît donc pas utile d'analyser, par exemple, l'importance quantitative de la force employée, le nombre de victimes ou encore l'importance des destructions. Qu'il s'agisse d'escarmouches, d'incidents de frontière ou de toute autre qualification secondaire, le droit international humanitaire devrait s'appliquer²⁵⁵.

Toutefois devant, à tout le moins, une certaine ambiguïté émanant de certaines publications, voire l'expression d'une opinion divergente, la question d'une remise en cause de cette conception se pose.

- ii) La prise en considération de l'intensité comme facteur déterminant de l'existence d'un conflit armé international, ambiguïtés ou divergences ?

Le traitement, parfois étrange et peu justifié, de l'intensité par diverses instances et par la doctrine nécessite d'être exposé ci-après tant il questionne la règle pertinente en droit positif.

Une première étrangeté peut être relevée dans deux des rapports que le Comité international de la Croix-Rouge a présenté à la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Il semble y suggérer

²⁵⁵ Voir en ce sens Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, p. 109 mais qui ensuite tempère son propos en introduisant tout de même une notion de seuil, p. 136 ; Yoram DINSTEIN, « Comments on War », op. cit. note 89, p. 887 ; Yoram DINSTEIN, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, op. cit. note 152, p. 15 ; Helen DUFFY, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, op. cit. note 247, p. 219 ; (William J. FENRICK), *Article 8, War Crimes*, in. Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, 1295 p., pp. 180-288, p. 182 ; Hans-Peter GASSER, « International Humanitarian Law: An Introduction », in. Hans HAUG (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, 682 p., pp. 491-580, pp. 510-511, repris notamment par Comité international de la Croix-Rouge, « Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ? », op. cit. note 86 ; Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, p. 158 ; Jean-François QUÉGUINER « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », op. cit. note 79, p. 275 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, p. 131 ; Luisa VIERUCCI, « International Armed Conflict », in. Antonio CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 1008 p., pp. 382-383, p. 382.

que l'intensité est un élément qui intervient dans la détermination du moment à partir duquel le droit international humanitaire est applicable. On peut en effet lire tour à tour : « *Tout conflit armé exige une certaine intensité de violence et, entre autres, l'existence de parties adverses.* »²⁵⁶ ; « *[q]uand la violence atteint l'intensité d'un conflit armé [...]* »²⁵⁷ ; « *[e]n bref, quand la violence atteint l'intensité d'un conflit armé, qu'il soit international ou non international, le DIH est applicable.* »²⁵⁸ ; et « *[p]eut-on en outre prétendre que la violence qui a frappé chacun de ces endroits a atteint l'intensité d'un conflit armé ?* »²⁵⁹. Cependant, il est difficile d'en déduire que la qualification de conflit armé international dépendrait à ses yeux désormais entre autres d'un certain niveau d'intensité. Il semble que la notion d'intensité soit ici exprimée de façon générale pour permettre d'identifier l'existence d'un conflit armé, avant de pouvoir dire s'il est international ou non international. Comme on l'a vu *supra* l'élément principal qui amène à se poser la question de savoir si un conflit armé international existe est la constatation de l'exercice d'une violence armée. En ce sens, il faut une certaine « intensité » pour constater l'existence d'une violence armée, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit d'une nature particulière pour emporter qualification de conflit armé international. On n'a d'ailleurs trouvé nulle part dans les documents du Comité international de la Croix-Rouge de plus amples développements relatifs, en particulier, au niveau d'intensité qui serait requis pour emporter qualification de conflit armé international. Du reste, dans sa position officielle datant de 2008 l'institution pose que l'on « *parle donc de [conflit armé international] lorsqu'un ou plusieurs États ont recours à la force armée contre un autre État, quelles que soient les raisons ou l'intensité de cet affrontement.* »²⁶⁰. Enfin, dans le dernier rapport en date présenté par le Comité international de la Croix-Rouge à la Conférence internationale, il a solennellement réaffirmé que « *[d]epuis l'adoption des Conventions, il y a plusieurs décennies déjà, ni la durée ni l'intensité n'ont en général été considérés comme des éléments constitutifs de l'existence d'un conflit armé international. Cette approche a récemment été remise en question, certains suggérant qu'il fallait que les hostilités atteignent un certain niveau d'intensité [...]. On considère ici, complétant l'avis juridique dominant qui dit le contraire, que l'absence d'une condition fixant un seuil d'intensité requis pour pouvoir définir une situation comme étant un conflit armé international devrait être maintenue, car elle contribue à éviter tout désaccord*

²⁵⁶ Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé par le Comité international de la Croix-Rouge, XXVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6 décembre 2003, 73 p., p. 8.

²⁵⁷ Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXX^e Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007, *op. cit.* note 241, p. 7.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 8.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 9.

²⁶⁰ Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », *op. cit.* note 86.

juridique ou politique sur le fait que le seuil ait été atteint ou non dans une situation donnée. »²⁶¹ En conséquence, si certaines formulations ont pu justifier de s'interroger sur la place de l'intensité dans l'exercice de qualification, il faut retenir que cet élément n'est pas déterminant de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux au sens de cette institution.

Une deuxième mention curieuse, et non étayée, peut être relevée dans le raisonnement des juges du Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie dans leur jugement relatif à l'affaire *Tadić*. On peut en effet lire qu'« [i]l suffit à ce stade de dire que le degré d'intensité du conflit [...] suffisait pour répondre aux critères de l'existence d'un conflit armé international aux fins du Statut. »²⁶² Il semble toutefois que ce soit une considération isolée. Dans l'affaire *Delalić*, par exemple, on lit en effet à l'inverse que « [d]ans [le cas de conflits armés internationaux] le recours à la force armée entre États suffit en soi à déclencher l'application du droit international humanitaire. »²⁶³ La Cour pénale internationale a adopté une position semblable.²⁶⁴ Enfin, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans son jugement du 18 mai 2012 reprend la définition posée au paragraphe 70 par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dans son affaire *Tadić*.²⁶⁵ Toutefois, la formulation est ambiguë puisque les juges estiment que l'organisation et l'intensité sont les critères permettant de dire si un conflit armé a existé, sans préciser sa nature, internationale ou non internationale, alors que ces deux éléments sont caractéristiques de la qualification de conflit armé *non* international²⁶⁶. On peut donc se demander s'ils ont voulu appliquer un critère d'intensité au conflit armé international. Il semble toutefois que non puisque, bien qu'ils estiment que la distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux a peu d'importance dans l'espèce qui les occupe, les faits étant incriminés dans les deux types de conflit, ils reprennent exactement la formulation adoptée par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie qui distingue incontestablement entre les deux types de conflit armé. Ainsi, si le positionnement de la justice pénale internationale a parfois manqué de clarté, il semble que la tendance soit à la conservation de l'approche traditionnelle et donc à considérer que le conflit

²⁶¹ Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1^{er} décembre 2011, *op. cit.* note 228, pp. 8-9.

²⁶² TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, *op. cit.* note 237, § 569.

²⁶³ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, *op. cit.* note 158, §§ 184 et 208.

²⁶⁴ Voir en ce sens, CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.* note 183, § 207.

²⁶⁵ TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, Affaire n° SCSL-03-01-T, Chambre de première instance II, jugement, 18 mai 2012, §§ 563 et s.

²⁶⁶ Pour un examen détaillé de ces éléments, voir *infra*, Titre I, Chapitre II.

armé international est caractérisé indépendamment du niveau d'intensité de la violence.

La doctrine montre également quelques hésitations. Une partie d'entre elle a même semblé proposer une interprétation contraire. Parmi les positions les plus nuancées, on constate par exemple que le manuel militaire britannique ajoute, par analogie aux conflits armés non internationaux, une notion de seuil pour déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire : « *La question de savoir si une situation particulière atteint le seuil permettant de considérer qu'il y a conflit armé dépendra de toutes les circonstances qui l'entourent.* »²⁶⁷ Cette affirmation figure sous le titre « Définition du conflit armé », on pourrait donc penser qu'il y a un amalgame entre les conflits armés internationaux et non internationaux pour définir de façon plus globale la notion de conflit armé. Pourtant, ce passage se trouve sous la section plus générale intitulée « Conflits armés entre États », alors que la section suivante est consacrée spécifiquement aux conflits armés non internationaux. Dans le même ordre d'idée des auteurs ont eu l'occasion de poser que « [...] *dans les cas d'incidents de frontière insignifiants impliquant les membres des forces armées de deux États, il peut ne pas être clair de déterminer si le seuil a été atteint pour que l'incident puisse être considéré comme un conflit armé international* »²⁶⁸. De même, pour critiquer le raisonnement du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie à propos de la qualification du conflit qu'il opérait en 1995 un auteur a adopté la position suivante : « *Je ne crois pas que la guerre à l'échelle telle qu'elle a existé en Bosnie-Herzégovine, et avec l'implication de nombreux États, ne puisse pas être considérée comme un conflit armé international [...]* »²⁶⁹. L'utilisation du terme « échelle » introduit un doute sur la prise en compte de l'intensité pour qualifier le conflit, même si c'est bien l'implication de plusieurs États qui semble déterminante. En 2008, le Conseil fédéral suisse estimait pour sa part que pour déterminer si un pays participe à un conflit armé international, il se « *fonde entre autres sur l'intensité et la durabilité des combats.* »²⁷⁰ Enfin, la position de l'Association du droit international est celle qui suscite le plus la controverse. En effet, dans son rapport initial de 2008, elle concluait sans équivoque que depuis 1949 « *les conflits ont été généralement qualifiés sur la base de l'intensité des combats et non simplement si les forces armées de parties aux*

²⁶⁷ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, op. cit. note 88, § 3.3.1, p. 29, nous traduisons.

²⁶⁸ Maria-Daniella MAROUDA, « Application of International Humanitarian Law in contemporary armed conflicts: is it 'simply' a question of facts? », op. cit. note 85, p. 205, nous traduisons. Dans le même sens, voir également Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », op.cit. note 79, p. 48 ;

²⁶⁹ George H. ALDRICH, « Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, pp. 64-69, p. 67, nous traduisons.

²⁷⁰ Lucius CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public 2008 », *Revue suisse de droit international et européen*, n° 4, 2009, pp. 537-605, p. 605, reproduction de la réponse donnée le 19 novembre 2008 par le Conseil fédéral à une question posée le 1^{er} octobre 2008 par M. Josef Lang, député au Conseil National.

Conventions étaient engagées »²⁷¹, érigeant ainsi l'intensité en critère déterminant de la qualification de conflit armé international. Toutefois elle semble revenir en arrière dans son rapport final de 2010 dans lequel si l'organisation et l'intensité sont ses deux critères étalons pour définir la notion de conflit armé de manière générale, elle n'entend plus se prononcer sur la nature subséquente, internationale ou non internationale, du conflit.²⁷² Aussi ce qui a pu sembler relever de la divergence en 2008 devient une ambiguïté en 2010. Comme d'autres instances, l'Association du droit international utilise deux éléments, l'intensité et l'organisation, qui sont caractéristiques du conflit armé *non* international et les appliquent indifféremment à tous les types de conflits armés. Il en résulte soit une imprécision regrettable, soit une volonté d'ignorer la distinction entre les différents types de conflits armés auxquels s'applique le droit international humanitaire.²⁷³ Par conséquent, pour ce qui concerne le positionnement doctrinal, la prise en compte de l'intensité est successivement peu claire, soulève certains problèmes sans pour autant nier son inopérativité, ou produit des conséquences sur un autre débat – celui de la pertinence de la distinction conflit armé international ou non international – plutôt que remet fermement en cause la conception traditionnelle selon laquelle l'intensité de la violence exercée n'est pas un facteur déterminant de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux.

Des tentatives d'identification de détermination du moment à partir duquel est déclenchée l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, on peut conclure qu'au moins deux critères existent pour déterminer ce moment : la constatation, premièrement, d'une violence exercée entre entités étatiques et, deuxièmement, du caractère non consenti de cette violence. Les deux autres éléments examinés, les considérations des Parties et l'intensité, n'interviennent eux qu'*a contrario* : il n'est pas nécessaire d'attendre qu'une quelconque autorité se prononce, ni de constater un niveau de violence particulier. Puisque ce sont aux faits qu'il convient de s'attacher, le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commencera à s'appliquer dès lors que ce test en deux étapes est positif, sans que d'autres considérations, plus subjectives, ne viennent troubler l'analyse.

Si le premier Protocole aux Conventions de Genève n'a pas davantage clarifié la notion de « conflit armé », puisqu'il se contente de renvoyer aux situations prévues à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, il n'a pas

²⁷¹ International Law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, *op. cit.* note 143, p. 10.

²⁷² International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, p. 3, note de bas de page 7.

²⁷³ Pour des références doctrinales détaillées relatives au débat sur la pertinence de conserver la dichotomie conflit armé international / conflit armé non international, voir *infra*, note 288.

plus résolu le problème résultant du déclenchement d'une applicabilité différenciée du droit international humanitaire du fait de la survenue d'agissements ayant pour conséquence qu'une situation interne devient internationale.

§ III. Une hypothèse particulière²⁷⁴ déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : l'internationalisation d'un conflit armé non international

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une Puissance étrangère intervient en soutien à un ou plusieurs groupe(s) armé(s) rebelle(s) qui lutte(nt) contre l'armée régulière d'un État²⁷⁵. La question qui se pose alors est de savoir quel doit être le degré d'intervention de cette Puissance pour que l'on puisse considérer que le conflit armé non international s'internationalise. Cette hypothèse, tout comme les questions qu'elle soulève, est une hypothèse ancienne mais qui a connu un regain d'intérêts ces dernières années du fait du double débat jurisprudentiel et doctrinal suscité par l'interprétation proposée par les juges du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie du principe posé par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt dit « *Nicaragua* ». En effet, la notion de conflit armé non international

²⁷⁴ « Particulière », dans le sens où « *les conflits armés non internationaux internationalisés [...] sont des événements qui se produisent au sein d'un même pays avec des éléments internationaux superposés* », Hans-Peter GASSER, « Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon », *American University Law Review*, n° 33, 1983, pp. 145-160, p. 157, nous traduisons. Voir dans le même sens James G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *op. cit.* note 227, en particulier p. 316.

²⁷⁵ Soulignons que l'hypothèse dans laquelle un État intervient auprès d'un autre État pour le soutenir dans sa lutte armée contre un ou plusieurs groupe(s) armé(s) rebelle(s) ne relève pas de ce champ. Cette intervention n'a aucune incidence sur la qualification du conflit, qui reste de caractère non international entre le(s) groupe(s) armé(s) et les deux États en cause. La définition de l'article 2 commun aux Conventions de Genève est clair sur ce point : pour être international un conflit doit opposer deux Hautes Parties contractantes ; dans ce cas-ci l'intervention de l'État a lieu avec le consentement du premier, ils ne sont donc pas opposés, mais au contraire unis dans cette lutte contre le(s) groupe(s) armé(s). Voir en ce sens, Anthony AUST, *Handbook of International Law*, *op. cit.* note 154, p. 254 ; Sylvain VITÉ, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *op. cit.* note 85. En sens contraire voir Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, *op. cit.* note 86, pp. 139 et s. ; Ingrid DETTER, *The Law of War*, *op. cit.* note 102, pp. 46-49. Pour une analyse récente de ce phénomène voir par exemple, Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II*, septembre 2009, 441 p., pp. 301-304, disponible en ligne sur le site de la mission d'établissement des faits : <http://www.ceig.ch/Report.html>, dernier accès le 23 novembre 2010. Voir également subsidiairement, Djamchid MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 292, 2001, pp. 9-145, pp. 55 et s.

« internationalisé » n'existe ni dans les Conventions de Genève ni dans leurs Protocoles additionnels²⁷⁶. Il s'agit pourtant de situations fort répandues et depuis fort longtemps²⁷⁷. Cette pluralité de situations, couplée à l'absence de solution en droit conventionnel, a contribué à ce que cette notion soit posée en principe par la jurisprudence. Elle a ensuite été contestée et débattue. La jurisprudence et la doctrine identifient deux types d'« internationalisation » : direct (A) ou indirect (B)²⁷⁸. Une question subsidiaire se pose également : cette intervention entraîne-t-elle une internationalisation de tout le conflit, autrement dit est-ce que dès lors le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique entre toutes les parties en conflit – rebelles compris – ou seulement entre les deux États ?²⁷⁹ (C) Ces interrogations ont des

²⁷⁶ Dans sa contribution de 1979 au Recueil des Cours de l'Académie du droit international de La Haye, Dietrich Schindler mentionne déjà cette hypothèse et précise que : « *Le Comité international de la Croix-Rouge a mis en avant lors des Conférences d'Experts de 1971 et 1972 la proposition que, en cas d'intervention étrangère dans des guerres civiles, l'ensemble des règles du droit international humanitaire, ou à tout le moins celles relatives au traitement des prisonniers de guerre et des internés, devrait s'appliquer.* », Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p.150, nous traduisons. Voir également en ce sens, Hans-Peter GASSER, « Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon », *op. cit.* note 274, p. 145 et Dietrich SCHINDLER, « Le droit international humanitaire et les conflits armés internes internationalisés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 737, 1982, pp. 263-272, p. 264.

²⁷⁷ Voir par exemple les situations antérieures à 1983 décrites par Hans-Peter GASSER, « Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon », *op. cit.* note 274. De même, Dietrich SCHINDLER, « Le droit international humanitaire et les conflits armés internes internationalisés », *op. cit.* note 276 constate en 1982 : « *Les conflits armés internationalisés se sont multipliés au cours des dernières décennies.* », p. 263. Voir également, Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 126.

²⁷⁸ Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a pour sa part repris ce principe dès l'*Affaire Tadić* : « *[...] un conflit armé interne qui éclate sur le territoire d'un État peut devenir international (ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international) si i) les troupes d'un autre État interviennent dans le conflit ou encore, si ii) certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet autre État.* », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, *op. cit.* note 154, § 84 et la Cour pénale internationale a déjà eu l'opportunité de le confirmer, voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.* note 183, § 209.

²⁷⁹ C'est généralement en parallèle à ce débat que l'on trouve la doctrine contestant la classification conflit armé international / conflit armé non international. Cette distinction ne se justifierait plus au regard du droit applicable dans les situations internationalisées. Voir par exemple, Anthony AUST, *Handbook of International Law*, *op. cit.* note 154, p. 254 ; René-Jean DUPUY et Antoine LEONETTI, « La notion de conflit armé à caractère non international », in. Antonio CASSESE (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Naples, 1971, 501 p., pp. 258-276, p. 258 ; International law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, *op. cit.* note 143, p. 6 ; Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *op. cit.* note 85, p. 262 ; Malcom N. Shaw qui, s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie et en particulier sur l'arrêt *Tadić*, estime que « *[...] cette différence [entre conflit armé international et non international] a disparu au cours des dernières décennies* », nous traduisons. Pourtant dans des développements ultérieurs il semble conserver la distinction, notamment à propos de la nature du contrôle que doit exercer une Puissance étrangère sur un groupe armé pour pouvoir considérer que le conflit armé est international et non plus interne, Malcom N. SHAW, *International Law*, *op. cit.* note 88, pp. 1191 et 1193-1194, respectivement ; James G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *op. cit.* note 227, s'il ne se prononce pas lui-même catégoriquement en faveur de l'abandon de cette distinction, il cite un

conséquences quant à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire dans la mesure où on a alors une situation qui change et un moment donné à partir duquel le droit applicable n'est plus le même. Les protections offertes selon que l'on se trouve dans un conflit armé non international ou international n'ayant pas la même étendue, il est important de savoir dans ces cas jusqu'à quand le droit des conflits armés non internationaux s'applique avant de céder le cas échéant la place au droit des conflits armés internationaux.

A) *L'intervention directe*

Dans ce premier cas, peu de problèmes se posent : un État intervient directement avec ses propres forces armées en soutien à un groupe armé non étatique dans sa lutte contre les autorités gouvernementales. Répondant à la définition du conflit armé international, à savoir le recours à la violence en vue de régler un différend²⁸⁰, cette intervention armée internationalise le conflit en ce qu'à tout le moins un nouveau conflit armé international vient se greffer au conflit armé non international de départ. Ainsi, dès le moment où l'on pourra constater le « premier coup de feu » entre les troupes de l'État intervenant et les forces armées gouvernementales, on considérera qu'existe un conflit armé international entre ces deux Hautes Parties contractantes. On trouve dans une décision de jurisprudence toute récente la mise en œuvre de ce principe. La Chambre de Première instance I de la Cour pénale internationale, à propos de la qualification du conflit en République Démocratique du Congo, s'est exprimée en ces termes : « *Il existe également des preuves suffisantes donnant des*

très grand nombre d'auteurs qui en sont partisans, notamment George H. ALDRICH, « The laws of war on land », *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 42-63, p. 62 ; Sonja BOELAERT-SUOMINEN, « Grave breaches, universal jurisdiction and internal armed conflict: Is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts? », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, n° 63, 2000, pp. 63-103, section 5 ; Ingrid DETTER, *The Law of War*, op. cit. note 102, p. 49 ; W. Michael REISMAN et James SILK, « Which law applies to the Afghan conflict? », *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p. 459-486, p. 465 ; Colin WARBRICK & Peter ROWE, « The international Criminal Tribunal for Yugoslavia: The decision of the Appeals Chamber on the interlocutory appeal on jurisdiction in the Tadic case », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 691-701, p. 698. Pour une analyse sous un autre angle, voir Konstantinos MASTORODIMOS, « The Character of the Conflict in Gaza: Another Argument towards Abolishing the Distinction between International and Non-international Armed Conflicts », *International Community Law Review*, vol. 12, n° 4, 2010, pp. 437-469. Voir aussi Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, conclusion générale pp. 153-156. En réalité, ce n'est pas tant la dichotomie conflit armé international / non international qui est contestée par ces auteurs que le fait que le droit applicable soit distinct selon l'une ou l'autre des situations. Pour une prise de position en faveur de la conservation de la distinction entre les droits applicables, voir Marco SASSÖLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », op. cit. note 170, p. 332.

²⁸⁰ Peu important les raisons de cette intervention, ce qu'il convient de prendre en compte c'est la présence hostile sur le territoire – dans toute son appréciation : espace terrestre, aérien ou côtier – d'une force armée étrangère.

motifs substantiels de croire que l'Ouganda est intervenu directement dans ce conflit armé par l'intermédiaire des Ugandan People Armed Forces (les UPDF). Les éléments de preuve présentés établissent qu'un nombre significatif de soldats des UPDF ont directement participé au nom de différents groupes armés, à plusieurs opérations militaires, dont la prise de Bunia par l'UPC au début août 2002, la prise par le FNI/les FRPI de Bogoro en février 2003 et de Bunia au début mars 2003. Il existe également des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que l'Ouganda était l'un des principaux fournisseurs d'armes et de munitions pour ces groupes armés et que cette assistance militaire ougandaise a renforcé la capacité des bénéficiaires respectifs d'attaquer avec succès d'autres groupes. Partant, la Chambre estime qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que le conflit qui a eu lieu dans le district d'Ituri entre, au moins, août 2002 et mai 2003 était de caractère international »²⁸¹. En revanche les preuves sont insuffisantes pour convaincre la Chambre que l'intervention du Rwanda ait eu le même effet. Aussi si l'Ouganda peut être considéré comme une Partie au conflit pendant cette période, ce n'est pas le cas du Rwanda²⁸².

B) L'intervention indirecte

Le concept d'intervention indirecte produit les mêmes effets ; il a vocation à internationaliser un conflit armé non international. Cependant bon nombre de questions surgissent quand il s'agit d'identifier les modalités de cette intervention. Si le principe a été posé par la Cour internationale de justice en 1986 (1), il a fait l'objet d'une remise en cause en 1999 par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (2). La Cour internationale de justice a toutefois mis un point d'honneur à réaffirmer sa position en 2007, tout en la précisant (3).

1) L'énoncé d'un principe...

Dans le cas d'une intervention indirecte, il n'est plus si aisé de constater qu'un État tiers intervient dans un conflit armé non international. En effet, on ne peut pas constater matériellement la présence de ses troupes sur le territoire d'un autre État. Pourtant le soutien qu'il apporte par d'autres moyens au groupe

²⁸¹ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, op. cit. note 184, § 240. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a également eu de nombreuses occasions de se prononcer en ce sens. Voir par exemple, TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, § 214 ; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, § 84 ; TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, op. cit. note 225, § 94 ; TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, Affaire n° IT-96-21-A, Chambre d'appel, arrêt, 20 février 2001, § 33 ; TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, Affaire n° IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement, 26 février 2001, § 109 ; TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias "Tuta" et Vinko Martinović alias "Stela"*, op. cit. note 44, §§ 182 et 196.

²⁸² CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, op. cit. note 184, § 241.

armé est tel que l'on peut considérer qu'il est lui-même partie au conflit armé. Évidemment, si les États se dispensent d'intervenir ouvertement dans un conflit armé interne par le biais de leurs propres troupes, c'est qu'ils entendent dissimuler qu'ils prennent part au conflit armé. Tout au long de la « guerre froide », cette attitude fut fréquente ; les États-Unis comme l'URSS s'étant affrontés indirectement à de nombreuses reprises sur le territoire d'autres États en prenant parti soit pour les autorités gouvernementales soit pour les opposants. C'est dans ce contexte que la Cour internationale de Justice a été amenée à se prononcer sur cette question²⁸³. Les États-Unis étaient intervenus au Nicaragua pour mater le régime sandiniste d'obédience marxiste-léniniste. Parmi toutes les problématiques juridiques liées à cette intervention, la Cour devait se prononcer sur le point de savoir si les contras²⁸⁴ avaient agi sous la direction et le contrôle des États-Unis²⁸⁵. Pour ce faire elle adoptait un critère extrêmement restrictif : « *Pour que la responsabilité juridique [des États-Unis] soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites.* »²⁸⁶ En l'espèce, ses constatations factuelles selon lesquelles les États-Unis avaient participé « *à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des contras, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations* » tout comme « *le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard* » ne suffirent pas à convaincre la Cour que les « *les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire* »²⁸⁷. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour considère

²⁸³ Pour l'historique du conflit au Nicaragua et les enjeux en présence, voir John E. JESSUP, *An Encyclopedic Dictionary of Conflict and Conflict Resolution, 1945-1996*, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1998, 887 p., pp. 525-527.

²⁸⁴ « *[T]erme employé pour désigner ceux qui lutt[ai]ent contre le [...] Gouvernement nicaraguayen* », CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 1986, Recueil 1986, p. 14, § 20.

²⁸⁵ La Cour avait d'abord constaté que les actes incriminés ne pouvaient pas être en tant que tels attribués aux États-Unis, les contras ne pouvant pas être considérés comme un organe de cet État. Elle recherchait néanmoins si la responsabilité des États-Unis ne pouvait pas être engagée à un autre titre, celui qui est aujourd'hui défini à l'article 8 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* de la Commission du droit international, dont l'Assemblée générale des Nations unies a pris acte dans sa Résolution A/RES/56/83 du 12 décembre 2001. Voir en ce sens le rappel didactique formulé dans CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, Recueil 2007, p. 43, §§ 379-407.

²⁸⁶ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, op. cit. note 284, § 115, nous soulignons.

²⁸⁷ *Ibid.* Elle avait constaté préalablement que : « *De l'avis de la Cour il est cependant établi que l'appui des autorités des États-Unis aux activités des contras a pris, au fil des années, diverses formes telles que le soutien logistique, la fourniture de renseignements sur les positions et les mouvements des troupes sandinistes, l'emploi de moyens de communication perfectionnés, l'utilisation de réseaux de transmission de campagne, la couverture radar. Il paraît clair à la Cour qu'un certain nombre d'opérations militaires et paramilitaires de cette force ont été décidées et planifiées, sinon par les conseillers des États-Unis, au moins en liaison étroite avec eux et sur la base de l'assistance*

que les États-Unis ne soient pas intervenus dans le conflit ayant eu lieu au Nicaragua, puisqu'elle constate par ailleurs : « *Le conflit entre les forces contras et celles du Gouvernement du Nicaragua est un conflit armé ne "présentant pas un caractère international". Les actes des contras à l'égard du Gouvernement du Nicaragua relèvent du droit applicable à de tels conflits, cependant que les actions des États-Unis au Nicaragua et contre lui relèvent des règles juridiques intéressant les conflits internationaux.* »²⁸⁸ Elle distingue donc deux conflits, dont l'un d'eux uniquement implique les États-Unis²⁸⁹. Accessoirement, il est intéressant de relever que la Cour, si elle conclut que les actes commis par les contras ne sont pas imputables aux États-Unis, conclut également que les États-Unis ont violé le principe du non recours à la force, notamment eu égard à leur comportement à l'égard des *contras*²⁹⁰. Il en surgit le paradoxe suivant : un État pourrait violer le principe du non recours à la force, mais dans le même temps ne pas être réputé partie au conflit dont il est question.²⁹¹

en matière de renseignement et de logistique que les Etats-Unis étaient en mesure d'offrir, en particulier en mettant à la disposition des contras des avions de ravitaillement. », § 106.

²⁸⁸ *Ibid.*, § 219.

²⁸⁹ Au titre de leur intervention directe au Nicaragua. Notamment, la Cour tient pour établi que les États-Unis sont à l'origine du minage de trois ports nicaraguayens en 1984, tout comme elle constate que certains des actes posés par les membres des Unilaterally Controlled Latino Assets (UCLAs) avaient été préalablement préparés, commandés et soutenus par des militaires américains et à ce titre étaient imputables aux États-Unis. *Ibid.*, §§ 80 et 92, respectivement. De ce passage de l'arrêt résulte la théorie dite du « fractionnement » qui consiste à considérer que lorsque différents acteurs sont impliqués dans un même conflit armé, par le biais d'une intervention directe, le droit qui leur est applicable diffère selon leur qualité. Dans leurs relations avec des groupes armés, les États sont soumis au droit international humanitaire des conflits armés non internationaux, mais dans leurs relations entre eux, ils sont soumis au droit international humanitaire des conflits armés internationaux. Autrement dit, l'intervention directe d'un État tiers n'internationalise pas nécessairement tout le conflit et on n'applique pas le droit international humanitaire des conflits armés internationaux à tous les acteurs en cause. Voir en ce sens Marco SASSÖLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, p. 314 ; Dietrich SCHINDLER, « Le droit international humanitaire et les conflits armés internes internationalisés », *op. cit.* note 276, qui distingue les deux doctrines, en faveur et contre le fractionnement, pp. 264-265 puis décrit extensivement les différents types de relations résultant de ce type de conflits, pp. 266 et s.

²⁹⁰ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.* note 284 : « [...] il s'ensuit que les États-Unis ont violé le principe interdisant de recourir à la menace ou à l'emploi de la force en raison [...] de l'assistance qu'ils ont donnée aux contras, dans la mesure où celle-ci "implique une menace ou l'emploi de la force" (paragraphe 228 ci-dessus). », § 238. Or, on peut lire au paragraphe 228 : « *les États-Unis, par leur assistance aux contras au Nicaragua, ont commis prima facie une violation de ce principe "en organisant ou encourageant l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées ... en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat" et en "participant à des actes de guerre civile ... sur le territoire d'un autre Etat", selon les termes de la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale. D'après cette résolution, une semblable participation est contraire au principe interdisant l'emploi de la force quand les actes de guerre civile en question "impliquent une menace ou l'emploi de la force". Selon la Cour, [...] le fait d'armer et d'entraîner les contras peut assurément être considéré comme impliquant l'emploi de la force contre le Nicaragua [...].* »

²⁹¹ On fait référence ici au conflit ayant opposé le Nicaragua aux États-Unis, par le biais des *contras* : si, selon la Cour, les États-Unis ont bien été en conflit avec le Nicaragua du fait de leur intervention directe, elle considère en revanche qu'ils ne l'ont pas été au titre de leur intervention indirecte. Pourtant, c'est cette intervention indirecte qui est le fruit de la violation du principe interdisant de recourir à la menace ou à l'emploi de la force par les États-Unis à l'encontre du Nicaragua. C'est

2) ...remis en cause...

Treize ans plus tard, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, afin de déterminer la nature du conflit en Ex-Yougoslavie à différents moments de son déroulement, a repris le critère dégagé par la Cour internationale de Justice, mais pour le contester²⁹² et dégager un nouveau test. À titre liminaire il convient de noter que la situation qui était soumise à cette instance pénale était d'une nature sensiblement différente de celle examinée par l'organe juridictionnel des Nations unies. En effet, le Tribunal devait se prononcer non pas sur l'intervention indirecte d'un État dans un conflit armé non international, mais devait se demander si du fait du retrait allégué des troupes d'un État sur le territoire d'un autre, le conflit qui continuait néanmoins de s'y dérouler était toujours de caractère international ou avait changé de nature²⁹³. Il s'agit donc toujours de rechercher si les agissements indirects d'un État peuvent avoir des conséquences sur la qualification du conflit et donc sur le droit international humanitaire applicable, mais cette différence subtile peut expliquer d'une certaine façon les divergences d'interprétation entre les deux juridictions. Quoi qu'il en soit, en 1999²⁹⁴, la

d'ailleurs l'aspect principal que relève le juge Shahabuddeen dans son opinion individuelle à l'arrêt *Tadić* de 1999. Mentionnant les paragraphes 228 et 238 susmentionnés, il estime en effet que « rien dans ce passage ne s'oppose à la conclusion que les États-Unis utilisaient la force au travers des contras contre le gouvernement du Nicaragua », ce qui lui permet d'arriver à la conclusion suivante au regard des faits, tels qu'ils se sont déroulés sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie durant la période examinée par le Tribunal : « Ainsi, la RFY [République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)] a fait plus que fournir des fonds généraux à la VRS [armée de la République serbe de Bosnie-Herzégovine/Republika Srpska]. Sur la base de Nicaragua, je n'ai pas de difficulté à conclure que les conclusions de la Chambre de première instance suffisent à démontrer que la RFY utilisait la force au travers de la VRS contre la Bosnie-Herzégovine, même à supposer que les faits n'étaient pas suffisants pour déterminer la responsabilité de la RFY pour tous les actes délictueux commis par la VRS. La RFY et la Bosnie-Herzégovine était par conséquent en conflit armé, au sens de l'article 2 paragraphe 1 de la quatrième Convention de Genève, avec la conséquence que cette Convention s'appliquait à ce conflit armé. » Plus loin, il insiste encore sur le fait que « [s]i il y [a] un tel usage de la force par un Etat contre un autre, ex definitione le conflit [est] international [...] ». TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, Opinion séparée du Juge Shahabuddeen (Président) (p. 150 de la version anglaise de l'arrêt), §§ 12, 14 et 24 respectivement, nous traduisons.

²⁹² Selon le Tribunal en effet, « le critère dégagé dans l'arrêt Nicaragua ne semble pas s'accorder avec la logique de la responsabilité des États. [...] La Chambre d'appel estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit. », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, §§ 115-117.

²⁹³ Pour un historique détaillé relatif au déroulement des conflits en Ex-Yougoslavie, voir en particulier TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 237, §§ 53 et s. Voir également, par exemple, Yves SANDOZ, « Réflexions sur la mise en œuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en Ex-Yougoslavie », op. cit. note 237; ou Marco SASSOLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », op. cit. note 170.

²⁹⁴ Le Tribunal avait eu l'occasion de se prononcer sur cette question en première instance, dès 1997. Utilisant le critère du « contrôle effectif » élaboré dans l'*Affaire Nicaragua* par la Cour internationale de justice, les juges avaient conclu, contre l'opinion de la Présidente de la Chambre, que le conflit était de nature non internationale, empêchant par là même l'incrimination des faits commis par l'accusé au titre d'infractions graves aux Conventions de Genève. Dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt, la présidente Kirk McDonald démontrait combien cette décision ne reflétait pas les faits tels qu'ils avaient été vécus sur le terrain en 1992. En conséquence, elle plaidait contre l'utilisation du

Chambre d'appel juge que « le droit international exige donc, pour qualifier le conflit armé d'international, que la RFY [République Fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)] ait exercé sur ces forces [les forces armées des Serbes de Bosnie] un contrôle global allant au-delà de leur simple financement et équipement et impliquant également une participation à la planification et à la supervision de leurs opérations militaires. Par contre, le droit international ne requiert pas que ce contrôle s'étende à l'émission d'ordres ou d'instructions spécifiques concernant des actions militaires précises, que ces dernières aient été ou non contraires au droit international humanitaire. »²⁹⁵. Dès lors, le moment à partir duquel « des forces armées peuvent être considérées comme agissant pour le compte d'une Puissance étrangère, conférant ainsi au conflit un caractère international »²⁹⁶ s'en trouve changé. Ce moment

critère du « contrôle effectif » propre à la recherche de la responsabilité de l'État et non à la qualification du conflit selon elle, et estimait que la Chambre aurait dû « plutôt tenir compte des critères formels de la structure militaire », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 237, Opinion séparée et dissidente du Juge Kirk McDonald concernant l'applicabilité de l'article 2 du Statut, (p. 299 de la version anglaise du jugement), nous traduisons. Voir dans le même sens Theodor MERON, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout », op. cit. note 192, en particulier pp. 236 et 237. Il est en outre intéressant de relever qu'avant cette décision en appel de 1999, la Chambre de première instance avait de nouveau eu l'occasion de se prononcer sur la nature du conflit. Prenant acte des divergences exprimées en 1997, elle écartait alors toute référence à l'*Affaire Nicaragua* et en réponse à la question suivante : « y avait-il, en mai 1992, un conflit armé international en Bosnie-Herzégovine et ce conflit s'est-il prolongé tout le reste de l'année [...] ? » insistait en particulier sur le fait que les agissements de la RFY en 1992 n'avaient pour but que de dissimuler sa présence effective en Bosnie-Herzégovine suite aux injonctions de la communauté internationale, par le biais notamment de Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies, exigeant le retrait des troupes serbes de ce territoire. Elle s'estimait convaincue « que le conflit armé international qui s'était déroulé en Bosnie-Herzégovine, au moins à partir d'avril 1992, [avait] perduré tout au long de l'année et n'[avait] fondamentalement pas changé de nature. Le retrait des effectifs de la JNA [armée de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)] qui n'étaient pas de nationalité bosniaque et la création de la VRS [armée de la République serbe de Bosnie-Herzégovine/Republika Srpska] et de la VJ [armée populaire yougoslave] constituaient une tentative délibérée de dissimuler l'engagement continu de la RFY dans le conflit, tandis que son gouvernement restait en fait la force qui contrôlait les serbes de Bosnie » et constatait que « la continuité avec la JNA [était] manifeste », TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, §§ 211 et 234, respectivement, nous soulignons.

²⁹⁵ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, § 145, l'emphase est de l'original. C'est donc pour la première fois, hormis l'*Affaire Loizidou* jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, CEDH, *Loizidou c. Turquie*, Affaire n° 15318/89, arrêt du 18 décembre 1996, § 56, qu'apparaît dans une décision la notion de « contrôle global ». Toutefois, cette dernière a véritablement vu le jour sous la plume des juges Vohrah et Nieto-Navia, dans leur opinion conjointe exprimée lors de l'examen en première instance de l'*Affaire Aleksovski*, et moins d'un mois avant que l'arrêt Tadić ne soit rendu. Examinant l'implication de la Croatie dans le conflit qui s'était déroulé en Bosnie-Herzégovine, ils constataient en effet « que l'Accusation n'a[va]it pas réussi à prouver que, durant la période et à l'endroit dont il [était] question dans l'acte d'accusation, le HVO [littéralement "Conseil de défense croate", c'est-à-dire la force armée de la Communauté croate de Herceg-Bosna] agissait en fait sous le **contrôle global** de la HV [armée de la République de Croatie] dans la conduite du conflit armé contre la Bosnie-Herzégovine. [Ils] considér[ai]ent que le HVO n'était pas un agent de facto de la Croatie ou que ce dernier pays ne jouait pas un **rôle indirect** dans ledit conflit armé. Par conséquent, l'Accusation n'a[va]it pas établi, selon [eux], le caractère international du conflit [...] ». TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14/1-T, Chambre de première instance, jugement, 25 juin 1999, Opinion conjointe de la majorité, Juge Vohrah et Juge Nieto-Navia, sur l'applicabilité de l'article 2 du Statut, conformément au paragraphe 46 du jugement, § 27, nous soulignons.

²⁹⁶ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, § 87.

interviendra probablement plus rapidement, puisque les faits matériels qui conduisent à cette conclusion sont moins nombreux à réunir. En somme, ce critère du « contrôle global » donne tout simplement une chance à ce moment de se produire, ce que le critère du « contrôle effectif » empêchait en pratique. Le Tribunal précise en outre que « *le contrôle exercé par un État sur des forces armées, des milices ou des unités paramilitaires subordonnées peut revêtir un caractère global (mais doit aller au delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation). Cette condition ne va toutefois pas jusqu'à inclure l'émission d'ordres spécifiques par l'État ou sa direction de chaque opération. Le droit international n'exige nullement que les autorités exerçant le contrôle planifient toutes les opérations des unités qui dépendent d'elles, qu'elles choisissent leurs cibles ou leur donnent des instructions spécifiques concernant la conduite d'opérations militaires ou toutes violations présumées du droit international humanitaire. Le degré de contrôle requis en droit international peut être considéré comme avéré lorsqu'un État (ou, dans le contexte d'un conflit armé, une Partie au conflit) joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe militaire, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel.* »²⁹⁷. Appliqué aux faits de la cause, ce nouveau test permet au Tribunal de conclure que « *pour ce qui est de la période visée en l'espèce (1992), les forces armées de la Republika Srpska doivent être considérées comme agissant sous le contrôle global et au nom de la RFY. Il s'ensuit que, même après le 19 mai 1992, le conflit armé en Bosnie-Herzégovine entre les Serbes de Bosnie et les autorités centrales de Bosnie-Herzégovine doit être qualifié de conflit armé international.* »²⁹⁸.

²⁹⁷ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, § 137, l'emphase est de l'original. À titre subsidiaire, il faut noter que les juges parviennent à une conclusion différente pour ce qui concerne l'imputabilité des actes commis par des individus isolés (ou des groupes non organisés). Dans ce cas, il faut soit que ces individus puissent être rattachés à l'État, soit que des instructions spécifiques aient été données (ou que les actes en question aient été validés *a posteriori*), pour que leurs actes puissent être imputés au dit État, et confèrent au conflit sa nature internationale. Voir en ce sens, *Ibid.* § 137 confirmé notamment dans TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, op. cit. note 225, § 99. Pour une analyse détaillée du test élaboré par le Tribunal, voir James G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », op. cit. note 227, en particulier pp. 323-333.

²⁹⁸ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 154, § 162, l'emphase est de l'original. Pour ce faire il constatait en particulier : « *il n'était pas nécessaire de démontrer que les opérations menées par les forces serbes de Bosnie [...], objets du procès, avaient été spécifiquement ordonnées ou planifiées par l'Armée yougoslave. Il suffisait de démontrer que cette dernière exerçait un contrôle global sur les forces serbes de Bosnie, ce que l'Accusation a prouvé à la Chambre de première instance. Ce contrôle revêtait la forme d'assistance et de soutien financier, logistique et autre, mais également, et plus significativement, la forme d'une participation à la direction, la coordination et la supervision générales des activités et opérations de la VRS. Ce type de contrôle est jugé suffisant au fins des critères juridiques requis en droit international.* », *Ibid.* § 156. Il convient en outre de souligner que le Tribunal ne s'est jamais départi de ce raisonnement depuis. Voir en ce sens, TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, op. cit. note 225, § 97 ; TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000, § 134 ; TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, 20 février 2001 op. cit. note 281, §§ 20 et 26 ; TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 281, §§ 124 et s. en filigrane et § 146 ; TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias "Tuta" et Vinko Martinović alias*

Avant d'en venir à l'épilogue de l'expression de ces divergences par décisions interposées entre ces deux organes juridictionnels, il convient chronologiquement de relever qu'un mois seulement avant que la Cour internationale de justice ne se prononce à nouveau sur ce critère, la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale a marqué son adhésion au critère dégagé par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie. Elle a en effet précisé que « lorsqu'un État n'est pas directement intervenu sur le territoire d'un autre État en utilisant ses propres troupes, le critère du contrôle global s'applique afin de déterminer si des forces armées agissent au nom du premier État. C'est la cas lorsque cet État joue un rôle dans l'organisation, la coordination et la planification des actions militaires du groupe militaire, en plus du financement, de l'entraînement, de l'équipement ou du soutien opérationnel qu'il lui apporte »²⁹⁹.

3) ...finalement réaffirmé et complété.

La *disputatio* ne s'est effectivement pas arrêtée là. Saisissant l'occasion que lui offrait la requête de Bosnie-Herzégovine contre la Serbie-Monténégro, à propos de l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide³⁰⁰, la Cour internationale de justice a solennellement réaffirmé le principe du « contrôle effectif » qu'elle avait posé dans l'*Affaire Nicaragua*, tout en professant une leçon sévère à l'intention des juges du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie³⁰¹, au terme de laquelle elle émet l'hypothèse qu'il peut être distingué entre les critères permettant de mettre en œuvre la responsabilité internationale d'un État et ceux permettant d'opérer la qualification du conflit : « le degré et la nature de l'implication d'un

"Stela", *op. cit.* note 44, §§ 197 et s. en filigrane ; TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, *op. cit.* note 224, § 369. Pour une interprétation détaillée de l'élaboration de ce principe, voir en particulier Antonio CASSESE, « The *Nicaragua* and *Tadić* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia », *European Journal of International Law*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 649-668, tout en ayant à l'esprit que l'auteur siégeait au sein de la Chambre d'appel lorsqu'elle a posé ce principe. Pour une interprétation différente du principe posé dans l'*Affaire Nicaragua* et de son utilisation en l'espèce, voir TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, *op. cit.* note 154, Opinion séparée du Juge Shahabuddeen (Président) (p. 150 de la version anglaise de l'arrêt). Pour une vue générale analytique des décisions rendues sur ce thème jusqu'en 2001, voir Christine BYRON, « Armed Conflicts: International or Non-International? », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, n° 1, 2001, pp. 63-90.

²⁹⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.* note 183, § 211.

³⁰⁰ CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, *op. cit.* note 285.

³⁰¹ CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, *op. cit.* 285, en particulier aux §§ 403 et 404, dans lesquels, tout en sanctionnant le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie pour s'être aventuré dans un champ ne relevant pas de sa compétence (celui de la responsabilité internationale), elle réitère le bien fondé du critère du « contrôle effectif » pour ce qui concerne l'imputabilité d'actes commis par des agents ne relevant pas de l'État en cause. Voir dans le même sens de façon anticipatrice, Theodor MERON, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout », *op. cit.* note 192.

État dans un conflit armé se déroulant sur le territoire d'un autre État, exigé pour que ledit conflit soit qualifié d'international, pourraient fort bien, sans contradiction logique, être différents de ceux qui sont exigés pour que la responsabilité de cet État soit engagée à raison de tel acte particulier commis au cours du conflit en cause »³⁰². Il en résulte, des termes mêmes de la Cour, que « [p]our autant que le critère du "contrôle global" soit utilisé aux fins de déterminer si un conflit armé présente ou non un caractère international [...] il se peut parfaitement qu'il soit pertinent et adéquat [...] »³⁰³. La Cour permet donc de faire coexister deux critères. Celui du « contrôle effectif » nécessaire à l'identification de la responsabilité de l'État et celui du « contrôle global » utile à l'exercice de qualification des conflits³⁰⁴.

De cette évolution jurisprudentielle, il résulte que pour répondre à la question : à partir de quand un conflit armé non international doit être considéré comme international du fait de l'intervention indirecte d'un État tiers ? il faudra se demander à partir de quand constate-t-on l'exercice d'un « contrôle global » de cet État tiers sur le groupe armé qu'il soutient contre son État d'origine. Au gré des affaires jugées par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, on dispose pour ce faire d'un faisceau d'indices ; le financement ou l'entraînement, par exemple, ne constituent pas à eux seuls une intervention indirecte propre à internationaliser un conflit armé non international, alors qu'au contraire la coordination ou la planification des activités militaires combinées au financement et à l'entraînement le peuvent. À la lumière de l'opinion exprimée par la juge Kirk McDonald en marge du premier jugement sur le fond relatif à l'*Affaire Tadić*, on peut regretter que la piste d'un critère matériel et formel résultant de l'observation de la structure militaire n'ait pas été privilégiée. Finalement, la juridiction a choisi de prendre appui sur les règles relatives à la responsabilité des États et d'écarter les possibilités que pouvait offrir à lui seul le droit international humanitaire.

³⁰² CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, op. cit. note 285, § 405. Or, si un doute pouvait subsister dans l'*Affaire Tadić* sur l'utilisation des critères dégagés par les juges, la jurisprudence ultérieure confirme que le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie utilise un seul et même critère dans les deux cas. Voir par exemple, TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, op. cit. note 225 : « La question est celle de l'éventuelle imputation des actes du HVO [littéralement "Conseil de défense croate", c'est-à-dire la force armée de la Communauté croate de Herceg-Bosna] à la République de Croatie, **imputation qui conférait** un caractère international au conflit [...]. », § 100, nous soulignons.

³⁰³ CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, op. cit. note 285, § 404.

³⁰⁴ Voir dans le même sens Theodor MERON, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout », op. cit. note 192, p. 239. Pour une opinion contraire voir Antonio CASSESE, « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia », op. cit. note 298.

C) Les conséquences sur le droit humanitaire applicable

Cette question est une question d'applicabilité purement *ratione personae*, il est pourtant inévitable de l'évoquer brièvement³⁰⁵, au regard de l'application du droit international humanitaire dans le temps. En effet, lorsque l'on se demande à partir de quand le droit international humanitaire des conflits armés internationaux s'applique dans ces situations on est obligé d'évoquer les différences d'applicabilité qui peuvent en résulter.

Pour ce qui est de l'intervention directe, le rapport entre les différents acteurs est clair et le droit applicable est *a priori* facilement identifiable. À l'aune de la théorie du fractionnement énoncé dans l'*Affaire Nicaragua*³⁰⁶ on en conclut qu'entre l'État territorial et les insurgés s'applique le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux, mais qu'entre l'État intervenant et l'État territorial s'applique le droit international humanitaire des conflits armés internationaux³⁰⁷. Étant donné les problèmes que cela peut susciter sur le terrain, certains sont partisans de l'internationalisation de tous les rapports³⁰⁸. Les rebelles seraient donc

³⁰⁵ Pour une analyse tout au contraire détaillée des effets produits par l'internationalisation, voir James G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *op. cit.* note 227.

³⁰⁶ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.* note 284, § 219.

³⁰⁷ C'est d'ailleurs en filigrane la solution que la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie avait privilégié : « [...] les conflits dans l'Ex-Yougoslavie revêtent les caractères de conflits à la fois internes et internationaux [...] ». TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, § 77. Voir également en ce sens, Luigi CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *op. cit.* note 246, pp. 829-848 ; Hans-Peter GASSER, « Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon », *op. cit.* note 274, pp. 145-146 ; Christopher GREENWOOD, « International Humanitarian Law and the Tadić Case », *op. cit.* note 192, p. 271 ; Marco SASSÖLT, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, p. 314.

³⁰⁸ Dans son opinion dissidente jointe à l'*Affaire Tadić*, le Juge Li contestait l'analyse du Tribunal et estimait au contraire que « les conclusions de l'Accusation qui vis[ai]ent à approcher globalement le conflit dans l'ex-Yougoslavie et à le qualifier de conflit international, [étaient] correctes ». TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, Opinion séparée du Juge Li, § 17. Voir dans le même sens George H. ALDRICH, « Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *op. cit.* note 269 ; George H. ALDRICH, « The Laws of War on Land », *op. cit.* note 279, p. 63. Voir aussi Theodor MERON, « International Criminalization of Internal Atrocities », *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, pp. 554-577, selon qui le Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie « traite l'ensemble des conflits en Ex-Yougoslavie comme international », p. 556, et en particulier aux pp. 238-239. C'est également la position qu'avait adoptée la Commission d'experts des Nations unies qui était chargée d'examiner les violations commises en Ex-Yougoslavie. Tout en concédant que l'une des tâches auxquelles le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie devrait s'attacher serait la qualification du (des) conflit(s), elle estimait aux fins de son analyse « qu'étant donné la nature et la complexité des conflits armés en cause, ainsi que la multiplicité des accords sur les questions humanitaires que les parties ont conclus entre elles, elle [était] fondée à considérer que les règles applicables aux conflits armés internationaux [pouvaient] s'appliquer à l'ensemble des conflits armés ayant pour cadre le territoire de l'ex-Yougoslavie ». Conseil de Sécurité des Nations unies, *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité*, Doc. S/1994/674, 27 mai 1994, §§ 42-44.

également tenus d'appliquer le droit international humanitaire des conflits armés internationaux. De ce point de vue, si l'on comprend, par exemple, la difficulté sur le terrain pour l'État territorial, lorsqu'il détient à la fois des combattants de l'État tiers et des membres du groupe rebelle, de distinguer entre les règles applicables aux premiers et celles applicables aux seconds, il convient toutefois de s'interroger sur l'opportunité d'exiger de la part de groupes armés non constitués en État de respecter l'entier droit international humanitaire. Au-delà du fait qu'en leur qualité ils ne peuvent être parties à des instruments internationaux, sont-ils en capacité de le faire ? La Troisième Convention de Genève énonce une pléiade d'obligations à l'égard de la Puissance détentrice ; un groupe armé est-il en mesure de toutes les mettre en œuvre ? Dans cette optique, est-il souhaitable de les considérer comme étant partie à un conflit armé international ?³⁰⁹

Pour ce qui est de l'intervention indirecte, et quel que soit le critère choisi, ou la méthode par laquelle on arrive à la conclusion que le soutien indirect apporté par un État tiers à un groupe armé est tel qu'il internationalise le conflit, que signifie que le conflit est internationalisé ? La situation est la suivante : un État territorial lutte contre un groupe armé, lequel est soutenu indirectement par un État tiers. À partir du moment où l'on considère que l'État tiers a le contrôle nécessaire sur le groupe armé, ou, si on adopte le critère du contrôle effectif, sur certains de ses actes, le conflit armé est réputé international, ce qui signifie qu'à partir de ce moment, le droit des conflits armés non internationaux cède la place au droit des conflits armés internationaux qui devient applicable entre l'État territorial et le groupe armé³¹⁰. Dans ce cas, la question de l'opportunité d'exiger d'un groupe armé de respecter l'entier droit international humanitaire est sensiblement différente ; le soutien apporté par l'État intervenant devrait le permettre, puisqu'il « contrôle », même globalement, le groupe.

Conventionnellement, il n'existe qu'une hypothèse unique dans laquelle un groupe armé peut être amené à devoir respecter le droit international humanitaire des conflits armés internationaux. Il s'agit de celle – qualifiée de « nouvelle » car elle n'a fait son apparition que lors de l'adoption des

³⁰⁹ À propos des multiples enjeux soulevés par ces questions, voir Marco SASSOLI, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », *op. cit.* note 170, en particulier pp. 329 à 332. En tant qu'illustration supplémentaire de la subjectivité de cette problématique, on notera l'attitude du Tribunal pénal international pour le Rwanda qui dès l'*Affaire Akayesu* a estimé que le conflit dont il était saisi était de nature non internationale et n'a jamais examiné la possibilité d'une autre qualification, alors pourtant que l'attitude de certains pays frontaliers, en particulier l'Ouganda, pendant la période du génocide, aurait pu amener à se poser la question. TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre I, jugement, 2 septembre 1998, §§ 621 et 627.

³¹⁰ Voir en ce sens, Christopher GREENWOOD, « International Humanitarian Law and the *Tadic* Case », *op. cit.* note 192, p. 272.

Protocoles additionnels de 1977³¹¹ – dans laquelle ledit groupe armé peut recevoir la qualification de « mouvement de libération nationale ».

§ IV. Nouvelle hypothèse déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : les guerres de libération nationale

Les guerres de libération nationale sont d'un genre très spécifique. Les critères concourant à leur qualification sont extrêmement stricts. Une définition pourrait être la suivante : « Une guerre de libération nationale fait référence à un conflit armé dans lequel un peuple ou une nation, sans État, mais organisé dans le cadre d'un mouvement de libération nationale, lutte pour l'indépendance afin de parvenir à l'autodétermination. »³¹². « Mouvement de libération nationale » et « autodétermination » sont les termes clés de la définition, mais sont aussi ceux qui portent le plus à controverse. Une brève analyse³¹³, sous l'angle seul du

³¹¹ Il faut toutefois reconnaître que certains ont pu soutenir que, même avant cette date, un mouvement de libération nationale aurait pu être considéré comme une « Puissance » au sens de l'article 2 commun aux Conventions de Genève : Georges ABI-SAAB, « Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 165, 1979, pp. 353-445, pp. 400-403 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, en particulier aux pp. 135 et 136. En sens contraire voir, Antonio CASSESE, « Wars of national liberation and humanitarian law », in. Christophe SWINARSKI (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité international de la Croix-Rouge / Martinus Nijhoff Publishers, Genève / La Haye, 1984, 1143 p. pp. 313-324, p. 316.

³¹² Henn-Jüri UIBOPUU, « Wars of national liberation », in. Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. IV, 2000, pp. 1405-1409, p. 1405, nous traduisons. Dans sa version actualisée en ligne, la définition de l'Encyclopédie est maintenant la suivante : « Une guerre de libération nationale est un conflit armé entre les membres d'un peuple sans État, ou un mouvement de libération nationale, à la recherche de leur indépendance, et une Puissance coloniale ou occupante, ou un régime raciste, qui contrôle le territoire pour lequel l'indépendance est recherchée. », David W. GLAZIER, « Wars of National Liberation », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 15 mai 2010, § 1, nous traduisons.

³¹³ Si ces concepts, tout autant que leur introduction dans le premier Protocole, ont été l'occasion d'une littérature abondante, ils ne seront ici évoqués que succinctement, dans la mesure où ils renvoient à une situation résiduelle en droit international humanitaire positif. En effet, depuis l'adoption du premier Protocole en 1977, aucun cas de conflit armé ne saurait recevoir la qualification de « guerre de libération nationale » emportant du même coup la mise en œuvre de l'article 1 § 4 du Protocole qui prévoit cette situation. De façon visionnaire, Dietrich Schindler se posait déjà la question de leur pertinence en 1979, voir Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 134 et p. 144. Voir également, Sylvain VITÉ, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *op. cit.* note 85, p. 73 ; et David W. GLAZIER, « Wars of National Liberation », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 15 mai 2010, § 19.

droit international humanitaire³¹⁴, permettra de mettre en lumière pourquoi cette notion a été introduite dans le premier Protocole aux Conventions de Genève aux fins de qualifier cette situation de conflit armé international (A), ayant pour conséquence l'applicabilité de l'ensemble du droit international humanitaire et à partir de quel moment (B).

A) *L'apparition de la notion en droit international humanitaire*

L'hypothèse des guerres de libération nationale est aujourd'hui prévue à l'article 1 paragraphe 4 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève qui dispose que : « *Dans les situations visées au paragraphe précédent [i.e celles prévues à l'article 2 commun aux Conventions de Genève] sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies.* » On ne reviendra pas ici sur les débats extrêmement longs et nourris de la Conférence diplomatique ayant conduit à l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, sur cette question³¹⁵. Ils ont en fait monopolisé la majeure partie des discussions, et sont probablement la raison pour laquelle le deuxième Protocole additionnel relatif aux conflits armés non internationaux contient si peu de dispositions³¹⁶, mais ils sont surtout le reflet de considérations de nature politique et sont sans lien avec quelque question relative à l'application *ratione temporis* de cette disposition que ce soit. En revanche, il est utile d'entrer en matière à propos des notions qu'elle contient, parce que si l'on peut constater leur existence de fait, elles déclencheront sa mise en œuvre et donc l'applicabilité du droit international humanitaire.

³¹⁴ Pour une analyse des guerres de libération nationale sous l'angle de la licéité du recours à la force, voir David W. GLAZIER, « Wars of National Liberation », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 15 mai 2010. Pour une analyse globale de cette notion, voir Leslie C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, op. cit. note 108, pp. 79-82.

³¹⁵ Pour une analyse extensive des débats ayant conduit à l'inclusion de cette disposition lors de la Conférence diplomatique de 1977, voir : Georges ABI-SAAB, « Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 311, en particulier aux pp. 374 à 398, et le commentaire de cette disposition rédigé par Bruno ZIMMERMANN in. Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 41-56, en particulier aux pp. 41 à 50 (§§ 66-94).

³¹⁶ Voir en ce sens Christopher GREENWOOD, « A Critique of the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949 », in. Helen DURHAM et Timothy L. H. McCORMACK (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian law*, International humanitarian law Series, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 225 p., pp. 3-20, pp. 7-8.

Pour ce faire, il convient de se tourner vers les travaux ayant eu lieu préalablement dans l'enceinte des Nations unies³¹⁷. Ceci se justifie pour deux raisons : d'abord parce que l'introduction de la notion de guerre de libération nationale dans le premier Protocole additionnel est le résultat direct des guerres de décolonisation³¹⁸, qui constituaient encore l'actualité brûlante de la fin des années soixante-dix, et dont les organes pertinents des Nations unies s'estimaient saisis ; ensuite parce que le texte même de la disposition fait expressément référence à la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies* adoptée le 24 octobre 1970 par l'Assemblée générale des Nations unies³¹⁹. Cette Déclaration renvoie très clairement à une situation en particulier en ce qu'elle entend : « [m]ettre rapidement fin au **colonialisme** en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés ; et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe [i.e le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes] [...] »³²⁰. Du reste, une Résolution postérieure de l'Assemblée générale des Nations unies, et adoptée quelques mois seulement avant la première session de la Conférence diplomatique ayant conduit à l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève³²¹, le confirme de façon encore plus claire, en ce qu'elle rappelle « les nombreux appels adressés par l'Assemblée générale aux puissances coloniales et aux puissances qui occupent des territoires étrangers ainsi qu'aux régimes racistes [...], pour assurer aux combattants qui luttent pour la liberté et l'autodétermination l'application des dispositions des Conventions de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949 et de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949 »³²². À titre subsidiaire, ce texte – lu conjointement avec d'autres – permet de comprendre pourquoi ces conflits ont fait leur apparition dans le premier Protocole additionnel portant sur les conflits armés internationaux et non dans le second portant sur les conflits armés non internationaux. Alors que les États en lutte contre des

³¹⁷ Pour une analyse détaillée du contexte historique entourant la notion, voir Jean J.A. SALMON, « Les guerres de libération nationale », in. Antonio CASSESE (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Naples, 1971, 501 p., pp. 55-112.

³¹⁸ Voir en ce sens Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 138.

³¹⁹ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU, Résolution 2625 (XXV), 24 octobre 1970, adoptée symboliquement lors du vingt-cinquième anniversaire de l'Organisation.

³²⁰ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU, Résolution 2625 (XXV), 24 octobre 1970, cinquième principe, nous soulignons.

³²¹ La première session de la Conférence diplomatique a eu lieu du 20 février au 29 mars 1974.

³²² *Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes*, AGNU, Résolution 3103 (XXVIII), 12 décembre 1973.

mouvements de libération nationale considéraient qu'il s'agissait là d'affaires qui relevaient de leur juridiction interne, leurs colonies faisant selon eux partie intégrante de leurs territoires, l'Organisation des Nations Unies, sans pour autant qualifier *expressis verbis* ces conflits d'internationaux, assénait résolution après résolution la nécessité d'y appliquer en particulier la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949³²³, applicable dans les conflits armés internationaux. Le paragraphe 4 de l'article 1 du premier Protocole additionnel avait donc pour vocation à entériner en droit international humanitaire une revendication qui était bien établie au moment de son adoption, en qualifiant de conflits armés internationaux les guerres de libération nationale.

B) *Les éléments de fait déclenchant l'applicabilité de l'entier droit international humanitaire*

De ce qui précède il conviendrait de déduire que toutes les fois que peut être constatée une lutte armée d'un peuple³²⁴ pour son droit à l'autodétermination³²⁵, il s'agit d'un conflit armé international provoquant l'applicabilité du droit international humanitaire³²⁶. Toutefois, une étude complète de cette notion exige de lire l'article 1 paragraphe 4 en lien avec l'article 96 paragraphe 3 du Protocole qui prévoit en outre que « [l']autorité représentant un peuple engagé contre une Haute Partie contractante dans un conflit armé du caractère mentionné à l'article premier, paragraphe 4, peut s'engager à appliquer les Conventions et le présent Protocole relativement à ce conflit en adressant

³²³ Voir, par exemple, les Résolutions portant sur la Rhodésie du Sud : AGNU, Résolutions 2383 (XXIII), 7 novembre 1968, point 13 ; 2508 (XXIV), 21 novembre 1969, point 11.

³²⁴ Cette notion fait l'objet d'un examen détaillé dans le commentaire de l'article 1 § 4, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 41-56, en particulier pp. 53-54 (§§ 107-113). Voir également, Gudmundur ALFREDSSON, « Peoples », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 17 mai 2010 ; Elisabeth CHADWICK, *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996, 221 p., en particulier p. 3 ; ou Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, §§ 341-343.

³²⁵ De même, pour une étude de ce concept, se référer au commentaire de la disposition, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 41-56, en particulier pp. 41-42 (§§ 69 & 70) et 51-53 (§§ 99-106), mais aussi par exemple, Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University press, Oxford, septième édition, 2008, 784 p., pp. 579-582 ; Elisabeth CHADWICK, *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996, 221 p., en particulier pp. 3-4 ; ou encore Daniel THÜRER et Thomas BURRI, « Self-determination », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 17 mai 2010.

³²⁶ L'article 1 paragraphe 4 prévoit que le Protocole devient applicable dans ces cas, mais étant donné que le Protocole complète les Conventions de Genève, il ne fait aucun doute que celles-ci deviennent également applicables dès que les conditions énumérées par cette disposition sont remplies.

une déclaration unilatérale au depositaire. » Aussi, pour que l'article 1 paragraphe 4 puisse produire ses effets, il faudra d'abord constater que l'entité engagée dans une lutte armée contre un État peut être qualifiée de « mouvement de libération nationale », puis que l'État en question est une Haute Partie contractante au Protocole I³²⁷ et enfin que le mouvement de libération nationale a produit une déclaration à l'effet de respecter les dispositions du droit international humanitaire, contenues à la fois dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels³²⁸. Les deux dernières conditions reposent sur des faits matériels faciles à établir ; il est aisé de vérifier qu'un État est Partie au premier Protocole additionnel et qu'il existe une déclaration au sens de l'article 96 de ce même Protocole.³²⁹ Dès lors, la difficulté résulterait uniquement dans la qualification, éminemment politique, qui peut être accordée à une entité de « mouvement de libération nationale ». Cette reconnaissance impliquant d'importants effets juridiques ; en particulier, elle

³²⁷ Pour une discussion des arguments en faveur et contre cette condition, voir Antonio CASSESE, « Wars of national liberation and humanitarian law », *op. cit.* note 311, en particulier aux pp. 320 à 323. En faveur, voir Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 135.

³²⁸ L'emploi du terme « peut » dans le dispositif de l'article 96 du Protocole I peut faire douter qu'il s'agisse d'une condition à la mise en œuvre de l'article 1 § 4. On pourrait penser qu'il s'agit d'une option laissée ouverte au mouvement de libération nationale. Le commentaire de l'article 96 se prononce toutefois dans le sens d'une obligation. D'ailleurs, cela semble aller de soi car l'article 1 § 4 ayant pour vocation à déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, il faut bien donner un moyen au groupe armé d'être « lié » par les dispositions qu'il contient. Dietrich Schindler ajoute en ce sens que selon l'article 96 paragraphe 3 « *les quatre Conventions et le Protocole I peuvent être appliqués dans les guerres de libération seulement si l'autorité représentant le peuple engagée dans une guerre de libération fait une déclaration sur l'application de ces instruments. [...] Cette disposition implique la capacité pour le mouvement de libération d'assurer leur application.* », Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 140. Cette interprétation est également confirmée par Michael Bothe : « *Cette règle [l'applicabilité aux guerres de libération nationale], cependant, n'est applicable à ces conflits **seulement** dans les cas dans lesquels un mouvement de libération a déjà fait une déclaration requise à l'article 96 § 3 avant que le conflit armé ne commence. [...] Ce n'est qu'à la réception par le depositaire de la déclaration du mouvement de libération que les instruments entrent en vigueur.* », Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH & Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, *op. cit.* note 31, § 2.5, p. 58, nous traduisons, nous soulignons.

³²⁹ Dans le même sens, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 9 : « *A quel moment le droit humanitaire dans son ensemble devient-il applicable en vertu de ce paragraphe ? Celui-ci ne le dit pas, mais le paragraphe précédent, qu'il complète, renvoie à cet égard à l'article 2 commun aux Conventions, lui-même aussi concis que clair: l'application intervient en cas de tout conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes ou en cas d'occupation - même sans résistance militaire - de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante. La même règle vaut ici compte tenu de l'article 96 [...], paragraphe 3, qui prévoit la façon dont l'autorité représentant le peuple en lutte peut s'engager à appliquer les Conventions et le Protocole et les rendre applicables au conflit. Si certains ont considéré que, en l'absence de définition de la notion de conflit armé, on devait se référer, par analogie, à l'article premier du Protocole II [...] ou exiger un certain degré d'intensité, cela ne ressort ni du paragraphe ni des Conventions: selon les Conventions et le Protocole, seuls sont vraiment nécessaires à l'application correcte du droit, dès qu'il y a dans un tel conflit des personnes protégées au sens de ces instruments, une autorité représentant le peuple en lutte et une organisation de ses forces armées, y compris un commandement responsable, conforme aux exigences de l'article 43 [...].* », pp. 54-55, §§ 144-115.

confèrera à l'autorité en question la personnalité juridique internationale – bien que temporaire et restreinte –³³⁰, il est indispensable de disposer d'éléments objectifs permettant de la reconnaître comme tel et de la distinguer des autres groupes armés, et en particulier des entités sécessionnistes, auxquels seul le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux s'appliquera³³¹. Un groupe armé ne peut donc pas s'autoproclamer « *peuples lutt[a]nt contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* »³³² et faire une déclaration unilatérale entraînant l'application du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, ce qui se comprend fort bien au regard des enjeux qui en découlent et qui explique leur quasi inexistence. Au sens du droit international « *ne sont mouvements de libération nationale que les entités qualifiées ainsi par les organes des Nations Unies, instruments de la communauté internationale* »³³³. En conséquence, à l'heure actuelle, seule la Palestine³³⁴ peut se prévaloir d'être un mouvement de libération nationale. Elle a par ailleurs fait une déclaration dans le sens de se conformer au droit international humanitaire³³⁵. Que cette déclaration réponde aux exigences de l'article 96 paragraphe 3 du premier Protocole additionnel ou non, reste qu'Israël n'étant pas partie à cet instrument. Il en résulte que cela

³³⁰ Pour une étude approfondie de la notion et de ses conséquences pour les mouvements de libération nationale, voir Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, § 343, en particulier pp. 582 et s.

³³¹ Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, p. 135.

³³² Selon les termes de l'article 1 § 4 du Protocole I. Pour un descriptif complet et détaillé de ce que signifie chacune de ces notions, voir Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, pp. 162-168.

³³³ Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, § 343, p. 582. Ceci a pour conséquence que tant que l'entité n'a pas reçu cette qualification, mais si elle est déjà engagée dans un conflit armé avec les forces armées de l'État contre lequel elle lutte, le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux peut trouver à s'appliquer. Pour une discussion sur ce point, voir Zakaria DABONÉ, *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Schulthess, Genève, 2012, 419 p., pp. 70-71.

³³⁴ Voir en ce sens Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, op. cit. note 30, § 343, pp. 582-583. C'est aujourd'hui la seule entité à laquelle a été adressée une invitation permanente à participer en qualité d'observateur aux sessions et aux travaux de l'Assemblée générale et ayant un bureau permanent au Siège de l'Organisation des Nations Unies. Selon Maria Marouda il faudrait ajouter le Front Polisario luttant contre le gouvernement marocain, Maria-Daniella MAROUDA, « Application of International Humanitarian Law in contemporary armed conflicts: is it 'simply' a question of facts? », op. cit. note 85, p. 218. Notons accessoirement que le Maroc n'est pas non plus partie au Protocole I.

³³⁵ La communication formelle aux fins de se conformer aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles existe à deux titres : une déclaration unilatérale du 7 juin 1982 formulée par l'Organisation de libération de la Palestine et une lettre adressée à la Suisse, dépositaire des Conventions et Protocoles, le 21 juin 1989 relative à la participation de la Palestine à ces instruments. Voir en ce sens la note d'information envoyée par la Suisse aux États Parties aux Conventions et Protocoles le 13 septembre 1989, accessible en ligne : <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/intrea/chdep/warvic/depnot.html>, dernier accès le 25 mai 2010. Voir également en ce sens CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op. cit. note 164, § 91.

n'affecte en rien l'applicabilité du droit international humanitaire, au titre de la qualification de guerre de libération nationale.

La *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*³³⁶ a fourni une occasion à la communauté internationale des États de réaffirmer la façon dont elle concevait l'applicabilité du droit international humanitaire dans l'hypothèse prévue au paragraphe 4 de l'article 1 du Protocole I. Son article 7 paragraphe 4 confirme en effet que dans ce cas il faut que « [...] [1] la Haute Partie contractante [soit] aussi partie au Protocole additionnel I et [2] qu'une autorité visée au paragraphe 3 de l'article 96 dudit protocole [3] [se soit] engagée à appliquer les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I conformément au paragraphe 3 de l'article 96 dudit protocole [...] »³³⁷. Formulé en d'autres mots, le manuel militaire britannique donne quant à lui un exemple pratique de la compréhension que peut avoir un État de l'article 1 paragraphe 4 du Protocole I³³⁸. Il pose les conditions suivantes pour que « de tels conflits [puissent] être traités comme s'ils étaient des conflits armés internationaux. [...] a. Premièrement, il doit y avoir un "conflit armé". [...] b. Deuxièmement, [...] un degré substantiel [sic] de reconnaissance internationale de la légitimité du "mouvement de libération" est nécessaire, [...]. c. Troisièmement, l'autorité représentant le peuple doit s'engager à appliquer le Protocole Additionnel I

³³⁶ *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, op. cit. note 22.

³³⁷ L'article poursuit en outre que la Convention s'applique également : « b. Lorsque la Haute Partie contractante n'est pas partie au Protocole additionnel I et qu'une autorité du type visé à l'alinéa a) ci-dessus accepte et applique, en ce qui concerne ledit conflit, les obligations des Conventions de Genève et de la présente Convention et des protocoles y annexés pertinents. Cette acceptation et cette application ont à l'égard dudit conflit les effets suivants : i) Les Conventions de Genève et la présente Convention et ses protocoles pertinents y annexés prennent immédiatement effet pour les parties au conflit ; ii) Ladite autorité exerce les mêmes droits et s'acquitte des mêmes obligations qu'une Haute Partie contractante aux Conventions de Genève, à la présente Convention et aux protocoles pertinents y annexés ; iii) Les Conventions de Genève, la présente Convention et les protocoles pertinents y annexés lient d'une manière égale toutes les parties au conflit. La Haute Partie contractante et l'autorité peuvent aussi convenir d'accepter et appliquer sur une base réciproque les obligations énoncées dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève. » Les conditions d'application semblent donc assouplies dans la mesure où la Convention peut trouver à s'appliquer même lorsque l'Etat contre lequel lutte un mouvement de libération nationale n'est pas partie au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève. Il est toutefois important de relever qu'Israël a fait la déclaration suivante lorsqu'il a accepté la Convention de 1980 : « L'article 7, paragraphe 4 de la Convention n'aura aucun effet. », déclaration notifiée aux Nations unies, dépositaire, accessible en ligne : <http://www.icrc.org/dih.nsf/NORM/3B1B82B61CFEBD44C12563FF0047BD39?OpenDocument>, dernier accès le 15 mai 2010, nous traduisons.

³³⁸ Quoiqu'il faille lire cette interprétation en ayant à l'esprit qu'au moment de la ratification du premier Protocole Additionnel le Royaume-Uni a fait la réserve suivante : « Le Royaume-Uni ne se considérera pas lié, eu égard à toute situation dans laquelle il est lui-même impliqué, par suite de toute déclaration prétendument faite en vertu du paragraphe 3 de l'article 96 à moins que le Royaume-Uni ait expressément reconnu qu'elle ait été faite par une entité qui est véritablement une autorité représentant un peuple engagé dans un conflit armé du type de celui auquel s'applique l'article 1 paragraphe 4. », réserve communiquée au Gouvernement suisse par lettre datée du 28 janvier 1998, disponible en ligne : <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/OA9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument>, dernier accès le 22 avril 2010, nous traduisons.

et les Conventions de Genève [...]. »³³⁹ Ce sont ces conditions qu'il convient de retenir. Dès lors qu'elles seront réunies, le droit international humanitaire des conflits armés internationaux commencera à s'appliquer aux conditions examinées par ailleurs dans ces lignes.

À une notion jugée trop restrictive, la « guerre », on a voulu substituer un concept plus large, le « conflit armé international », afin de mettre un terme aux controverses qu'elle pouvait susciter. Mais, en l'absence d'autorité qualifiée à définir tout comme à dire quand il y a conflit armé, au regard de la pratique pour le moins ambiguë des États, à la lecture d'une doctrine divisée, et aux termes d'une jurisprudence indécise, on peut toutefois se poser la question de savoir si l'état du droit positif s'en trouve clarifié³⁴⁰. C'était pourtant l'une des améliorations essentielles que la Conférence diplomatique de 1949 semblait vouloir apporter³⁴¹. Le caractère fondamental de la détermination du moment à partir duquel on peut considérer qu'un conflit armé international existe a été souligné depuis l'origine dans les débats ayant conduit à la codification du droit international humanitaire. Plus ce moment intervient tôt, plus tôt – potentiellement – les personnes qui sont affectées par le conflit vont pouvoir bénéficier des protections qu'il offre. C'est d'ailleurs ce qui explique pourquoi le Comité international de la Croix-Rouge s'est particulièrement battu pour l'introduction de la notion de « conflit armé » à côté de celle de « guerre », puis a toujours répété qu'il convenait de s'en tenir aux faits pour la détermination de ce moment. La souplesse de cette approche lui permet d'intervenir dans le plus de situations possibles, en faveur du plus grand nombre de personnes possible. Mais cette absence de définition lui permettra au contraire, lorsqu'il le jugera opportun, de se garder de procéder trop rapidement à la qualification de conflit armé, et donc d'invoquer trop vite l'applicabilité d'un régime dérogatoire qui peut s'avérer défavorable aux personnes affectées par cette situation.

³³⁹ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.* note 88, §§ 3.4.1 et 3.4.2 p. 30. Voir également *ibid.* §§ 15.2.2-15.2.5, pp. 383-384. La troisième condition, la déclaration à l'effet de respecter le droit international humanitaire des conflits armés internationaux et l'utilisation du terme « doit », confirme que cette dernière n'est pas une option mais bien une obligation pour que l'article 1 § 4 puisse produire ses effets. Voir également en ce sens Antonio CASSESE, « Wars of national liberation and humanitarian law », *op. cit.* note 311, p. 324.

³⁴⁰ Voir en ce sens, Luisa VIERUCCI, « International Armed Conflict », *op. cit.* note 255.

³⁴¹ Jean PICTET, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, *op. cit.* note 106, pp. 51-52.

Section II L'occupation

La notion d'occupation³⁴² en droit international humanitaire a subi un très fort regain d'intérêt depuis le début des années deux mille en raison de plusieurs situations emblématiques, en particulier la présence de l'armée américaine en Irak à partir de 2003 et le retrait des troupes israéliennes de la bande de Gaza en 2005, mais aussi avant cela, par exemple, à propos de l'administration du Kosovo ou du Timor. Le droit de l'occupation déployant un véritable arsenal de protections additionnelles aux populations qui sont affectées par cette situation, par rapport à celles qui sont « seulement » affectées par une situation de conflit armé sans occupation, il a dès lors fait l'objet de distorsions spectaculaires. C'est donc très naturellement que la doctrine s'est saisie d'un grand nombre de problématiques liées au droit de l'occupation. La littérature est par conséquent foisonnante en la matière. Sans évoquer les tenants de l'argumentation selon laquelle les règles relatives à l'occupation contenues dans le droit international humanitaire ne sont plus adaptées aux situations d'occupation telles qu'elles peuvent se produire aujourd'hui³⁴³, ni s'attarder

³⁴² Avec la notion d'occupation vient parfois la notion de *debellatio*, qui ne fera pas l'objet de cette étude. Ce concept doctrinal se réalise lorsque trois conditions sont remplies. D'abord, « *les forces armées ennemies doivent physiquement contrôler l'État en entier* » ; ensuite, « *les forces armées de l'État ne sont plus actives militairement* » ; enfin, « *aucune autorité gouvernementale étrangère n'existe* ». C'est par conséquent la situation dans laquelle « *sans qu'intervienne un acte juridique quelconque, l'occupation complète du territoire d'une Partie [se réalise], accompagnée de la fin effective de toutes hostilités.* » Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 67, § 152. Dans le même sens, la « *debellatio est la forme de cessation de l'état de guerre sans signer un traité de paix. [...] Après la seconde guerre mondiale on a constaté dans la doctrine que le système juridique de l'ONU exclut la possibilité de l'application de la debellatio [... qui] en tant que forme de cessation de l'état de guerre [...] n'a rien de commun avec le droit international positif.* » Alfons KLAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », op. cit. note 87, pp. 267-268. Liée à la fin de la « guerre », mais proche de la notion d'occupation, elle aurait pu être traitée sous l'un ou l'autre des développements sur ces sujets dans la présente étude. Toutefois, rechercher quelle est l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire ne nécessite pas de s'attarder sur cette notion. Soit, dans les faits, la situation correspond à une situation d'occupation et dès lors l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire doit donc être envisagée sous cet angle, soit elle met fin de façon générale à la « guerre » et doit dans ce cas être abordée sous cet aspect. Pour des développements détaillés sur la *debellatio* en lien avec l'occupation, voir Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, n° 3, 2004, pp. 843-892, pp. 861-867. Voir également Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2012, 383 p., pp. 56-57 qui estime que cette notion est tombée en désuétude.

³⁴³ En ce sens voir par exemple, Major Nicholas F. LANCASTER, « Occupation Law, Sovereignty, and Political Transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Conventions Still be Considered Customary International Law? », *Military Law Review*, vol. 189, 2006, pp. 51-91 ; Michael OTTOLENGHI, « Stars and Stripes In Al-Fardos Square: The Implications for the International Law of Belligerent Occupation », *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2177- 2218, p. 2179 ; Major Breven C. PARSONS, « Moving the Law of Occupation into the Twenty-First Century », *Naval Law Review*, vol LVII, 2009, pp. 1-48. En sens contraire voir, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 23 avril 2012, § 32.

sur les études relatives à l'application du droit international des droits de la personne et de ses interactions avec le droit international humanitaire dans ces situations³⁴⁴, par exemple, les contributions abondent sur les questions telles que l'étendue des droits et obligations de l'occupant³⁴⁵, en particulier en lien avec le concept nouveau des occupations dites transformatives³⁴⁶, les règles applicables lors de l'administration de territoires par les Nations unies³⁴⁷, ou encore sur la gestion des ressources du territoire occupé³⁴⁸, parmi quelques exemples seulement³⁴⁹. De même, plusieurs instances juridictionnelles – la Cour internationale de justice et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie – ou quasi-juridictionnelle – la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie – ont été invitées à se prononcer sur un certain nombre de problèmes juridiques liés aux situations d'occupation. Parmi toutes ces ressources, si les questions relatives au début et à la fin de l'applicabilité du droit de l'occupation ne sont pas en reste, il apparaît toutefois que, jusqu'à très récemment, « *relativement peu d'attention a été accordée aux critères qui définissent*

³⁴⁴ Parmi ces nombreuses études, voir par exemple, Orna BEN-NAFTALI & Yuval SHANY, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 37, n° 1, 2003, pp. 17-118 ; Danio CAMPANELLI, « The law of military occupation put to the test of human rights law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, n° 871, 2008, pp. 653-668 ; Jochen ABR. FROWEIN, « The Relationship Between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 28, 1998, pp. 1-16.

³⁴⁵ De façon générale, voir par exemple, Charles H. B. GARRAWAY, « The Duties of the Occupying Power: an Overview of the Recent Developments in the Law of Occupation », in: Julia RAUE & Patrick SUTTER (ed.), *Facets and Practices of State-Building*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 179-192 ; Nicolas HAUPAIS, « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 11, n° 1, 2007, pp. 117-146 ; Marco SASSÖLI, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 4, septembre 2005, pp. 661-694.

³⁴⁶ Pour les conséquences liées à ce concept, voir par exemple Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 28 ; Nehal BHUTA, « The Antinomies of Transformative Occupation », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 4, 2005, pp. 721-740 ; Vaïos KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Pedone, Paris, 2010, 334 p., pp. 122-139 ; Vaïos KOUTROULIS, « Mythes et réalités de l'application du droit international humanitaire aux occupations dites "transformatives" », *Revue belge de droit international*, Vol. 40, n° 2, 2007, p. 365-400 ; Adam ROBERTS, « Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 100, n° 3, 2006, pp. 580-622.

³⁴⁷ Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 11 ; Sylvain VITÉ, « L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 853, 2004, pp. 9-35 ; Marten ZWANENBURG, « Pieces of the Puzzle: Peace Operations, Occupation and the Use of Force », *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 1-2, n° 45, 2006, pp. 239-248.

³⁴⁸ Gamal ABOUALI, « Natural Resources under Occupation: The Status of Palestinian Water under International Law », *Pace International Law Review*, vol. 10/2, 1998, pp. 411-574 ; R. Dobie LANGENKAMP & Rex J. ZEDALIS, « What Happens to the Iraqi Oil?: Thoughts on Some Significant, Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 417-435.

³⁴⁹ Pour des études transversales de la notion d'occupation, voir par exemple, Yoram DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 303 p. ; Hans-Peter GASSER, « Notes on the Law of Belligerent Occupation », *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, vol 1-2, n° 45, 2006, pp. 229-237 ; Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 482 p.

un état d'occupation. »³⁵⁰ Les enjeux sont pourtant considérables à cet égard, car dire à partir de quand (et jusqu'à quand) un territoire est un territoire occupé c'est déterminer à partir de quand une Puissance a des obligations en tant que Puissance occupante (et jusqu'à quand), or ces obligations sont les plus nombreuses de tout le jus in bello. C'est pourquoi sans doute un ouvrage entier récent est dédié, précisément, à l'étude du début et de la fin de l'application du droit de l'occupation³⁵¹ et qu'un numéro spécial de la Revue internationale de la Croix-Rouge a été consacré à l'occupation³⁵², dans lequel on trouve en particulier une contribution portant sur le début et la fin de l'occupation³⁵³ et un débat sur le concept d'occupation dite fonctionnelle³⁵⁴, lequel emporte des conséquences importantes sur le point de départ du droit international humanitaire applicable dans les situations d'occupation. Pour le chercheur, cet état de fait est à la fois une aubaine et un handicap. Une aubaine car toute la recherche, qui plus est détaillée et récente, est à disposition avec une déconcertante aisance, mais un handicap aussi car il s'agit alors de redire ce qui a déjà été dit tout en se gardant de le dire moins bien. Ceci étant posé il convient toutefois de préciser qu'il existe en la matière une certaine disparité. En effet, si beaucoup, tout peut-être, a été dit sur la notion d'occupation au sens du Règlement de La Haye, peu en revanche se sont penchés sur l'applicabilité différenciée des règles relatives aux territoires occupés de la quatrième Convention de Genève. Les développements qui suivent reflèteront cette dichotomie. Enfin, l'intérêt principal d'évoquer ici l'applicabilité temporelle du droit de l'occupation sera de l'inscrire le contexte plus large de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire de façon générale.

³⁵⁰ Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1^{er} décembre 2011, *op. cit.* note 228. Le rapport estime que ce relatif peu d'intérêt « [...] est regrettable, car la question de savoir s'il y a ou non occupation est essentielle pour l'application des règles pertinentes du DIH, et il faut y répondre avant de pouvoir se pencher sur toute question de fond du droit de l'occupation. », p. 31. Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert meeting, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2012, 147 p., p. 16.

³⁵¹ Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, *op. cit.* note 346.

³⁵² *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 885, 2012.

³⁵³ Tristan FERRARO, « Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 885, 2012, pp. 133-163.

³⁵⁴ Marten ZWANENBURG, Michael BOTHE and Marco SASSÖLI, « Is the law of occupation applicable to the invasion phase? », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 885, 2012, pp. 29-50.

La question de savoir quand commence et quand prend fin une occupation est centrale dans la mesure où le droit de l'occupation met à la charge du belligérant qui en est l'auteur un large nombre d'obligations additionnelles. En la matière, c'est encore l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève³⁵⁵ qui constitue le point de départ de toute question liée à l'applicabilité dans le temps du droit de l'occupation en droit international humanitaire³⁵⁶. Il faut néanmoins distinguer son premier alinéa qui prévoit que les « *Convention[s] s'appliquent en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles.* » de son deuxième alinéa qui énonce que « *[les] Convention[s] s'appliquent également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.* » Cette dernière précision suggère ainsi qu'il y a des cas dans lesquels le droit international humanitaire doit trouver à s'appliquer en l'absence d'hostilités. Cela implique que l'occupation peut résulter de deux hypothèses différentes. Soit l'occupation d'un territoire a lieu au cours d'un conflit armé international – elle est alors incluse dans le premier alinéa de l'article 2, soit elle survient brusquement en l'absence de conflit préexistant – et elle correspond alors à la situation décrite au deuxième alinéa. Dans tous les cas, dès lors qu'une situation pourra être qualifiée d'occupation le droit international humanitaire relatif aux conflits armés internationaux s'appliquera. En effet, dans le premier cas le droit international humanitaire, qui s'applique dès que la situation de conflit armé est caractérisée, continue simplement de s'appliquer ; qu'il y ait ensuite une occupation au cours de ce conflit n'y change rien³⁵⁷. Dans le second cas, à partir du moment où la situation pourra être qualifiée d'occupation, le droit international humanitaire deviendra applicable. Il convient toutefois de souligner que l'enjeu de l'applicabilité du droit international humanitaire varie sensiblement entre l'une et l'autre situation. Lorsqu'il s'agit d'une occupation au cours d'un conflit armé, le droit international humanitaire dans son ensemble s'applique dès le début du conflit, l'enjeu majeur est alors de déterminer à partir de quand la Section III du Titre III de la quatrième Convention, spécifiquement relative aux territoires occupés, s'applique. Tandis que dans le cas d'une occupation sans résistance,

³⁵⁵ Étant donné que le premier Protocole Additionnel aux Conventions de Genève dispose : « *Le présent Protocole, qui complète les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre, s'applique dans les situations prévues par l'article 2 commun à ces Conventions.* », il n'en est pas spécifiquement fait mention.

³⁵⁶ Si le Règlement de La Haye de 1907 est le texte de référence en matière de droit de l'occupation, cet instrument ne dit rien de son applicabilité temporelle. De façon générale, pour ce qui concerne l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, y compris l'occupation, c'est donc à l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949 qu'il faut se référer.

³⁵⁷ Cette interprétation est confirmée par le commentaire de cette disposition. Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, p. 27.

la question est de savoir à partir de quand on doit appliquer tout le droit international humanitaire, y compris cette troisième section, puisqu'en l'absence de conflit préexistant c'est la situation d'occupation elle-même qui, dans ce cas, constitue l'élément déclencheur de l'applicabilité des quatre Conventions de Genève. Ainsi, déterminer quand le droit de l'occupation s'applique revêt une importance toute particulière pour ce qui concerne la protection des personnes civiles. En effet, la Section susmentionnée de la quatrième Convention de Genève ne se retrouve dans aucune des trois autres Conventions. Or, les dispositions les plus protectrices de la quatrième Convention de Genève sont précisément celles qui se trouvent dans cette Section.³⁵⁸

Les Conventions de Genève ne contiennent pas en elles-mêmes de définition de ce qu'est une occupation³⁵⁹. Pourtant, *a priori*, c'est seulement en définissant cette notion qu'il devient possible d'identifier à partir de quand une telle situation existe et par conséquent à partir de quand le droit y relatif commence à s'appliquer.³⁶⁰ À la recherche d'une définition propre à contribuer à déterminer à partir de quand le droit de l'occupation s'applique, il convient de se référer au *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*³⁶¹ (I). L'étude de l'interprétation qui a été délivrée suite à l'adoption des Conventions de Genève, et qui semble continuer de recueillir l'assentiment majoritaire, conduit cependant à conclure que l'application de la Section relative aux territoires occupés de la quatrième Convention de Genève ne dépend pas nécessairement de la matérialisation de cette situation (II). Cherchant à déterminer à partir de quand le droit de l'occupation s'applique, c'est sur la deuxième partie de cette section que sera mise l'emphasis.

³⁵⁸ En ce sens, Knut DÖRMANN & Laurent COLASSIS, « International Humanitarian Law in the Iraq Conflict », *German Yearbook of International Law*, vol. 47, 2004, pp. 293-342, p. 300.

³⁵⁹ Si l'on n'en était pas déjà convaincu, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie l'a confirmé dans son arrêt *Kordić* : « En l'absence d'une définition de la notion de « territoire occupé » dans les Conventions de Genève, et étant donné le caractère coutumier de la Convention de La Haye IV et du Règlement y afférent, la Chambre de première instance se fondera sur cette Convention pour tenter de définir cette notion. », TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 281, § 338.

³⁶⁰ En ce sens, Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 36.

³⁶¹ *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexe à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, adopté à La Haye le 18 octobre 1907.

§ I. Les éléments concourant à fixer le moment à partir duquel une occupation est caractérisée au sens du Règlement de La Haye

L'article 42 du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, annexe à la *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, dont le caractère coutumier est incontesté³⁶², se trouve à la Section III intitulée : « De l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi » et dispose : « *Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.* »³⁶³ Si l'on n'était pas encore convaincu qu'en droit international humanitaire ce sont les faits qui sont déterminants, il n'y a en l'occurrence aucune ambiguïté³⁶⁴. Dans la conception traditionnelle, l'article 42 avait pour finalité de distinguer l'invasion de l'occupation. Aussi pour déterminer le moment à partir duquel une situation correspondait à cette disposition, et donc le moment à partir duquel une Puissance endossait des obligations particulières du fait de la qualité d'occupant, il convenait de s'interroger exclusivement sur le moment à partir duquel il était possible de considérer que l'armée ennemie exerçait une « *autorité effective [...] à l'exclusion de celle du gouvernement établi* »³⁶⁵ (A). Toutefois, certaines instances comme

³⁶² Après l'avoir confirmé dans CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, op. cit. note 164, § 75, la Cour internationale de justice l'a réaffirmé en deux occasions touchant de près à la notion d'occupation : dans son avis consultatif de 2004 d'abord : « *La Cour observera que, selon le droit international coutumier tel que reflété [...] à l'article 42 du règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la quatrième convention de La Haye du 18 octobre 1907 [...], un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.* », CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op. cit. note 164, § 78, puis dans son arrêt relatif à la situation en République Démocratique du Congo, CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, op. cit. note 212, § 172.

³⁶³ Comme le souligne Eyal Benvenisti, la formulation adoptée en 1907 est inchangée par rapport à sa première apparition dans le *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre*, adopté à Bruxelles, le 27 août 1874, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », op. cit. note 343, § 1. Nous ne proposons donc pas ici de perspective historique de la notion. Pour une étude de l'occupation sous cet angle, on pourra utilement se reporter en particulier à Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, à Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, pp. 49-55 ou encore à Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, en particulier aux pp. 101-105.

³⁶⁴ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », op. cit. note 343, § 4 ; Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, p. 63. Dans son étude spécifique relative au début et à la fin de l'occupation Vaios Koutroulis distingue entre les éléments factuels et non factuels propres à déterminer quand une occupation débute ou prend fin, voir Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346.

³⁶⁵ Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, op. cit. note 79, p. 134. Dans le même sens Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, pp. 138 et s. Cette conception est particulièrement évidente à la lecture de l'affaire dite des otages jugée par le Tribunal américain à Nuremberg en 1948 et qui fait référence en la matière, United States Military Tribunal, Nuremberg, *Jugement of Wilhelm List and*

certain auteurs déconstruisent aujourd'hui cet élément pour le fractionner en plusieurs autres³⁶⁶, voire pour en ajouter d'autres (B). Il est cependant absolument nécessaire d'avoir à l'esprit que le débat général actuel relatif à la notion d'occupation est polarisé à l'extrême sur deux situations en particulier, qui sont certes emblématiques, mais qui ne sauraient justifier à elles seules une nouvelle conception de ce droit. Au-delà du fait que sont désormais occultées d'autres situations non moins problématiques, telles que par exemple le Sahara Occidental, le Haut Karabagh ou encore le Nord de Chypre, cette polarisation a pour effet pervers que lorsqu'on s'interroge désormais sur les critères permettant de fixer le début d'une occupation au sens du Règlement de La Haye, on anticipe sur les effets que l'établissement de ces critères pourrait avoir lorsqu'il s'agira de s'interroger sur la fin d'une occupation. En effet, par un effet miroir, une situation d'occupation est réputée prendre fin lorsque les éléments qui ont concouru à son établissement disparaissent.

Ce glissement est particulièrement exacerbé dans un rapport récent du Comité international de la Croix-Rouge. Cette institution a convié une série de réunions d'experts sur le droit de l'occupation et l'administration des territoires, dont l'une portait spécifiquement sur le début et la fin de l'occupation. S'il n'est pas possible de considérer que le rapport qui en résulte dit le droit en la matière, le compte-rendu de cette session a toutefois l'avantage considérable de synthétiser la position de la doctrine qualifiée en la matière³⁶⁷ et de faire état des controverses actuelles. Or, au-delà des discussions relatives aux contours de la notion traditionnelle d'autorité, afin de cerner le moment à partir duquel elle s'exerce et donc le moment à partir duquel une situation répond à la définition de l'occupation, les experts ont notamment discuté d'éventuelles conditions additionnelles.

Others (The Hostages Trial), 8 juillet 1947 – 19 février 1948, Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crime Commission, Vol. VIII, London, His Majesty's Stationery Office, 1949, 92 p., en particulier pp. 55 et s. Voir également Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit. note 26, p. 776.

³⁶⁶ Adam Roberts par exemple décompose ces éléments en deux critères, auxquels il en ajoute deux autres : Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 23 avril 2012, § 4. Quant à Yuval Shany il a tour à tour décomposé ces éléments en quatre catégories : Yuval SHANY, « The legal status of Gaza after the Disengagement Plan », 4th AIDA IHL Forum on 26 October 2005, disponible en ligne sur : <http://www.diakonia.se/sa/node.asp?node=1121>, dernier accès le 6 juin 2008 et Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 369-383, p. 370. Voir également, Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, pp. 109-110.

³⁶⁷ Les experts présents à cette session étaient (par ordre alphabétique du nom de famille) : Michael Bothe, Laurent Colassis (CICR), Éric David, Tristan Ferraro (CICR), Gregory Fox, Satish Nambiar, Adam Roberts, Yves Sandoz, Marco Sassòli, Charles Shamas, Yuval Shani, Daphna Shrager, Philip Spoerri (CICR), Manuel Supervielle, Sylvain Vité (CICR) et Marten Zwanenburg, chacun ayant été choisi du fait de son intérêt spécifique pour les questions en débat. Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 53.

A) L'exercice de l'autorité

La notion d'autorité que doit exercer une Puissance pour être qualifiée de Puissance occupante au sens du Règlement de La Haye est un tout uniforme. Dès lors qu'elle est constatée, l'occupation est caractérisée.³⁶⁸ Toutefois, dans le souci unique de compréhension de l'ensemble, son étude sera articulée autour de trois axes : son sens (1), les conditions relatives à son exercice (2) et le transfert qu'elle implique (3).

1) Le sens du terme « autorité »

Si l'article 42 du Règlement de La Haye est la disposition de référence pour la définition de l'occupation et l'identification du point de départ d'une telle situation, il ne dit pas en lui-même quelle est la nature de l'autorité. Selon le sens ordinaire de ce terme, exercer une autorité signifie « *droit de commander, pouvoir (reconnu ou non) d'imposer l'obéissance* »³⁶⁹. De plus, les articles suivants du même instrument fournissent de précieux indices quant à ce qu'il faut entendre par « autorité effective ». L'article 43, en particulier, prévoit que « *[l']autorité du pouvoir légal [soit] passé de fait entre les mains de l'occupant [...]* », et les articles qui suivent, en énumérant les prérogatives de la Puissance occupante, permettent d'identifier en quoi consiste cette autorité. Elle doit en fait permettre à la Puissance occupante d'administrer le territoire sur lequel elle vient d'acquérir la suprématie militaire.³⁷⁰ La notion en tant que telle n'est pas plus précisée et nécessitera une analyse au cas par cas pour vérifier son existence. De façon générale il est simplement possible de résumer que « *la force militaire a soit déplacé le système ordinaire du territoire en matière d'ordre public et de gouvernement, en le remplaçant par sa propre structure de commandement, ou bien a démontré une capacité physique claire de le déplacer* »³⁷¹, ce qui suppose que la capacité à exercer l'autorité ainsi que son transfert font parties intégrantes de sa définition.

³⁶⁸ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, op. cit. note 342, p. 55.

³⁶⁹ Paul ROBERT, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, mise à jour de juin 2000 sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, 2841 p., p. 184. Dans le même sens, Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, p. 48.

³⁷⁰ La question indépendante de la « *fonction de gouvernement* » n'est pas évoquée ici dans la mesure où, premièrement, c'est une notion introduite dans la quatrième Convention de Genève seulement et, deuxièmement, parce qu'elle est utile une fois que l'occupation a commencé et pour déterminer la fin de l'applicabilité du droit relatif aux territoires occupés.

³⁷¹ Adam ROBERTS, « What is a military occupation? », *British Yearbook of International Law*, 1984, pp. 249-305, p. 300, repris *in extenso* et augmenté dans sa contribution à l'Encyclopédie de droit international public : Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », op. cit. note 366, § 4. Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 18.

2) Exercice potentiel ou réalisé de l'autorité ?

Le moment à partir duquel on pourra constater que cette autorité est « *en mesure de s'exercer* », selon les termes de l'article 42, constituant le point de départ de la qualification d'occupation, est une question de purs faits ; soit la Puissance occupante aura eu l'occasion de l'exercer, soit il est tangible qu'elle est théoriquement en mesure de le faire. C'est donc la capacité à exercer l'autorité qui est déterminante au terme du Règlement de La Haye et non l'exercice réel de l'autorité. En d'autres termes, pour que la Section III du Règlement de La Haye s'applique il suffit de pouvoir constater que les hostilités ont, en tout cas dans une certaine mesure, cessé afin de laisser la possibilité à la Puissance d'exercer son autorité si elle le souhaite.³⁷² Si elle se contente d'être présente sur le territoire, sans pour autant assumer positivement des fonctions de gouvernement, la situation est caractérisée. En définitive, ce qui compte c'est qu'elle soit *capable* « *de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics* », tel qu'énoncé à l'article 43.³⁷³ Cette distinction entre la capacité à exercer l'autorité et la réalité de cet exercice est d'importance car elle permet de parer l'éventualité dans laquelle une Puissance étrangère n'exercerait pas son autorité sciemment, cependant qu'elle maintient sa présence sur le territoire, pour prétendre s'exonérer de ses responsabilités en tant que Puissance occupante.³⁷⁴ Un parallèle peut ici être fait avec le comportement des États observés pendant une grande partie du vingtième siècle, qui consistait à nier l'existence d'un conflit armé, de manière à tenter d'éviter l'applicabilité du droit international humanitaire.³⁷⁵ Lorsque le concept d'occupation a vu le jour, les Puissances qui étaient concernées par ces situations avaient plutôt tendance à clamer victorieusement leur autorité sur le territoire. Mais, la même évolution s'est produite que pour l'implication dans les conflits armés internationaux. Ceux qui occupent des territoires ont

³⁷² Voir en ce sens, United States Military Tribunal, Nuremberg, *Judgement of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)*, op. cit. note 365 : « [l'autorité] présuppose la destruction de la résistance organisée et l'établissement d'une administration pour préserver le droit et l'ordre. », p. 56, nous traduisons. Dans le même sens Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 39 ; Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, p. 138.

³⁷³ Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 18 ; Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, pp. 38-39.

³⁷⁴ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », op. cit. note 343, § 5 ; Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 39 ; Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », op. cit. note 366, § 5.

³⁷⁵ Voir les développements sur ce point *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, II.

compris que cet état de fait les obligeait à endosser plus de responsabilités.³⁷⁶ Pour tenter d'y échapper ils peuvent donc être tentés d'assurer une présence militaire et prétendre se dispenser d'exercer véritablement leur autorité.³⁷⁷

Bien que cette conception, selon laquelle il suffit que la Puissance en cause soit *en mesure* d'exercer son autorité, reçoive une large adhésion en doctrine³⁷⁸ mais aussi dans une certaine mesure en jurisprudence³⁷⁹, il convient toutefois de relever que la Cour internationale de justice a tout au contraire privilégié l'exercice *réalisé* de l'autorité, comme critère déterminant le début d'une situation d'occupation selon le Règlement de La Haye. En effet, dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*³⁸⁰, alors que la République Démocratique du Congo plaidait que « [p]lutôt que l'omniprésence des forces armées de l'État occupant, c'est sa capacité à affirmer son autorité que le règlement de La Haye retient comme critère pour définir la notion d'État occupant »³⁸¹, la Cour explique que pour se fonder elle examinera « s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée

³⁷⁶ Voir en ce sens, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Review of the Applicability of International Humanitarian Law to the Occupied Palestinian Territory*, Policy Brief, June 2004, 15 p., disponible en ligne sur : <http://www.stanford.edu/group/sper/images/harvardreview.pdf>, dernier accès le 11 août 2012, qui cite les cas de l'Irak au Koweït en 1990, de la Russie en Afghanistan de 1979 à 1989, de l'Indonésie au Timor de 1975 à 1999 ou encore des États-Unis à Grenade en 1983 et au Panama en 1989.

³⁷⁷ Voir en ce sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1er décembre 2011, *op. cit.* note 228, p. 8.

³⁷⁸ Comme le souligne Eyal Benvenisti, la doctrine a défendu ce point de vue depuis l'élaboration du *Manuel des lois de la guerre sur terre*, adopté à Oxford, le 9 septembre 1880, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 5. Dans le même sens voir l'opinion individuelle du Juge Kooijmans jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice en l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.* note 212, § 49. Voir également dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* note 350, p. 19 ; Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, p. 110. De tous les manuels militaires qu'il a pu consulter et dont il fait état, il ressort de l'étude de Vaios KOUTROULIS que la doctrine militaire rejoint cette interprétation, Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, *op. cit.* note 346, pp. 48-49. Dans le même sens, Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, p. 375.

³⁷⁹ Voir en ce sens par exemple, TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, *op. cit.* note 44 ; A & B c. *Israel*, Appel Decision, CrimA 6659/06, 1757/07, 8228/07, 3261/08 ; ILDC 1069 (IL 2008), reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINNTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 145, Israël, Détention de combattants illégaux, pp. 1493-1499, p. 1495, § 11. Voir également Tzemel c. *Minister of Defence*, cas n° HCJ 102/82, 37(3) PD 365, 13 juillet 1983, Cour Suprême israélienne (en tant que Haute Cour de Justice) cité par Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343 et Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, p. 375.

³⁸⁰ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.* note 212.

³⁸¹ *Ibid.*, § 170.

dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention »³⁸², ce dont on peut déduire que pour les juges il faut que la Puissance ait usé de ses prérogatives, et non pas seulement qu'elle ait été en mesure de le faire mais ait choisi de ne pas le faire. Cette position est difficilement compréhensible à la lumière des critères caractéristiques figurant dans le Règlement de La Haye, sur lequel la Cour prend pourtant appui.³⁸³ De plus, la Cour estime qu'elle « doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais »³⁸⁴. Or, dans la mesure où elle constate que cette autorité était en fait exercée par un groupe armé, et non par l'Ouganda, elle conclut pour cette part au moins que l'Ouganda ne pouvait être considéré comme une Puissance occupante au sens du Règlement de La Haye³⁸⁵.

³⁸² *Ibid.*, § 173, nous soulignons.

³⁸³ Dans le même sens, « [I]es experts [réunis par le Comité international de la Croix-Rouge lors d'une réunion relative à la notion d'occupation] ont unanimement exprimé leur désaccord avec le test proposé par la CIJ, affirmant qu'une telle interprétation serait trop restrictive et ne refléterait pas *lex lata*. », Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* note 350, p. 19. Selon Eyal Benvenisti, cette solution peu motivée « est tout sauf évidente. », Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 5, nous traduisons. Voir également, Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, *op. cit.* note 346, p. 58 ; Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, p. 378. Pour une analyse détaillée de l'arrêt de 2005, voir Vaios KOUTROULIS, « L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda) : une lecture restrictive du droit de l'occupation ? », *Revue Belge de Droit International*, vol. 39, n° 2, pp. 703-741.

³⁸⁴ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.* note 212, § 173. Les présents développements obligent à envisager l'arrêt de la Cour sous un angle très spécifique, à savoir le début de l'occupation. Pour une analyse plus large et détaillée de cette question, voir en particulier Vaios KOUTROULIS, « L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda) : une lecture restrictive du droit de l'occupation ? », *op. cit.* note 383. Subsidièrement voir également, Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, pp. 117-120.

³⁸⁵ En sens contraire, lire le juge Kooijmans qui estime que la condition de l'exercice de l'autorité était en l'espèce remplie dans la mesure où ce sont les agissements de l'Ouganda qui ont conduit à ce que le gouvernement de la République Démocratique du Congo ne soit plus en mesure d'exercer sa propre autorité, opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice en *L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.* note 212, §§ 48-49. Par ailleurs, cette conclusion de la Cour appelle la notion de « contrôle effectif indirect », lorsque le groupe armé est en réalité un agent *de facto* d'un gouvernement étranger. Pour plus de précisions sur ce débat particulier, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* note 350, p. 23 ; voir également Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, qui considère que « [l]a conception large de l'occupation proposé par le commentaire de Pictet doit être rejeté », p. 113 à propos de l'arrêt *Blaškić* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, lequel a considéré que le contrôle exercé par la Croatie sur un groupe armé permettait de conclure à qualifier la Croatie de Puissance occupante, TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, *op. cit.* note 227, § 149.

3) *L'incapacité du souverain territorial à exercer son autorité*

Par ailleurs mais dans le même temps, puisqu'il est question d'un transfert d'autorité, il est nécessaire que l'autorité originelle ne soit plus en mesure d'exercer la sienne. La Puissance occupante doit donc acquérir un contrôle tel qu'elle soit non seulement en capacité d'administrer le territoire, mais aussi d'empêcher l'ancienne autorité de s'affirmer³⁸⁶ sans que cela ne soit un obstacle à ce que le détenteur de l'autorité, c'est-à-dire la Puissance occupante, décide de déléguer ou de laisser certaines prérogatives accessoires et limitées à la Puissance occupée³⁸⁷. Incidemment, lorsqu'est analysé ce transfert d'autorité d'une Puissance à l'autre dans ces circonstances particulières, interviennent des questions liées à la notion de souveraineté. En effet, l'exercice de la souveraineté de l'État occupé est suspendue³⁸⁸ pendant le temps de l'occupation ; « elle est remplacée par l'autorité de facto de la Puissance occupante »³⁸⁹. Mais parallèlement, la Puissance occupante n'acquiert pas la souveraineté sur le territoire, « [l]a Puissance occupante n'est pas un successeur

³⁸⁶ Cette condition est posée par l'Affaire dite des otages. Les juges ont en effet décidé qu'« [...] une occupation indique l'exercice d'une autorité gouvernementale à l'exclusion du gouvernement établi. », United States Military Tribunal, Nuremberg, *Jugement de Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)*, op. cit. note 365, p. 55, nous traduisons. Dans le même sens, Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 38 ; Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, p. 139 ; UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, op. cit. note 88, p. 275, § 11.3 ; Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, p. 110, qui lui cependant en extrait deux conditions distinctes de la réalisation de l'occupation.

³⁸⁷ La Cour internationale de justice a par exemple estimé que le partage de certaines prérogatives entre Israël et l'Autorité palestinienne ne remettait pas en question la qualité de Puissance occupante pour Israël. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op. cit. note 164, §§ 77-78. Dans le même sens, Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, 25 septembre 2009, A/HRC/12/48, § 279.

³⁸⁸ En sens contraire voir, Yoram DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit. note 349, p. 49, qui rallie la thèse de Georg Schwarzenberger selon laquelle « au moins temporairement, le titre du souverain territorial est considérablement affaibli et réduit à un titre nu », Georg SCHWARZENBERGER, « The Law of Belligerent Occupation: Basic Issues », *Nordic Journal of International Law*, vol. 30, 1960, pp. 10-24, p. 17, nous traduisons, mais qui s'oppose à Hans-Peter Gasser, Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », in: Dieter FLECK (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, deuxième édition, Oxford University Press, 2008, 770 p., p. 277, lorsque ce dernier considère que cela équivaut à une « suspension » de la souveraineté. Yoram Dinstein fait finalement sien les mots de Lassa Oppenheim pour qui : « [i]l n'y a pas un atome de souveraineté dans l'autorité de la Puissance occupante. », Lassa OPPENHEIM, « The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants », *Law Quarterly Review*, vol. 33, 1917, pp. 363-370, p. 364, nous traduisons. Toutefois, on peut souligner que ce n'est pas parce que la Puissance occupante n'acquiert effectivement pas la souveraineté sur le territoire que celle de l'occupé ne peut pas être considérée comme étant suspendue.

³⁸⁹ Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », op. cit. note 388, p. 277, nous traduisons. Dans le même sens Peter HAGGENMACHER, « L'occupation militaire en droit international : genèse et profil d'une institution juridique », *Relations internationales*, n° 79, automne 1994, pp. 285-301, pp. 285-286.

dans les droits de l'autorité nationale (temporairement suspendue). Une Puissance occupante ne peut pas transférer ses propres droits de souveraineté sur le territoire occupé »³⁹⁰. La situation en Irak a prouvé que le critère de la souveraineté ne saurait remplacer celui d'« autorité », plus objectif. En effet, le vocabulaire utilisé tant par les gouvernements américain que britannique, qui dirigeaient les forces militaires ennemies, était celui de « transfert de souveraineté ».³⁹¹ Pourtant, les termes « transfert de souveraineté » ont été moins utilisés en juin 2004, au moment de ce qui se confirmera, ou non, être la fin de l'occupation, qu'en mai 2003 au moment de l'établissement de cette occupation, ce qui tend à confirmer que ce n'était pas vraiment de cela dont il était question. En effet, « [c]eux qui prétendent transférer la souveraineté ne la possédaient pas eux-mêmes. [...] Le changement qui est intervenu le 28 juin 2004 pourrait être mieux, mais de façon moins spectaculaire, décrit comme un transfert, non pas de souveraineté, mais d'une autorité administrative ; ou alternativement, comme une reprise de la souveraineté irakienne »³⁹². D'ailleurs, on peut constater que les Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations unies vont également en ce sens puisque toutes (1483³⁹³, 1511³⁹⁴ et 1546³⁹⁵) confirment explicitement la continuité de la souveraineté irakienne.

En des termes très didactiques, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a eu l'opportunité de dégager un certain nombre d'indicateurs qui permettent de confirmer, ou non, que la situation en cause répond à la définition de l'occupation au sens du Règlement de La Haye, permettant de faciliter l'identification du moment à partir duquel l'occupation est caractérisée. « Pour déterminer si l'autorité de la puissance occupante est établie dans les faits, on peut recourir aux critères suivants : - la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée, désormais incapable de fonctionner publiquement ; - les forces ennemies se sont rendues, ont été vaincues ou se sont retirées. À cet égard, les zones de combat ne sont pas considérées

³⁹⁰ Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », *op. cit.* note 388, p. 277, nous traduisons. Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 1 ; Ardi IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, *Agora: Wall in Occupied Palestinian Territory*, pp. 102-118, p. 103 ; Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 26, p. 776.

³⁹¹ Selon l'analyse opérée par Adam ROBERTS, *The End of Occupation in Iraq (2004)*, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 19 p., disponible en ligne sur : <http://www.ihlresearch.org/iraq/pdfs/briefing3461.pdf>, dernier accès le 7 juin 2007, pp. 13 et s.

³⁹² Adam ROBERTS, *The End of Occupation in Iraq (2004)*, *op. cit.* note 391, p. 13, nous traduisons.

³⁹³ Conseil de sécurité des Nations unies, adoptée le 21 mai 2003, S/RES/1483 : « Réaffirmant la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Iraq », Préambule, point 2.

³⁹⁴ Conseil de sécurité des Nations unies, adoptée le 16 octobre 2003, S/RES/1511 : « Soulignant que la souveraineté de l'Iraq réside dans l'Etat irakien, réaffirmant le droit du peuple irakien de déterminer librement son avenir politique et d'avoir le contrôle de ses propres ressources naturelles, se déclarant de nouveau résolu à ce que le jour où les Iraquiens se gouverneront eux-mêmes vienne rapidement », Préambule, point 2.

³⁹⁵ Conseil de sécurité des Nations unies, adoptée le 8 juin 2004, S/RES/1546 : « Réaffirmant l'indépendance, la souveraineté, l'unité et l'intégrité territoriale de l'Iraq », Préambule, point 3.

comme des territoires occupés. Cela étant, le statut de territoire occupé n'est pas remis en cause par une résistance locale sporadique, même couronnée de succès ; - la puissance occupante dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou elle peut en envoyer dans un délai raisonnable ; - une administration provisoire a été établie sur le territoire ; - la puissance occupante a donné des ordres à la population civile et a pu les faire exécuter. »³⁹⁶. Comme l'indique les juges, ces « critères », qu'il serait sans doute plus juste de désigner comme étant de simples « indicateurs », ont l'avantage de concrétiser la notion d'exercice de l'autorité qui peut se révéler quelque peu abstraite.

De tout ce qui précède, et pour en revenir à des considérations strictement temporelles, les éléments matériels dégagés, propres à qualifier une situation d'occupation, permettent de conclure que la notion de temps est absente de la caractérisation de l'occupation.³⁹⁷ En effet, plusieurs questions temporelles pourraient se poser dans le processus de qualification, telles que : faut-il observer que l'autorité s'exerce pendant un certain laps de temps avant que l'on puisse conclure à une occupation ? y a-t-il nécessairement l'écoulement d'un certain temps entre la phase d'invasion et la phase d'établissement de l'autorité ? une occupation qui se prolonge répond-elle toujours à la notion d'occupation au sens du Règlement de La Haye ? etc. Or, pour chacune d'elles c'est chaque situation elle-même qui permettra de répondre. Il n'y a pas d'élément général lié au temps qui interviendrait en tant que critère ou indicateur autonome.³⁹⁸ Ce qui est absolument déterminant, c'est la capacité à exercer l'autorité, telle que décrite ci-haut. Dès lors que cette capacité est

³⁹⁶ TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, op. cit. note 44, § 217, notes de bas de page omises, lesquelles renvoient principalement à ce que les juges ont pu trouver dans les manuels militaires (notamment britannique, américain et néo-zélandais), mais également à trois références doctrinales en la matière : Dieter FLECK (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1999, par. 525.2 ; Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, op. cit. note 92, § 167 et Adam ROBERTS, « What is a military occupation? », op. cit. note 371. Voir également l'analyse à laquelle se livrent à son propos Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, pp. 139 et s. et Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, lequel précise que le fait que le Tribunal mentionne l'administration du territoire en tant qu'indicateur n'est pas contradictoire avec le fait que l'occupation puisse être réalisée, même en l'absence de la constatation matérielle d'une telle administration. La capacité de la Puissance à administrer le territoire étant suffisante à caractériser l'occupation, p. 115.

³⁹⁷ Il existe certaines divergences doctrinales sur ce point, voir le résumé proposé à ce propos par le Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 24. À cet égard, si les experts ont notamment évoqué la conclusion de la Commission Érythrée/Éthiopie, il convient de l'exclure du présent développement relatif à l'établissement de l'autorité, car elle fait expressément référence à l'application des Conventions de Genève et non pas à la définition du Règlement de La Haye, lesquels sont différenciés, voir *infra* (II. A. ci-dessous). Si la Commission fait bien référence à l'invasion ou à la présence temporaire de troupes sur un territoire, elle le fait sous l'angle de l'interprétation donnée du point de départ de l'applicabilité de la Section de la quatrième Convention de Genève relative aux territoires occupés, elle sera donc étudiée sous ce paragraphe, *infra* (II. A. 2. b. ii. ci-dessous).

³⁹⁸ Dans le même sens, Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, p. 65.

établie, l'occupation existe. Dans certains cas, l'autorité aura besoin d'un certain temps avant de s'affirmer, dans d'autres pas. On pense ici par exemple aux occupations brusquées, c'est-à-dire sans hostilités au sens de l'actuel article 2 alinéa 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Dans cette hypothèse, l'armée ennemie peut dès les tous premiers moments être en mesure d'exercer son autorité sans qu'il soit nécessaire de laisser s'écouler un quelconque délai avant de pouvoir conclure à l'existence de l'occupation. De même, dans certaines situations, l'occupation ne se fera pas directement suite à l'invasion, alors que dans d'autres le passage de l'une à l'autre de ces situations sera immédiat.³⁹⁹ Enfin, bien que tel qu'il a été conçu le système de l'occupation a vocation à être temporaire, comme l'a notamment rappelé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie lorsqu'il a estimé que « l'occupation [...] se définit comme la période de transition entre l'invasion et la conclusion d'un accord sur la cessation des hostilités »⁴⁰⁰, il se peut qu'une occupation dure extrêmement longtemps, même après la conclusion d'un accord de ce type. Il suffit de penser au cas de l'occupation des territoires occupés en Cisjordanie depuis aujourd'hui quarante-cinq ans pour s'en convaincre. La prolongation de la situation n'affecte pas sa qualification juridique.

À lui seul, le critère de l'exercice de l'autorité, lorsqu'il est réalisé dans les conditions susmentionnées, suffit à donner le point de départ d'une situation d'occupation. Toutefois, du fait de situations complexes relatives à la fin de l'occupation, on a cherché à établir des critères additionnels qui concourraient à fixer son début.

B) L'identification d'éléments additionnels caractéristiques d'une situation d'occupation au sens du Règlement de La Haye

1) La présence de l'armée ennemie sur le territoire

S'il est aisé de constater la présence de forces armées étrangères sur un territoire, il convient toutefois de s'interroger sur la nature « ennemie » de cette présence. Par le terme « ennemi », il faut communément entendre : « *qui déteste quelqu'un, cherche à lui nuire* »⁴⁰¹. En droit international, il convient d'ajouter

³⁹⁹ Voir en ce sens, Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II*, op. cit. note 275, p. 306 ; dans le même sens, Human Rights Watch, *Up in Flames : Humanitarian Law Violations and Civilian Victims in the Conflict over South Ossetia*, 2009, reproduit et traduit dans Marco SASSÖLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 301, *Géorgie/Russie, Rapport de Human Rights Watch sur le conflit en Ossétie du Sud*, pp. 2999-3029, p. 3003, § 16 et p. 3016, § 76.

⁴⁰⁰ TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, op. cit. note 44, § 214.

⁴⁰¹ Paul ROBERT, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit. note 369, p. 862.

qu'il ne peut s'agir que d'une nuisance résultant d'un acteur du droit international. En droit international humanitaire, on complètera par l'exigence que cette présence soit celle d'une « Haute Partie contractante »⁴⁰². Ainsi, il convient d'exclure par principe tout contrôle de territoire par des forces rebelles ou dissidentes dans le cadre de conflits armés non internationaux, par exemple⁴⁰³. Par conséquent, afin d'observer dans les faits la réalisation du premier critère proposé pour la définition de l'occupation dans le Règlement de La Haye, il conviendra de constater la présence de troupes étrangères sur un territoire à la condition supplémentaire que le refus à cette présence étrangère soit manifeste⁴⁰⁴, afin précisément qu'elle puisse être qualifiée de présence « ennemie ». En effet, si un État consent à la présence d'une armée étrangère sur son territoire, il deviendra alors malaisé de considérer que la présence constatée lui est hostile, donc ennemie, mais cette question s'inscrit dans celle plus large du consentement⁴⁰⁵.

Une fois cette présence relevée, il est alors nécessaire de se demander si elle doit être d'une étendue particulière, afin de conclure à la matérialisation de l'occupation lorsqu'elle est conjuguée à l'établissement d'une nouvelle autorité. La question qui se pose ici est, entre autres, celle de savoir si seule une présence militaire ennemie terrestre peut emporter la qualification d'occupation ou si une présence aérienne⁴⁰⁶ et/ou maritime, non conjuguée à une présence sur terre peut suffire. À la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il ressort qu'une présence aérienne ne saurait suffire. En effet, alors que dans l'affaire *Chypre c. Turquie*⁴⁰⁷ la Cour a reconnu l'existence d'un contrôle effectif du territoire permettant d'imputer des actes à la Turquie⁴⁰⁸, dans l'affaire *Banković*⁴⁰⁹ au contraire, elle a refusé de

⁴⁰² Ou « Puissance contractante » selon la terminologie adoptée par le Règlement de La Haye.

⁴⁰³ La question de savoir si les Nations unies peuvent être qualifiées de Puissance occupante en certaines circonstances est une question largement débattue et controversée. Elle ne fera toutefois pas l'objet d'une étude approfondie ici. On s'en tiendra à considérer que si on leur reconnaît la qualification de Puissance occupante alors le droit international humanitaire devrait être applicable à ces situations dans la même mesure temporelle que celle décrite ici. Pour le débat relatif à l'implication des Nations unies en tant que Puissance occupante, voir par exemple, Tristan FERRARO, « L'applicabilité du droit de l'occupation aux forces de maintien de la paix des Nations Unies », in: Maurizio ARCARI et Louis BALMOND (dir), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, Giuffrè, 2008, 272 p., pp. 179-205. Voir également, Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », *op. cit.* note 388, p. 272.

⁴⁰⁴ Voir en sens Adam ROBERTS, « What is a military occupation? », *op. cit.* note 371, p. 300.

⁴⁰⁵ Voir *infra* (2. ci-dessous)

⁴⁰⁶ Selon Hans-Peter Gasser, « une suprématie dans les airs seulement ne remplit pas l'exigence de contrôle effectif », Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », *op. cit.* note 388, p. 274, nous traduisons.

⁴⁰⁷ CEDH, *Chypre c. Turquie*, Requête n° 25781/94, Grande Chambre, arrêt, 10 mai 2001.

⁴⁰⁸ La Cour résume elle-même son raisonnement de la manière suivante : « Dans son arrêt *Chypre c. Turquie* précité, adopté ultérieurement, la Cour ajouta qu'étant donné que la Turquie exerçait en pratique un contrôle global sur le territoire concerné, sa responsabilité ne pouvait se circonscrire aux actes commis par ses propres agents sur ce territoire mais s'étendait également aux actes de l'administration locale qui survivait grâce à son soutien. Elle jugea ainsi qu'en vertu de la « juridiction » exercée par lui au sens de l'article 1 de la Convention [européenne des droits de

considérer que les États membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord exerçaient leur juridiction sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie lors des bombardements de cette zone, alors pourtant qu'elle en avait la maîtrise. La notion de juridiction en droit international peut être définie comme suit : « *La juridiction concerne le pouvoir de l'État en droit international de réglementer ou d'avoir d'une manière ou d'une autre un impact sur la propriété et les circonstances et reflète les principes de base de la souveraineté étatique, l'égalité des États et la non-ingérence dans les affaires internes* »⁴¹⁰. Aussi, bien que les concepts de juridiction et d'occupation soient distincts, ils présentent certaines similitudes qu'il peut être intéressant d'examiner au moment de se pencher sur l'exercice de l'autorité d'une Puissance occupante.⁴¹¹ En l'occurrence, plus encore que la conclusion de la Cour c'est le raisonnement des requérants qui mérite attention. Ils estiment en effet que : « *eu égard à l'ampleur de l'opération aérienne et au nombre relativement faible de victimes le contrôle qu'exerçait l'OTAN sur l'espace aérien était pratiquement aussi complet que celui qu'exerçait la Turquie sur le territoire de la partie nord de Chypre. Il s'agissait certes d'un contrôle de portée limitée (il ne s'exerçait que sur l'espace aérien), mais l'obligation positive résultant de l'article 1 pourrait être limitée de manière analogue. Les notions de « contrôle effectif » et de « juridiction » devraient être suffisamment flexibles pour tenir compte de la disponibilité et de l'usage d'armes de précision modernes, qui autoriseraient des actions extraterritoriales de grande précision et de fort impact sans nécessiter la présence de troupes au sol. Compte tenu de ces progrès de la technique moderne, l'invocation d'une différence entre des attaques aériennes et des actions menées par des troupes au sol serait aujourd'hui dépourvue de pertinence.* »⁴¹² Cette question est en fait intimement liée à celle de l'exercice de l'autorité. En effet, dès lors que la présence militaire ennemie en cause, quelle qu'elle soit, sera en mesure d'exercer son autorité sur un territoire, l'occupation sera caractérisée si le territoire sur lequel elle l'exerce relève d'un État qui n'a pas consenti à cette présence.⁴¹³ Comme le soulignent les requérants dans l'affaire *Banković*, la

l'homme], ledit État devait assurer dans la partie septentrionale de Chypre le respect de la totalité des droits matériels consacrés par la Convention. », § 70 de *Banković*.

⁴⁰⁹ CEDH, *Vlastimir et Borka BANKOVIĆ, Živana STOJADINOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ et Dragan SUKOVIĆ c. la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni*, Requête n° 52207/99, Grande Chambre, Décision sur la recevabilité, 12 décembre 2001.

⁴¹⁰ Malcom N. SHAW, *International Law*, op. cit. note 88, p. 645, nous traduisons.

⁴¹¹ Le Royaume-Uni a toutefois présenté une opinion contraire, sans la détailler, dans l'affaire *Al-Skeini* jugée par la Cour européenne des droits de l'Homme, CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Requête n° 55721/07, Grande Chambre, arrêt, 7 juillet 2011, § 114.

⁴¹² CEDH, *Vlastimir et Borka BANKOVIĆ, Živana STOJADINOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ et Dragan SUKOVIĆ c. la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni*, op. cit. note 409, § 52.

⁴¹³ Ainsi, dans l'affaire *Al-Skeini*, la Cour concluait au contraire qu'« [o]n peut donc voir qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le

maîtrise de l'espace aérien n'offre qu'un « *contrôle de portée limitée* » du territoire ; il ne permet pas de mettre en place l'exercice continu d'une autorité. De la même façon, un seul contrôle des eaux territoriales ne semble pas être suffisant pour donner la possibilité à la Puissance qui le détient de commencer à exercer son autorité au sens du Règlement de La Haye. En effet, « *[l]a question est de savoir si les forces armées qui ont envahi le territoire de l'adversaire ont en fait ramené cette zone sous leur contrôle au travers de leur présence physique, dans la mesure où elles peuvent effectivement assumer la responsabilité d'une Puissance occupante. Ceci inclut la capacité d'émettre des directives à l'égard des habitants du territoire conquis et de les faire respecter.* »⁴¹⁴. Or, comment dans les faits une présence aérienne ou maritime seule peut-elle permettre d'exercer un tel niveau d'autorité ? Il semble à tout le moins nécessaire que cette présence soit conjuguée par le déploiement de troupes au sol.⁴¹⁵ Toutefois ce constat doit être tempéré par le fait que l'examen de la réalisation de l'occupation, au travers en particulier de la présence physique de l'armée ennemie peut varier selon la nature du territoire, comme par exemple des zones peu densément peuplées ou désertiques.⁴¹⁶

Si une présence terrestre semble donc indispensable à la caractérisation d'une situation d'occupation, en tant que prérequis à l'exercice de l'autorité – puisque sans présence militaire sur un territoire, il est peu probable qu'une quelconque autorité soit en mesure de commencer à s'exercer sur le territoire d'un État tiers, se pose alors la question de savoir si cette présence doit se prolonger dans le temps avant de recevoir la qualification de « Puissance Occupante » au sens du droit international humanitaire. Cette capacité à émettre des directives n'est pas nécessairement liée à une question temporelle. De même, le critère spatial n'intervient pas dans la mesure où l'occupation d'une partie du territoire seulement est possible.⁴¹⁷ Par conséquent, en

Royaume-Uni a assumé en Irak (conjointement avec les Etats-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un Etat souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes. », CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, op. cit. note 411, § 149.

⁴¹⁴ Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », op. cit. note 388, p. 274, nous traduisons, nous soulignons.

⁴¹⁵ Dans le même sens, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 17 ; Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, p. 126.

⁴¹⁶ Dans le même sens, Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », op. cit. note 388, p. 274.

⁴¹⁷ Le raisonnement opéré par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Issa* mérite d'être évoqué. A cette occasion, la Cour a considéré que la quantité du contingent militaire importait peu, mais a toutefois donné un certain crédit à une présence prolongée et son l'étendue. En effet, alors que dans l'affaire *Chypre c. Turquie* moins de troupes étaient engagées sur le territoire que dans l'affaire *Issa* (il s'agissait là de troupes turques présentes au Kurdistan irakien), le fait que dans

définitive, l'étendue de la présence militaire ennemie se mesurera à la lumière de l'autorité qu'elle est capable d'instaurer, cependant que l'autorité initiale ne se trouve plus en mesure d'exercer la sienne. En ce sens, le fait que l'Ouganda reconnaissait qu'elle exerçait « un contrôle administratif » sur l'aéroport de Kisangani sur le territoire de la République Démocratique du Congo, bien que la présence de ses troupes ne se matérialisait pas à cet endroit précis, mais en d'autres endroits du territoire, conduisait à conclure, au regard du contexte général, que l'Ouganda se comportait sur la zone de l'aéroport en tant que Puissance occupante. Pourtant la Cour internationale de justice, saisie de cette question dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*⁴¹⁸ va estimer au contraire qu'« aucun élément de preuve [ne lui] permett[ait] [...] de caractériser la présence de troupes ougandaises stationnées à l'aéroport de Kisangani comme une occupation au sens de l'article 42 du règlement de La Haye de 1907. » Aussi, selon le raisonnement majoritaire de la Cour, la présence de l'armée ennemie doit pouvoir être constatée matériellement en tout endroit du territoire sur lequel on prétend à l'existence d'une situation d'occupation. Pourtant on imagine mal que dans une situation dans laquelle un territoire se trouve entièrement sous l'autorité d'un État ennemi, il faille exiger qu'un soldat se trouve derrière chaque fonctionnaire de l'État occupé ou que, quel que soit l'endroit où porte le regard, on puisse constater la présence de militaires ennemis⁴¹⁹. C'est pourquoi la présence matérielle de l'armée doit s'analyser conjointement avec sa capacité à mettre en place son autorité.

2) L'absence de consentement⁴²⁰

Sous-jacente dans l'article 42 du Règlement de La Haye, la notion de consentement n'est qu'implicite. Elle y est néanmoins intimement liée. D'abord, l'absence de consentement de la Partie sur le territoire de laquelle se déroule la situation va contribuer à qualifier la présence militaire d'« ennemie ». En effet, la question du consentement intervient ici de façon subsidiaire. Une armée ne pourra pas être considérée comme « hostile » si l'État sur le territoire duquel se déroule la situation consent à sa présence. Cette prémisse trouve à s'appliquer à la situation en Irak. « [Q]uand les forces

le second cas elles soient restées moins longtemps et qu'elles n'aient pas été présentes sur *tout* le territoire, fait partie des éléments qui lui permettent de conclure que les requérants ne se trouvaient pas sous la juridiction de la Turquie au moment des faits. CEDH, *Issa et autres c. Turquie*, Requête n° 31821/96, 16 novembre 2004, § 75.

⁴¹⁸ CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *op. cit.* note 212.

⁴¹⁹ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 8 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* note 350, p. 17 ; Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, p. 112.

⁴²⁰ L'occupation est en effet généralement décrite comme étant « la situation dans laquelle un ou plusieurs États exercent un contrôle effectif sur le territoire d'un autre État sans la volonté de ce dernier », Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 1.

coalisées ont commencé leurs opérations militaires et ont pris le contrôle du territoire irakien, cela s'est produit sans le consentement irakien, ainsi les forces coalisées étaient clairement des forces hostiles au sens du droit international humanitaire »⁴²¹. Ensuite, le transfert de l'autorité sera d'autant plus aisé à constater que le consentement sera déficient. De même, une présence militaire étrangère, associée à un transfert d'autorité, ne conduira à la qualification d'occupation que si l'État territorial la refuse. Si au contraire il l'autorise, voire la requiert, il ne s'agira plus d'une occupation, mais d'une présence consentie quelle qu'en soit la raison⁴²². La question du consentement est toutefois doublement délicate⁴²³. D'une part quant au moment où son inexistence doit être constatée, d'autre part quant à sa validité.⁴²⁴

S'il a pu être considéré que le consentement était un élément central sans l'étude duquel on ne peut conclure, ou non, à l'existence d'une occupation⁴²⁵, il

⁴²¹ Selon Knut DÖRMANN & Laurent COLASSIS, « International Humanitarian Law in the Iraq Conflict », *op. cit.* note 358, p. 299, nous traduisons.

⁴²² Le chapitre relatif à l'occupation du manuel militaire britannique par exemple énonce en préambule que : « *Le présent chapitre ne couvre pas les situations dans lesquelles les forces militaires d'un État sont dans le territoire d'un autre État allié en application d'un Traité ou d'un accord entre alliés. Dans ces cas, la question est régie par le Traité ou l'accord* », UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.* note 88, p. 275, § 11.1.2.

⁴²³ Selon les termes empruntés à Michael BOTHE, « Beginning and End of Occupation », *Actes du Colloque de Bruges, Les défis contemporains au droit de l'occupation*, Collège d'Europe, Bruges, 2006, pp. 26-33.

⁴²⁴ Sur la question du consentement, voir plus largement les développements qui précèdent à propos du conflit armé international, dans lesquels il a été notamment démontré que le consentement n'était emprunt d'aucun formalisme. Voir également les commentaires sous l'article 20 (en lien avec l'article 45) du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* à propos du moment auquel intervient le consentement, Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, *op. cit.* note 208, article 20, § 3 du commentaire, p. 185.

⁴²⁵ Voir en ce sens, Michael BOTHE, « Beginning and End of Occupation », *op. cit.* note 423 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, *op. cit.* note 350, p. 20. Il faut toutefois noter une évolution doctrinale importante à cet égard. Alors que Michael Bothe accordait une place tout à fait prépondérante au consentement dans ses contributions à la fois à l'ancienne version de l'Encyclopédie de droit international public, mais surtout au Colloque de Bruges suscité, sa position a aujourd'hui radicalement changé, tel qu'il l'a mentionné lors de la réunion d'experts organisée par le Comité international de la Croix-Rouge en 2008 au travers notamment du document préparatoire qu'il a été invité à rédiger, voir en ce sens Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, *op. cit.* note 350, en particulier p. 20 et Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, *op. cit.* note 350, p. 37. Voir également pour comparaison, Michael BOTHE, « Occupation after Armistice », in. Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, Elsevier, 1993, pp. 761-763 ; Michael BOTHE, « Occupation, Belligerent », in. Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, Elsevier, 1993, pp. 763-766 ; Michael BOTHE, « Occupation, Pacific », in. Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, under the auspices of the Max Planck

soulève un certain nombre d'épineux problèmes⁴²⁶, qui au total s'inscrivent qui plus est dans « *un processus plus politique que juridique* »⁴²⁷, au moment d'examiner s'il existe ou non aux fins de qualifier la situation. Aussi, faire de cette notion l'un des éléments de détermination de la caractérisation de l'occupation semble dangereux. Il serait par conséquent préférable de s'en tenir au constat que l'armée présente sur le territoire et qui exerce son autorité est une armée « hostile »⁴²⁸, ou encore « ennemie ».⁴²⁹ Cette position est d'autant plus raisonnable qu'il est évident que la question de l'existence d'un consentement pour ce qui concerne le début de l'occupation ne se pose que du fait du rôle qu'il peut être amené à jouer dans la détermination du moment auquel prend fin une occupation.⁴³⁰ Il est donc regrettable que du fait des débats qui ont eu lieu à propos d'une situation particulière, à savoir l'Irak, le consentement tende à être intégré dans la lecture de la définition de l'occupation qui a pu être faite dans des conflits postérieurs. En témoigne l'analyse proposée tant par Human Rights Watch et la Mission d'établissement des faits relativement au conflit qui a opposé la Russie et la Géorgie à propos de l'Ossétie du Sud en août 2008. Dans les deux cas, ces instances ont considéré que l'occupation se caractérisait par l'exercice d'une autorité par des « *forces armées étrangères, sans le consentement du gouvernement national* »⁴³¹ alors

Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, Elsevier, 1993, pp. 766-768.

⁴²⁶ Pour un état des lieux de ces problèmes en même temps que le reflet de la division de la doctrine au sujet du rôle du consentement dans la détermination du point de départ de l'occupation au sens du Règlement de La Haye, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, pp. 20-23.

⁴²⁷ Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 22.

⁴²⁸ En ce sens, Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », op. cit. note 342 : « [...] la présence de forces étrangères sur le territoire d'un Etat, qui en cas d'occupation sera probablement contre la volonté de cet Etat, doit être considéré comme un usage continu de la force d'un Etat contre un autre Etat. », p. 845, nous traduisons.

⁴²⁹ Ceci s'inscrit d'ailleurs dans la droite ligne, de ce qui prévaut pour la caractérisation d'un conflit armé international. Voir les développements sur ce point, *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, II. Dans le même sens Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, qui conclut que « [l]a tension entre les intérêts [de la Puissance occupée et de la Puissance occupante] n'existe pas lorsque le gouvernement du territoire a consenti à la présence de forces étrangères. [...] Cette conclusion est cohérente avec le fait que le droit de l'occupation s'est développé en tant que partie du droit des conflits armés. », p. 109, nous traduisons.

⁴³⁰ La lecture du compte-rendu de la réunion d'experts convoquée par le Comité international de la Croix-Rouge est tout particulièrement éclairante de ce point de vue. Les experts ayant dès le débat relatif au début de l'occupation mis en avant des arguments très spécifiques à la question irakienne, par anticipation du débat qui aurait lieu ensuite quant à la fin de l'occupation, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, en particulier pp. 20 et 21. Voir également les développements sur ce point *infra*, Titre II, Chapitre I, Section III.

⁴³¹ Human Rights Watch, *Up in Flames : Humanitarian Law Violations and Civilian Victims in the Conflict over South Ossetia*, op. cit. note 399, p. 3003, § 16. Dans le même sens, voir Independent

qu'il aurait tout simplement pu être fait référence à l'article 42 du Règlement de La Haye *stricto sensu*.

Lorsqu'ils peuvent être constatés, ces éléments sont ceux qui permettent de conclure qu'une situation d'occupation a débuté. Ils permettent de considérer que la Puissance en cause exerce son autorité effective sur le territoire. La constatation de l'exercice de cette autorité, dans les modalités décrites ci-dessus, devrait donc en elle-même constituer le fait générateur du point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire de l'occupation. Cependant, les rédacteurs des Conventions de Genève de 1949, s'ils se sont appuyés sur le Règlement de La Haye dans leurs travaux, en auraient conçu une perception plus large, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire que ces éléments soient matériellement réunis pour que le droit de l'occupation contenu à la Section III du Titre III de la quatrième Convention de Genève commence à s'appliquer.

§ II. Le moment à partir duquel le droit international humanitaire relatif aux territoires occupés est applicable

A) *Une conception différenciée de la notion d'occupation dans la quatrième Convention de Genève, par rapport à la définition proposée par le Règlement de La Haye*

1) *Malgré une articulation entre les deux instruments qui semble claire au premier abord...*

Les règles applicables dans les territoires occupés se trouvent pour une part dans le Règlement de La Haye, qui énonce quatorze dispositions à la suite de la définition qu'il donne de cette situation, mais surtout en grande majorité dans la quatrième Convention de Genève, qui contient une section entièrement consacrée aux territoires occupés, et comprenant trente-deux articles⁴³².

Du point de vue de l'articulation entre ces deux instruments, trois éléments doivent être relevés. Premièrement, ces deux instruments emploient une expression analogue pour désigner une partie de leur champ d'application matériel, à savoir « territoires occupés ». Deuxièmement, chacune des Conventions de Genève contient une disposition relative à ses rapports avec les instruments de droit international humanitaire antérieurs pertinents ; ainsi

International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II, op. cit.* note 399, p. 304.

⁴³² À ces articles s'ajoutent les huit dispositions communes aux territoires occupés et aux territoires des parties au conflit contenues dans la Section I du Titre III de la quatrième Convention de Genève.

l'article 154 de la Convention IV précise que « [d]ans les rapports entre Puissances liées par la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qu'il s'agisse de celle du 29 juillet 1899 ou de celle du 18 octobre 1907, et qui participent à la présente Convention, celle-ci complètera les sections II et III du Règlement annexé aux susdites Conventions de La Haye. » Troisièmement, la quatrième Convention de Genève ne contient pas de définition de l'occupation qui lui serait propre. Par conséquent, à s'en tenir à une lecture littérale conjointe de ces deux instruments, il semblerait inévitable de conclure que les règles relatives aux territoires occupés de la quatrième Convention de Genève s'appliquent dès lors que ces territoires peuvent être considérés comme tels au terme du Règlement de La Haye⁴³³. Du reste, le commentaire de la quatrième Convention de Genève apporte la précision selon laquelle « [p]ar territoire occupé, il faut entendre un territoire ennemi sur lequel l'un des belligérants est parvenu à repousser l'armée de son adversaire et à établir son autorité. L'occupation peut s'étendre soit à l'ensemble du territoire d'un pays, soit seulement à une portion de celui-ci »⁴³⁴ ; ce qui n'est pas sans rappeler les éléments de définition posés dans le Règlement de La Haye. Dès lors, d'un point de vue temporel, tout concourt à fixer le moment à partir duquel les dispositions relatives aux territoires occupés contenues dans la quatrième Convention de Genève commencent à s'appliquer au moment où l'un des belligérants exerce son autorité au sens du Règlement de La Haye. Pourtant, malgré ces éléments concordants, il s'avère qu'il faille considérer que la quatrième Convention requiert une compréhension autonome du moment à partir duquel les dispositions relatives aux territoires occupés qu'elle contient sont applicables.⁴³⁵ La notion d'occupation admettrait donc deux acceptions

⁴³³ Dans l'Affaire *Naletilić*, Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a défendu ce point de vue, mais ne l'a ensuite finalement pas appliqué. En effet, dans un premier temps « [l]a Chambre estime que, bien que constituant une codification ultérieure des droits et obligations de la puissance occupante, la IV^e Convention de Genève n'a pas abrogé les dispositions du Règlement de La Haye en la matière. Ainsi, en l'absence d'une définition du terme « occupation » dans les Conventions de Genève, elle renvoie à la définition qu'en donne le Règlement de La Haye, tout en rappelant le caractère coutumier dudit Règlement. » Mais par la suite, affirme « [c]ependant, [que] le Commentaire de la IV^e Convention de Genève précise clairement que l'application du régime de l'occupation à une population civile diffère de son application dans le cadre de l'article 42 du Règlement de La Haye ». Aussi la Chambre considère d'abord que la définition de 1907 est valable pour les règles de 1949, mais finalement que ces dernières ont un domaine d'application distinct. TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, op. cit. note 44, respectivement § 215 et § 219.

⁴³⁴ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 175, nous soulignons.

⁴³⁵ En sens contraire, Michael BOTHE, « "Effective Control": A Situation Triggering the Application of the Law of Belligerent Occupation », background document, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, qui estime qu'en l'absence de définition dans la quatrième Convention de Genève « [i]l doit être assumé qu'elle se réfère au Règlement de La Haye qui constitue le droit coutumier », p. 37, nous traduisons. Voir également Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, p. 107 notamment, il répète son opposition vigoureuse à la théorie développée par Jean Pictet dans de nombreux autres endroits de sa contribution.

distinctes, celle du Règlement de La Haye et celle de la quatrième Convention de Genève. Il en résulte deux seuils d'application distincts⁴³⁶. Un certain nombre d'arguments viennent à l'appui de cette thèse.

- 2) *...la quatrième Convention de Genève introduirait une notion différenciée*
- a) Une conception plus large de la notion d'occupation dans la quatrième Convention de Genève

Le postulat de départ, pour les tenants de la théorie selon laquelle les dispositions de la quatrième Convention de Genève ont un domaine d'applicabilité *ratione temporis* autonome, réside dans le fait que « [r]estreindre la notion d'occupation dans les [Conventions de Genève] à une définition basée exclusivement sur le contrôle effectif limiterait la protection accordée et irait ainsi à l'encontre de l'objet même des Conventions. »⁴³⁷ Ce point de vue humanitariste est très largement invoqué lorsqu'il s'agit d'appliquer les Conventions de Genève de 1949. Chaque fois qu'un doute survient, l'interprétation qui devrait prévaloir devrait être celle qui est la plus favorable à la protection des personnes affectées par les conflits armés. Il est en effet indiscutable que les traités de droit international humanitaire sont non seulement ceux qui ont accordé les premiers une place si centrale à l'individu, mais encore ceux qui offrent le plus de prescriptions détaillées s'imposant aux États dans leurs relations avec des individus, dans un contexte de crise les plus extrêmes, à savoir les conflits armés. De même, il est incontestable que les motivations qui ont conduit à l'adoption de traités de droit international humanitaire ont toujours été la protection des personnes contre les effets de la guerre, comme le contexte dans lequel les Conventions de 1949 ont été adoptées s'inscrivait dans l'effacement des atrocités qu'elles pouvaient être amenées à subir. Enfin, aucun autre traité de droit international n'est aussi universellement agréé que les Conventions de Genève, ratifiées par cent quatre-vingt quatorze États, alors que les Nations unies compte à ce jour cent quatre-vingt treize États membres⁴³⁸ et généralement parmi les instruments auxquels accède un nouvel État consécutivement à sa reconnaissance en tant que tel. En ce sens, la protection et l'application la plus large possible des

⁴³⁶ Dans le même sens, Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, p. 45. Bien que peu explicite, la Mission d'établissement des faits relative au conflit entre la Russie et la Géorgie à propos de l'Ossétie du Sud semble se positionner dans un sens similaire, voir Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II*, op. cit. note 284.

⁴³⁷ Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, p. 63. Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », op. cit. note 343, § 6.

⁴³⁸ Chiffres actualisés au 15 août 2012.

Conventions de Genève sont les deux éléments sous-jacents au moment de s'interroger sur le sens des règles qu'elles contiennent.

Toutefois, les Conventions de Genève sont avant toute chose des traités de droit international auxquels s'appliquent les mêmes règles que pour tout autre traité de droit international. À cet égard, les règles relatives à l'interprétation contenues dans la Convention de Vienne sur le droit des traités commandent en tout premier lieu de lire le texte selon le sens ordinaire des mots. Les mots « territoires occupés » n'ayant en l'occurrence pas d'autre sens ordinaire que celui analysé au regard du Règlement de La Haye, il convient de poursuivre l'interprétation des termes tels qu'ils figurent dans la quatrième Convention de Genève à la lumière de l'objet et du but⁴³⁹ de cet instrument. Or si le but des Conventions de Genève est incontestablement la protection de la personne humaine, leur objet prend aussi en considération les contingences auxquelles une Puissance impliquée dans un conflit armé peut être confrontée. Il en résulte qu'il serait non seulement irréaliste mais surtout contraire à cet objet de faire exclusivement et systématiquement appel à ce besoin de protection pour exiger des États qu'ils respectent certaines des obligations qu'ils ont contractées en accédant aux Conventions de Genève. Aussi, à lui seul, l'argument protectionniste ne convainc pas entièrement, d'autant moins en l'occurrence que la référence au Règlement de La Haye de 1907 est explicite. Toutefois un argument contextuel, au moins, vient tempérer cette approche. En effet, à l'époque de l'adoption du Règlement de La Haye, les personnes civiles, bien que pouvant précisément être directement affectée par une situation d'occupation, étaient tout de même encore très majoritairement « laiss[e]s en dehors de la guerre »⁴⁴⁰. En ce sens, le Règlement de La Haye était avant tout un instrument « orienté principalement dans le sens de la préservation des intérêts de l'État occupé et de ses institutions »⁴⁴¹. Plus encore, à l'origine, tel que reflété dans la Règlement de La Haye, le droit de l'occupation « se concentrait sur le maintien des droits souverains de l'État évincé jusqu'à ce que les conditions de son retour soient agréées entre les belligérants. »⁴⁴² Il en allait cependant tout autrement en 1949 au moment de l'adoption des Conventions de Genève, lesquelles, et qui plus est la quatrième, s'inscrivent dans une logique visant toute entière « à obtenir la protection de la population aux mains de l'ennemi »⁴⁴³. Il est incontestable que les auteurs des

⁴³⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, article 31 paragraphe 1.

⁴⁴⁰ Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 12.

⁴⁴¹ Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, *op. cit.* note 350, p. 4.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 12, dans le même sens, Major Nicholas F. LANCASTER, « Occupation Law, Sovereignty, and Political Transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Conventions Still be Considered Customary International Law? », *op. cit.* note 343, p. 55.

Conventions de Genève entendaient « ajuster [le droit international humanitaire] en vue d'incorporer les nouvelles réalités de l'occupation, ce qui nécessitait, plus que dans le passé, de veiller à la préservation des intérêts des populations sous occupation. »⁴⁴⁴ Du reste, cette nouvelle philosophie participait d'une mouvance plus générale en ce sens. Ainsi lorsque trois ans plus tard la Convention des Nations unies sur le statut de réfugié était adoptée on a pu considérer similairement que « l'émergence de droits individuels sur la scène internationale a donné lieu au souci d'un contrôle sur les personnes plutôt que simplement sur le territoire »⁴⁴⁵. Par conséquent, dans l'analyse de l'articulation entre le Règlement de La Haye et la quatrième Convention de Genève c'est un élément qui pourrait justifier que des termes reçoivent un sens différent selon qu'ils se trouvent dans l'un ou l'autre des instruments à l'étude.

Par ailleurs, et peut être de façon plus convaincante encore, on pourrait avancer que les négociateurs des Conventions de Genève de 1949 aient eu explicitement l'intention de donner un sens différents aux mots « territoires occupés » dans la quatrième Convention de Genève pour justifier une différenciation avec le Règlement de La Haye. En effet, si l'on s'en tient à ce qui figure expressis verbis dans le texte de la quatrième Convention, les éléments susmentionnés invitent à considérer que les termes analogues – « territoires occupés » – employés dans les Conventions de Genève et le Règlement de La Haye, lus conjointement avec les précisions apportée par la quatrième Convention de Genève sur l'articulation entre ces deux instruments – à son article 154, tendent plutôt à l'extrême clarté. Il se justifie mal par conséquent qu'une interprétation différente ait pu émerger, à moins de considérer que les auteurs de la quatrième Convention de Genève aient entendu accorder un sens spécifique⁴⁴⁶ à l'expression « territoires occupés », divergent de celui qu'il convient de retenir en tant que sens ordinaire au terme du Règlement de La

⁴⁴⁴ Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 4. Robert Kolb résume de la manière suivante les différences de perspectives des deux instruments : « En un mot, d'un Règlement basé sur une philosophie interétatique et de réglementation minimale succède une Convention fondée sur une philosophie de droits de la personne humaine et de réglementation maximale. Ces différences doivent être tenues présentes lorsqu'on parcourt les droits et obligations spécifiques de ces deux textes. », Robert KOLB, « Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IVème Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, pp. 267-321, p. 271. Dans le même sens, Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, op. cit. note 393, : « Si les rédacteurs du Règlement de La Haye cherchaient tout autant à sauvegarder les droits de l'État dont le territoire est occupé que de protéger ses habitants, les auteurs de la quatrième Convention de Genève ont voulu garantir la protection des civils (« personnes protégées ») en temps de guerre, sans égard au statut des territoires occupés. », § 275, notes de bas de page omises.

⁴⁴⁵ Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *Yale Law Journal*, vol. 83, 1973, pp. 358-384, p. 370.

⁴⁴⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, article 31 paragraphe 4 : « Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

Haye. Or, c'est précisément ce que laisse supposer, en particulier, le commentaire de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève relatif à son applicabilité dans le temps. En effet, celui-ci explique que « par le mot « occupation » l'article se réfère à une notion plus large que celle qui fait l'objet de l'article 42 du Règlement annexé à la IV^e Convention de La Haye de 1907 »⁴⁴⁷. Autrement dit, si le Règlement de La Haye continue de faire référence, la quatrième Convention de Genève s'en affranchirait, dans une certaine mesure, pour élaborer une conception plus étendue de la notion. En fait, ce serait même bien plus que cela puisque le commentaire ajoute cette précision fondamentale et déterminante : « **Pour les individus, l'application de la IV^e Convention de Genève est indépendante de l'existence d'un état d'occupation** au sens de cet article 42. »⁴⁴⁸ Il en résulte que les critères issus du Règlement de La Haye continueront de permettre de fixer le moment à partir duquel un état d'occupation existe, mais que les dispositions de la quatrième Convention de Genève relatives aux territoires occupés commenceraient à s'appliquer indépendamment de la caractérisation éventuelle de cette situation. Certes, au regard des travaux préparatoires, il peut se dégager, à tout le moins incidemment, que les auteurs des Conventions de Genève de 1949 aient entendu se distancer du Règlement de La Haye. Il est par exemple intéressant de relever que le délégué du Royaume-Uni, au moment de procéder à l'adoption du rapport qui devait être présenté à l'Assemblée plénière en vue des discussions finales qui allaient conduire à l'adoption des Conventions de Genève, prend la parole aux fins de faire consigner au compte-rendu que sa délégation était dans l'attente d'instructions de sa capitale mais « *que toutes propositions pour cet article [l'article 6 actuel de la quatrième Convention de Genève] qui sont inconsistantes avec l'occupation entendue dans cette Convention comme étant différente de l'occupation au sens du Règlement de La Haye, sont inacceptables* »⁴⁴⁹ et se voit ainsi dans l'obligation de réserver sa position. Ceci tendrait à confirmer que les négociateurs avaient une conception de l'occupation qui s'écarterait de celle que prévoyait jusqu'alors le Règlement de La Haye.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 67.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, nous soulignons.

⁴⁴⁹ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, 8 juillet 1949, p. 8.

⁴⁵⁰ Marten Zwanenburg affirme au contraire qu'« *il n'y a rien dans les travaux préparatoires des Conventions de Genève qui suggèrent que les rédacteurs avaient l'intention de s'écarter radicalement de la notion précédemment agréée d'occupation.* », Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, p. 108, nous traduisons.

b) Un champ d'application temporel distinct

i) L'approche fonctionnelle

De façon encore plus éloquente, c'est la suite du commentaire relatif à l'article 6 qui introduit explicitement un champ d'application temporel distinct de celui établi par le Règlement de La Haye pour les dispositions relatives aux territoires occupés énoncées dans la quatrième Convention de Genève. Celui-ci considère en effet que « *[I]les rapports entre la population civile d'un territoire et la troupe qui avance sur ce territoire, en combattant ou non, sont régis par la présente Convention. Il n'y a pas de période intermédiaire entre ce que l'on pourrait appeler la phase d'invasion et l'installation d'un régime d'occupation stable. Même une patrouille qui pénétrerait en territoire ennemi, sans avoir l'intention de s'y maintenir, doit respecter la Convention à l'égard des personnes civiles qu'elle rencontrerait. Elle ne saurait par exemple emmener avec elle des personnes civiles en se retirant. Un tel acte serait en contradiction avec l'article 49, qui prohibe les déportations et les transferts forcés hors du territoire occupé. Il en va de même pour les raids qui seraient faits sur le territoire de l'ennemi ou sur ses côtes. La Convention est formelle : toutes les personnes qui se trouvent au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes sont des personnes protégées. Il n'y a pas de lacune dans le système établi par la Convention.* »⁴⁵¹ Il en résulte que toute incursion armée en territoire ennemi déclencherait l'application de la Convention dans son ensemble ; y compris l'application de la section spécifiquement relative aux territoires occupés, notamment. Cette assertion va donc considérablement plus loin que la seule affirmation selon laquelle la quatrième Convention aurait une acception plus large que le Règlement de La Haye de la notion d'occupation. S'en tenir à cela supposerait en effet simplement que les règles relatives aux territoires occupés de la quatrième Convention s'appliqueraient dans des circonstances recevant la qualification d'occupation au sens de la quatrième Convention de Genève, sens qui serait plus large que celui émanant du Règlement de La Haye. Mais l'ajout susmentionné implique en réalité que la Convention s'applique dans son intégralité indépendamment de toute qualification de la situation en tant qu'occupation⁴⁵², sauf à considérer que tout soldat ennemi qui pénètre sur un

⁴⁵¹ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p.67.

⁴⁵² On pourrait dès lors se poser la question de la pertinence de continuer de distinguer en droit international humanitaire entre deux qualifications, à savoir le conflit armé international d'une part et l'occupation d'autre part, puisque la quatrième Convention de Genève est intégralement applicable dans les deux cas. Il subsiste néanmoins une raison de le faire. Elle réside dans le fait que cette Convention différencie entre le droit que doit respecter une Puissance sur le territoire qu'elle occupe et le droit qu'elle doit respecter sur son propre territoire. Si un État occupe un territoire, sur ce territoire il doit appliquer les règles relatives aux territoires occupés, mais il doit de surcroît également respecter un certain nombre d'autres obligations sur son propre territoire. Dans le cas du déploiement de l'armée américaine en Irak en 2003, par exemple, les États-Unis, dès lors qu'ils se trouvent en territoire irakien, doivent respecter toutes les règles relatives aux territoires

territoire occupe la portion dudit territoire sur laquelle il exerce un contrôle tel qu'il lui permette d'établir son autorité. La définition du Règlement de La Haye se trouverait donc fractionnée ; au lieu de considérer l'armée comme un tout capable d'exercer son autorité, chaque combattant qui en fait partie exercerait une fraction de cette autorité dès lors qu'il se trouverait en territoire ennemi.

La jurisprudence récente du Tribunal Pénal pour l'Ex-Yougoslavie semble aller dans le même sens⁴⁵³. En effet, cette juridiction a eu l'occasion de « reconnaît[re] que l'application du régime de l'occupation à des "individus", c'est-à-dire des civils protégés par la IV^e Convention de Genève, n'exige [...] pas que la puissance occupante exerce une autorité effective. S'agissant des droits de ces individus, l'état d'occupation existe dès lors qu'ils se trouvent « au pouvoir de la puissance occupante ». Si tel n'était pas le cas, les civils bénéficieraient provisoirement d'une protection moindre que celle à laquelle ils auraient droit une fois établie l'occupation. »⁴⁵⁴ Appliquant en cela à la lettre la pétition de principe formulée dans le commentaire de la quatrième Convention de Genève, le Tribunal entérine que le critère déterminant pour l'applicabilité de la Section III de cet instrument est celui du statut de la personne⁴⁵⁵. À cet égard, il convient de

occupés sur le territoire irakien, mais doivent également dès ce moment respecter certaines autres règles sur le territoire américain à l'égard d'irakiens, par exemple, à l'encontre desquels ils entendraient prendre des mesures restrictives de liberté.

⁴⁵³ Le Tribunal l'énonce d'ailleurs expressément au paragraphe 219 de l'arrêt Naletilić : « l'application du régime de l'occupation à une population civile [aux termes de la 4^{ème} CG] diffère de son application dans le cadre de l'article 42 du Règlement de La Haye. », TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, op. cit. note 44.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, § 221. Pour une partie de la doctrine au moins, le fait que le Tribunal reprenne à son compte l'interprétation proposée par le commentaire de la quatrième Convention de Genève serait le signe de l'émergence d'une *opinio juris* en ce sens, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 26.

⁴⁵⁵ Dans le même sens, Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, estiment que : « Dans le [Règlement de La Haye], la notion de contrôle effectif est donc définie dans sa dimension spatiale, alors que dans [la quatrième Convention de Genève] sa portée personnelle est mise en avant. En d'autres termes, dans l'approche fonctionnelle du CICR prévaut la relation de pouvoir entre une Puissance et une personne protégée, plutôt que la situation territoriale dans laquelle cette relation se développe. », p. 144, ce qui revient à dire que le statut du territoire importe peu au regard de l'applicabilité de la troisième section de la quatrième Convention de Genève. Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 24. La Mission d'établissement des faits relativement à l'Opération Plomb durci menée par l'armée israélienne à Gaza fin 2008, début 2009, adopte également cette position. Toutefois, si elle relève la distinction opérée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, elle fait ensuite un amalgame total entre les conditions posées par le Règlement de La Haye et l'approche adoptée par la quatrième Convention de Genève pour conclure que « Israël exerçait un contrôle effectif dans la bande de Gaza », donc sur le territoire et justifier de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève. Or, l'Opération Plomb durci elle-même questionne la persistance de l'occupation sur le territoire au sens du Règlement de La Haye, ce qui selon le point de vue adopté sur l'interaction entre le Règlement de La Haye et la quatrième Convention de Genève, que la Mission rappelle elle-même, ne fait pas obstacle à l'applicabilité de la quatrième Convention dans toutes ses dispositions. Voir Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en*

relever que le Tribunal fait une distinction supplémentaire. La Chambre doit se prononcer sur la destruction de maisons dans deux localités. Après avoir constaté que ces maisons ne bénéficiaient pas d'une protection spécifique au terme des Conventions de Genève, elle recherche si le territoire sur lequel elles se trouvaient pouvait être considéré comme un territoire occupé, afin de déterminer si leur destruction était illégale ou non. Pour ce faire, elle constate qu'il « n'a pas été démontré que des biens avaient été détruits après le 23 avril 1993, c'est-à-dire après l'occupation du secteur »⁴⁵⁶ ; elle en conclut que les destructions en cause ne constituaient pas en l'espèce des infractions graves aux Conventions de Genève. Ainsi, selon le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie il faut distinguer entre deux catégories : les biens et les personnes. Les premiers ne sont protégés qu'une fois l'occupation établie, les seconds sont protégés fonctionnellement. La notion d'« autorité effective » ne serait donc pertinente que pour ce qui concerne les biens, les personnes étant de toute façon protégées « quel que soit le stade des hostilités », pourvu qu'elles se trouvent au pouvoir de l'ennemi et sur un territoire tombé sous le contrôle d'un belligérant au cours d'un conflit armé.⁴⁵⁷

ii) L'applicabilité des règles relatives aux territoires occupés dès la phase d'invasion

Cette interprétation novatrice et extensive a trouvé un large écho, en particulier en doctrine⁴⁵⁸. Laquelle d'ailleurs semble même franchir un pas supplémentaire, dans la mesure où la conclusion majoritaire actuelle va dans le sens d'une application des règles relatives aux territoires occupés dès la phase d'invasion.⁴⁵⁹ Le commentaire de l'article 6 de la quatrième Convention

Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza, op. cit. note 393, §§ 70 et s.

⁴⁵⁶ TPIY, *Le Procureur c. Naletilić and Martinović*, op. cit. note 44, § 587.

⁴⁵⁷ Dans le même sens, Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, pp. 145-146.

⁴⁵⁸ « Bien que certains experts aient souligné la difficulté d'identifier avec exactitude la base légale de la « théorie de Pictet » [c'est-à-dire du nom de l'auteur du commentaire débattu dans ces lignes], la grande majorité des participants a montré une certaine empathie pour l'application de la quatrième Convention de Genève au-delà de la limite [across the board] et a favorisé son application dans les situations d'invasion à titre juridique ou d'opportunité politique [as a matter of law or policy] », Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, pp. 24-25, nous traduisons. Pour rappel, treize experts internationaux renommés pour leur intérêt en la matière ont participé à cette réunion, voir *supra*, note 373. Il convient toutefois de mentionner que trois experts au moins se sont fermement opposés à cette théorie allant jusqu'à considérer qu'elle portait atteinte à l'intégrité du droit international humanitaire, *ibid.*, en particulier pp. 25 et 26.

⁴⁵⁹ Lors de la réunion d'experts organisée par le Comité international de la Croix-Rouge sur ce thème, toutes les personnes qui se sont exprimées ont presque unanimement convenu que le droit de l'occupation s'appliquait dès la phase d'invasion. Voir en ce sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 10. Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit.

de Genève mentionne effectivement la phase d'invasion, mais pour estimer qu'il n'y a pas de « période intermédiaire *entre* [...] la phase d'invasion et l'installation d'un régime d'occupation stable »⁴⁶⁰. Aussi, cette phrase peut laisser planer un doute⁴⁶¹. Les commentateurs distinguaient-ils entre l'invasion et l'occupation mais estimait que l'éventuel laps de temps qui pourrait s'appliquer entre les deux était couvert par les règles relatives aux territoires occupés ? Ou considéraient-ils que déjà pendant la phase d'invasion l'ensemble de la Convention devait s'appliquer ? Quoi qu'il en soit, l'interprétation qui prévaut aujourd'hui est celle selon laquelle les dispositions relatives aux territoires occupés s'appliquent même pendant l'invasion.⁴⁶² Dans cette hypothèse cela ne signifie pas nécessairement que la définition de l'occupation établie par le Règlement de La Haye n'a plus de raison d'être. Quelle que soit la conception que l'on veuille retenir de ce que recouvre la notion d'occupation, ce qu'il faut désormais accepter c'est que les règles

note 349, mentionnent cet état de fait, manuel militaire américain à l'appui. S'ils commencent par regretter cette approche qui fait perdre au droit de sa prévisibilité pp. 141-142, ils concluent cependant que c'est la solution qu'il vaut mieux retenir, pp. 148-149. Françoise Bouchet-Saulnier distingue au contraire encore entre les deux phases. Selon elle, « [i]l est possible que l'autorité des forces d'occupation ne parvienne pas à s'établir ni à s'exercer, du fait des actes de violence commis par les combattants adverses contre les forces d'occupation. Le droit humanitaire ne parle plus alors de territoire occupé, mais de territoire envahi. Les règles qui lui sont applicables sont celles du champ de bataille, c'est-à-dire les règles générales du droit des conflits armés », Françoise BOUCHET-SAULNIER, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 1998, 420 p., p. 365. Il faut également relever ce passage de l'arrêt *Tadić*, citant une référence datée et qui sera dédit par la jurisprudence ultérieure : « Dans le territoire envahi qui n'est pas encore effectivement occupé, l'envahisseur est tenu simplement par les limites qu'imposent les règles de la guerre stricto sensu. La protection à laquelle peut prétendre la population civile dans ces régions en vertu du droit international coutumier repose sur l'application continue en leur faveur des normes civilisées dans toutes les questions qui ne s'opposent pas aux impératifs de la guerre. », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, op. cit. note 237, § 580. Mais voir TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias "Tuta" et Vinko Martinović alias "Stela"*, op. cit. note 44 : « La Chambre reconnaît que l'application du régime de l'occupation à des « individus », c'est-à-dire des civils protégés par la IVe Convention de Genève, n'exige donc pas que la puissance occupante exerce une autorité effective. », § 221. Voir aussi Marten ZWANENBURG, Michael BOTHE and Marco SASSOLI, « Is the law of occupation applicable to the invasion phase? », op. cit. note 354.

⁴⁶⁰ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, p.67, nous soulignons.

⁴⁶¹ Ce doute est d'autant plus persistant que le commentaire du premier Protocole additionnel maintient fermement une distinction entre la phase d'invasion et la phase d'occupation proprement dite. Il affirme en effet « [q]u'une invasion se soit transformée en occupation, c'est là une question de fait. Le terme invasion implique une opération militaire, tandis qu'une occupation signifie l'exercice de l'autorité gouvernementale en lieu et place du gouvernement légal. Cela présuppose la destruction de toute résistance organisée et l'établissement d'une administration destinée à assurer l'ordre et à faire respecter la loi. (48) », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 538, § 1699.

⁴⁶² Voir en ce sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 10.

relatives aux territoires occupés s'appliquent dès lors qu'une armée ennemie se trouve en position d'appliquer la quatrième Convention de Genève.⁴⁶³

La doctrine militaire fournit un indicateur intéressant quant à cette conception. Les manuels militaires tant américain que britannique, par exemple⁴⁶⁴, bien que fidèles à la définition proposée dans le Règlement de La Haye, concédaient que les règles relatives aux territoires occupés s'appliquaient dès la phase d'invasion. Ils considéraient que le droit de l'occupation trouvait à s'appliquer avant que la situation ne soit stabilisée. On peut d'ailleurs toujours lire dans le manuel militaire américain que « [l]es règles énoncées dans ce chapitre [relatif à l'occupation] s'appliquent en tant que telles seulement dans les zones occupées de façon belligérante, mais elles devraient, à titre de politique [le texte emploie la formule dont il est difficile de trouver un équivalent exact en français : « *as a matter of policy* »], être observées autant que possible dans les zones au travers desquelles les troupes passent et même sur le champ de bataille. »⁴⁶⁵ Mais le manuel britannique qui contenait en substance la même affirmation n'aborde plus cette possibilité dans sa dernière version révisée⁴⁶⁶. À l'aune de l'implication qui a été la sienne dans le conflit irakien, il est révélateur que cet État tente de restreindre le champ de ses obligations au regard du droit international humanitaire pour ce qui concerne l'occupation.

La Commission chargée du différend entre l'Érythrée et l'Éthiopie a également été amenée à se prononcer sur le moment à partir duquel le droit relatif aux territoires occupés commence à s'appliquer. Sa conclusion est la suivante : « *D'une part, il est clair qu'une zone où des combats sont en cours et où les forces attaquantes n'ont pas encore assis leur emprise ne saurait en principe être considérée comme occupée au sens des Conventions de Genève de 1949. D'autre part, lorsqu'il n'y a pas de combats dans une zone qui se trouve, ne serait-ce que pour quelques jours, sous l'emprise des forces armées d'une Puissance hostile, la Commission est d'avis que les règles juridiques applicables aux territoires occupés*

⁴⁶³ Voir en ce sens Knut DÖRMANN & Laurent COLASSIS, « International Humanitarian Law in the Iraq Conflict », *op. cit.* note 358 : « [b]ien que strictement parlant, les forces armées de certains de ces États n'exerçaient probablement pas leur autorité sur le territoire au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye, elles pouvaient se trouver dans une situation dans laquelle elles exerçaient un contrôle sur des personnes protégées et, en interagissant avec ces personnes, devaient respecter le droit de l'occupation », p. 304, nous traduisons.

⁴⁶⁴ Ces deux exemples ne sont pas l'objet du hasard, ces deux États ont été récemment impliqués dans des situations controversées pour lesquelles la caractérisation de l'occupation faisait partie du débat.

⁴⁶⁵ Department of the Army, *The Law of Land Warfare, Field Manual No 27-10*, 18 July 1956, disponible en ligne sur : <http://faculty.ed.umuc.edu/~nstanton/FM27-10.htm>, dernier accès le 9 juillet 2010, § 352, b).

⁴⁶⁶ L'ancienne version du manuel britannique prévoyait : « *Bien que les règles discutées ici s'appliquent en premier lieu en "territoire occupé", elles devraient néanmoins être observées autant que possible dans les zones dans lesquelles des troupes passent et même sur le champ de bataille.* », The war Office, *The Law of war on Land, being Part III of the Manual of Military Law*, London, His Majesty's Stationery Office, 1958, p. 141, § 501, note 1. Tout au contraire, le paragraphe 11.8 de la dernière version de ce manuel prévoit que : « *Le droit des conflits armés s'applique dès le début d'une occupation et continue de s'appliquer jusqu'à ce que l'occupation se termine.* », UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op.cit.* note 88, p. 277, § 11.8.

devraient s'appliquer.»⁴⁶⁷ Au regard de ce qui précède, cette affirmation peut sembler quelque peu confuse, tant elle fait appel à des éléments de la définition contenue dans le Règlement de La Haye tout en se référant expressément aux Conventions de Genève. En réalité, elle se situe à mi-chemin entre les exigences posées par l'article 42 du Règlement de La Haye et la souplesse avec laquelle il convient d'interpréter la quatrième Convention de Genève lorsque cette dernière s'intéresse aux territoires occupés. Ainsi, selon la Commission les règles relatives aux territoires occupés ne peuvent pas s'appliquer déjà pendant la phase d'invasion en tant que telle ; en revanche, elles doivent être mises en œuvre au plus vite dès que la Puissance en cause a minimalement pris le contrôle du territoire, ce qui peut se produire en quelques jours seulement, selon son appréciation.⁴⁶⁸ Alors que l'articulation entre le Règlement de La Haye et la quatrième Convention de Genève est pour le moins complexe à propos des territoires occupés, il est regrettable que la Commission ait choisit une troisième voie ajoutant en cela plus de troubles qu'elle ne résout de problèmes.⁴⁶⁹

B) *Le moment à partir duquel chacune des dispositions contenue à la section spécifiquement relative aux territoires occupés de la quatrième Convention est applicable*

Dès lors que l'on accepte que les règles relatives aux territoires occupés peuvent trouver à s'appliquer avant même que la situation puisse être qualifiée d'occupation au sens du Règlement de La Haye, une nouvelle difficulté émerge. Il suffit de lire les unes à la suite des autres les dispositions figurant dans la section spécifiquement relative aux territoires occupés pour se rendre à l'évidence. Il est exclu d'exiger que la « Puissance occupante » doive

⁴⁶⁷ Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, between The State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia*, The Hague, April 28, 2004, § 57, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 169, Érythrée/Éthiopie, Sentences relatives à l'occupation, pp. 1774-1782, pp. 1777-1778.

⁴⁶⁸ Dans le même sens, Daniel THÜRER & Malcom McLAREN, « "Ius post bellum" in Iraq: a challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law ? », in. Klaus DICK, Stephan HOBE, Karl U. MEYN, Anne PETERS, Eibe Riedel RIEDEL, Hans J. SCHÜTZ & Christian TIETJE (eds), *Weltinnenrecht : liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, 945 p., pp. 753-782.

⁴⁶⁹ Voir Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, qui, après avoir constaté que cette décision « nuancée » opère une sorte de « conciliat[ion] » dans la mesure où en statuant ainsi la Commission « ménage[rait] ici la possibilité d'une exception équitable et résister[ait] à la tentation de figer le droit » soulèvent deux lacunes inacceptables, à savoir la création d'« une dose d'incertitude du droit » par l'emploi de l'expression vague « quelques jours » et la création d'« une brèche dans la protection », puisque ce *dictum* laisse la population sans la protection du droit international de l'occupation « dans les tous premiers jours de la présence de la puissance ennemie dans le cas où il n'y a pas de résistance armée », pp. 147-148, l'emphase est de l'original.

toutes les respecter si cette « Puissance » se résume à l'incursion de un ou quelques soldats seulement sur le territoire ou plus généralement pendant la phase d'invasion, alors que l'autorité de la Puissance n'est pas encore effective⁴⁷⁰. Le commentaire de l'article 6 de la quatrième Convention est d'ailleurs explicite sur ce point, lorsqu'il affirme que « [c]ertaines des dispositions de la Convention trouvent immédiatement application, par exemple celles de l'article 136 [sic, cette disposition ne figure pas dans la section relative aux territoires occupés], qui a trait à l'établissement d'un Bureau officiel de renseignements. En revanche, d'autres dispositions supposent une présence assez prolongée des autorités d'occupation, par exemple les articles 52, 55, 56, de même que les articles 59 à 62. Mais toutes les dispositions qui ont trait aux droits dont jouissent les personnes protégées et au traitement qui doit leur être réservé s'appliquent sans délai et indépendamment de la durée de l'occupation. Ainsi, une troupe qui avance en pays ennemi ne pourrait en aucun cas procéder à l'exécution sans jugement d'un civil, quel que soit le crime commis par lui. Cet individu doit être jugé selon les articles 64 et suivants. »⁴⁷¹ Il en résulte que certaines dispositions seraient applicables indépendamment de la qualification de la situation. Travaillant à établir à partir de quand le droit international humanitaire s'applique, et en l'occurrence à partir de quand les règles relatives aux territoires occupés seraient effectives, pour chacune des dispositions de la Section III de la quatrième Convention de Genève, il sera ci-après recherché à partir de quand l'obligation qu'elle contient serait opposable à la « Puissance occupante ». Pour ce faire il sera examiné si elles établissent la jouissance d'un droit ou si elles sont relatives au traitement des personnes protégées, en même temps qu'elles ne nécessitent pas que la Puissance « occupante » ait établi son autorité de façon déterminante pour pouvoir assurer leur réalisation.⁴⁷² Le pragmatisme du droit international humanitaire impose en effet de veiller à ce que sa mise en œuvre soit possible.⁴⁷³ La plupart du temps cela reviendra à observer que la

⁴⁷⁰ Dans le même sens, Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, pp. 145-146. Voir également, Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, between The State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, The Hague, December 19, 2005, § 27.

⁴⁷¹ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, pp. 67-68, nous soulignons.

⁴⁷² Sans qu'ils aient procédé à l'identification au cas par cas des dispositions applicables dès la phase d'invasion, les experts présents à la réunion conviée par le Comité international de la Croix-Rouge ont unanimement considéré qu'il fallait distinguer entre celles dont on pouvait exiger la réalisation par la Puissance en cause et les autres. Pour ce faire, ils proposent que « [l]a réalisation d'obligations positives et liés à une fonction de gouvernance serait basé sur le niveau de contrôle exercé, les contraintes prévalant dans une situation d'invasion, et les ressources à la disposition des forces étrangères. », Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 25.

⁴⁷³ Dans le même sens, Daniel THÜRER & Malcom MCLAREN, « "Ius post bellum" in Iraq: a challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law ? », op. cit. 468, p. 758.

disposition en cause exige seulement une abstention et non la mise en place de mesures spécifiques nécessaires à son exécution.

Article 47 : cet article est tout entier relatif à l'« intangibilité des droits »⁴⁷⁴, il est donc *per se* applicable immédiatement. Ainsi, ni un changement même temporaire et préliminaire à l'établissement de l'autorité occupante, ni un quelconque accord qui remettrait en cause les droits des personnes protégées, ne peuvent jamais intervenir. Il s'agit d'une clause de sauvegarde.

Article 48 : il est prévu que les personnes protégées non ressortissantes de la Puissance occupée pourront se prévaloir du droit de quitter le territoire. S'agissant de la jouissance d'un droit, cette disposition est applicable dès la phase d'invasion. On notera également qu'elle n'exige pas que de quelconques mesures soient prises. Effectivement, on ne voit pas pourquoi un étranger pourrait avoir le droit de quitter le territoire une fois l'occupation caractérisée et pas avant. Par ailleurs, cet article renvoie à l'article 35 quant à la procédure, disposition applicable sans conteste en tout temps dans un conflit armé international, puisque figurant à la Section II – Étrangers sur le territoire d'une Partie au conflit, ce qui confirme l'applicabilité de l'article 48 sans délai : l'applicabilité temporelle de la substance du droit dont il est question ne saurait être moindre que celle de la procédure permettant sa mise en œuvre.

Article 49 : cette disposition, s'il en est, est sans doute la moins controversée en la matière. En effet, elle est précisément citée en exemple par Jean Pictet dans son commentaire de l'article 6 pour justifier de l'applicabilité de la quatrième Convention dès la phase d'invasion. Selon ce commentaire, il serait incontesté que cet article est d'applicabilité immédiate. Son contenu le confirme. En effet, elle pose d'une part une interdiction et donc confère un droit aux personnes protégées ; celui de ne pas être transférées ou déportées hors du territoire occupé⁴⁷⁵, et décrit d'autre part le traitement dont doivent bénéficier ces personnes en cas de transfert à l'intérieur du territoire occupé – celui-ci permis si les circonstances l'exigent. À l'appui de cette assertion on peut d'ailleurs noter que le deuxième alinéa de cet article prévoit que « *[l]a population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin.* » Étant entendu que les mesures d'évacuation pouvant être prises ont pour but de protéger les personnes des effets des hostilités, nul doute qu'elles trouvent à s'appliquer même si l'autorité de la Puissance ennemie est encore insuffisante pour qu'elle puisse être qualifiée de « Puissance occupante » ; si des hostilités sont en cours, il y a de fortes chances

⁴⁷⁴ Il vise très précisément à ce que « *les interventions opérées dans l'organisation interne de l'État n'aient pas pour effet de priver les personnes protégées des droits et garanties créés en leur faveur* », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 295.

⁴⁷⁵ Il convient d'ajouter dans le même sens que l'alinéa 5 de cette disposition confère en plus aux personnes protégées le droit de se déplacer ; il est applicable par conséquent dans les mêmes conditions.

pour que la maîtrise du territoire ne soit pas (encore) pleine et entière. De même, le troisième alinéa dispose que « *les membres d'une même famille ne [doivent] pas [être] séparés les uns des autres* », or cette exigence « *complète fort opportunément celle de l'article 27, qui oblige, d'une manière générale, les Parties au conflit à respecter les droits de la famille* »⁴⁷⁶. Enfin, si le dernier alinéa de cet article, qui interdit à la Puissance occupante de transférer une partie de sa propre population sur le territoire occupé, n'est pas exactement relatif à la jouissance d'un droit ou au traitement des personnes, il doit toutefois être mis en œuvre dès la phase d'invasion en tant que partie de cette disposition plus générale. Il ne serait d'ailleurs pas justifiable que cette possibilité n'existe pas une fois l'occupation établie mais qu'elle puisse se présenter avant. Plus encore, une applicabilité limitée à l'occupation *stricto sensu* conduirait à une situation absurde : des personnes ressortissantes de l'État adverse pourraient s'établir durant la phase d'invasion – on ne voit toutefois pas quel en serait l'intérêt ni la finalité dans cette phase précaire – mais devraient ensuite quitter le territoire dès qu'il serait considéré comme « occupé ». Cette interdiction ne nécessite pas en outre que la « Puissance occupante » ait assis suffisamment et durablement son autorité pour qu'elle puisse être respectée, il n'y a donc aucune justification possible à son non applicabilité pendant la phase d'invasion.

Article 50 : cet article est tout entier consacré à la « *sauvegarde de l'enfance* »⁴⁷⁷. Il n'est pas nécessaire ici de rechercher si cette disposition confère un droit ou est relative au traitement des enfants pour déterminer son applicabilité ou non dès la phase d'invasion. En effet, cet article reprend pour l'étoffer l'article 24 de la même Convention qui se trouve sous le Titre II – Protection générale des populations contre certains effets de la guerre. Ainsi, les enfants bénéficient d'une protection qui leur est propre, en tout temps au cours d'un conflit armé, phase d'invasion explicitement incluse. L'article 50 ne fait donc qu'apporter des précisions supplémentaires spécifiques au fait qu'un territoire est occupé, c'est-à-dire au fait qu'une nouvelle autorité s'exerce sur le territoire. Le contenu de l'article le confirme. Pour ce qui concerne l'alinéa premier et l'alinéa 3, un certain degré d'autorité est requis pour qu'ils puissent être pleinement mis en œuvre. En effet, pour qu'une Puissance, quelle qu'elle soit, soit en mesure d'assurer le « *bon fonctionnement [d']établissements consacrés aux soins et à l'éducation* »⁴⁷⁸, il est évident qu'il faut qu'elle soit en mesure d'exercer un certain niveau d'autorité : comment donner des directives pour le fonctionnement d'un établissement si l'on ne contrôle pas le territoire sur

⁴⁷⁶ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, p. 303, nous soulignons. Le commentaire précise en outre que : « *[La dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article 49] s'inspire du même esprit que les articles 25, 26 et 82, en vue de conserver ou de rétablir les liens familiaux* », dispositions applicables en dehors des cas d'occupation.

⁴⁷⁷ Selon les termes du commentaire de cette disposition. *Ibid.*, p. 306.

⁴⁷⁸ Article 50 al. 1.

lequel il se trouve ? D'autant plus que « *l'occupant est tenu non seulement de ne pas entraver cette activité, mais encore de la soutenir activement, voire de l'encourager, si les autorités nationales responsables sont défaillantes* »⁴⁷⁹. En outre, cette obligation est conjointe à la Puissance occupante et aux « *autorités nationales et locales* »⁴⁸⁰, or, pour que les deux Parties soient en mesure de se mettre d'accord sur ce point, on conçoit aisément qu'il faudra qu'elles aient dépassé le cœur des affrontements. Il en va de même pour que l'on puisse considérer que la Puissance ennemie soit en capacité de « *prendre des dispositions pour assurer l'entretien et l'éducation [...] des enfants orphelins et séparés* »⁴⁸¹. Les alinéas 2 et 4 précisent quant à eux une exigence qui existe au dernier alinéa de l'article 24, c'est-à-dire quel que soit le moment où l'on se place au cours d'un conflit armé. Il convient donc de considérer qu'ils ont été spécifiquement élaborés pour les situations d'occupation, une fois celles-ci caractérisées. En effet, alors que l'article 50 précise que l'occupant devra « *prendre[e] toutes les mesures nécessaires pour faciliter l'identification des enfants et l'enregistrement de leur filiation* »⁴⁸² et que cette procédure relèvera des bureaux nationaux mis en place conformément à l'article 136⁴⁸³, l'article 24 prévoit que « *[les Parties au conflit] s'efforceront de prendre les mesures nécessaires pour que tous les enfants de moins de douze ans puissent être identifiés* »⁴⁸⁴. L'alinéa 5 enfin contient en lui-même une applicabilité spécifique à l'état d'occupation caractérisée, puisqu'il a pour but de sauvegarder les mesures prises *avant* qu'elle ne se produise.

Article 51 : cette disposition a pour buts d'une part d'interdire l'enrôlement forcé (alinéa 1) et d'autre part de réglementer les conditions dans lesquelles les personnes protégées peuvent être astreintes à travailler pour la Puissance occupante (alinéa 2 à 4). Les prescriptions énoncées par ces différents alinéas

⁴⁷⁹ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 308, nous soulignons. On notera d'ailleurs que pour constater que les autorités originelles sont « défaillantes » il est nécessaire d'avoir dépassé le stade des hostilités préalable à l'instauration de l'état d'occupation. Au cœur des affrontements, elles le seront par nature et ce serait faire peser une responsabilité démesurée sur l'attaquant que d'exiger qu'il s'y substitue pendant la phase des combats.

⁴⁸⁰ Article 50 al. 1.

⁴⁸¹ Article 50 al. 3.

⁴⁸² Article 50 al. 2.

⁴⁸³ À cet égard il faut souligner que cette précision a pour objet de solliciter le « *concours actif de la Puissance occupante [...] dans les cas où les autorités nationales n'arriveraient pas à déterminer l'identification exacte* », selon Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 311, ce qui sous-entend que le transfert d'autorité requis pour la qualification d'occupation a déjà eu lieu.

⁴⁸⁴ Article 24 al. 3. Le commentaire de l'article 50 al. 3 précise d'ailleurs que : « *La présente disposition a pour but de préciser la situation de ces enfants lorsque le territoire sur lequel ils se trouvent est occupé. Elle prévoit expressément que, même dans le cas de l'occupation, c'est aux autorités nationales, implicitement désignées par l'article 24, que revient en premier lieu la responsabilité du sort des enfants privés de leurs protecteurs naturels.* » Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 310.

sont valables dès le déclenchement du conflit. En effet, une Puissance peut être en mesure de faire travailler des personnes pour son compte avant que le plein exercice de son autorité soit établi. Il faut par ailleurs noter qu'il est sans incidence que l'alinéa 3 de l'article 51, qui prévoit que le travail ne peut être exécuté qu'à l'intérieur du territoire occupé, requiert la qualification d'occupation. En effet, l'article 49, de portée plus générale, et qui s'applique en tout temps, exerce une fonction similaire : personne ne peut être déporté hors de son territoire d'origine, pas même un travailleur. Il en va tout autrement pour l'alinéa premier qui énonce une « *prohibition [qui] n'est pas nouvelle puisque, selon un principe fondamental et universellement reconnu dans le droit de la guerre, il est strictement interdit aux belligérants de forcer des sujets ennemis à prendre les armes contre leur patrie* »⁴⁸⁵. L'article 51 prévoit donc la jouissance de droits – celui de ne pas être contraint à servir dans les forces ennemies, ou de travailler dans des conditions strictement encadrées, d'applicabilité immédiate.

Article 52 : le commentaire de la quatrième Convention de Genève rappelé en introduction cite expressément cette disposition en exemple de celles qui ne sont pas applicables avant que l'occupation ne soit qualifiée ; on le rejoint ici pour considérer que la protection qu'offre cette disposition aux travailleurs ne commencera pas dès les premiers moments du conflit.

Article 53 : cet article prévoit l'interdiction des destructions qui ne seraient pas rendues nécessaires par les opérations militaires. À première vue, il serait inutile de se livrer ici à une quelconque analyse tant le commentaire de cette disposition est manifeste. « *Il y a lieu de relever, pour dissiper tout malentendu sur la portée de cet article, qu'il n'assure pas aux biens visés une protection générale, la Convention se bornant à organiser ici la protection en territoire occupé. Le champ d'application est donc limité aux seules destructions du fait de la Puissance occupante. Rappelons que l'article 23, lettre g, précité, du Règlement de La Haye, a interdit la destruction sans nécessité de propriétés ennemies ; placé dans la section intitulée « des hostilités », ce texte couvre l'ensemble des biens se trouvant sur les territoires impliqués dans une guerre ; il a donc une portée d'application plus étendue que la présente disposition, qui concerne seulement les biens situés en territoire occupé.* »⁴⁸⁶ Toutefois, la disposition elle-même fait référence aux opérations militaires, lesquelles devraient se dérouler principalement pendant la phase d'invasion. Une fois l'occupation caractérisée, la Puissance occupante ne devrait plus avoir à mener d'opérations militaires, son autorité étant réputée être établie. Il semblerait donc plus opportun de considérer, au contraire de ce que propose le commentaire de cet article, qu'il est opposable dès la phase d'invasion. Subsidiairement, il est notable qu'un article applicable dans les territoires occupés renvoie à la possibilité que des opérations militaires se déroulent sans

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 314.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 324.

que la Puissance occupante ne perde cette qualité. Ceci tend à confirmer le fait que la survenance de telles opérations n'emporte pas *ipso facto* fin de l'occupation⁴⁸⁷.

Article 54 : tout comme pour l'article 51 alinéas 2 à 4, cette disposition pose une hypothèse irréalisable tant que l'occupation n'est pas formellement constituée. En effet, comment le statut des fonctionnaires et magistrats pourrait-il être modifié ou des sanctions prises à leur encontre sans qu'un minimum d'autorité puisse être exercé par l'envahisseur ? La question du commencement de leur applicabilité ne se pose donc pas⁴⁸⁸.

Articles 55 et 56 : ces articles ont trait respectivement au ravitaillement de la population et à l'hygiène et à la santé publique. Étant cités en exemple des dispositions dont on ne peut exiger l'application au moment de l'invasion, leurs prescriptions ne devront être mises en œuvre qu'une fois l'occupation dûment qualifiée. Durant la phase préliminaire de l'invasion, les règles relatives à l'assistance prescrites à l'article 23 seront néanmoins applicables, puisqu'elles figurent dans une partie de la Convention qui n'exige pas une qualification préalable quelconque.

Article 57 : l'article 52 du Règlement de La Haye traite de façon générale des réquisitions, l'article 57 de la quatrième Convention de Genève apporte une précision particulière pour une catégorie spécifique de biens : les hôpitaux. Cette précision ne vaut que pour les situations d'occupation ; elle est sans conséquence pour la phase d'invasion. En effet, l'article 18 de la quatrième Convention de Genève confère une protection générale aux hôpitaux civils, les protégeant ainsi des effets des hostilités. Par conséquent, la mention qui leur est faite ici est propre aux situations d'occupation.

Article 58 : comme le souligne le commentaire de cette disposition relative à l'assistance spirituelle « l'article 38, chiffre 3, énonce une prescription semblable [à celle de l'article 58] en faveur des civils se trouvant sur le territoire d'une Partie au conflit. Ces deux dispositions ne sont d'ailleurs que des cas d'application du principe essentiel proclamé à l'article 27, qui garantit, d'une manière générale, les « convictions et pratiques religieuses » de toute personne protégée par la Convention. »⁴⁸⁹. De plus, l'article 58 pour être respecté ne suppose que la mise en œuvre d'obligations d'abstention. La « Puissance occupante » doit en effet « permettre » que l'assistance spirituelle puisse être délivrée et doit « accepter » l'envoi d'objets

⁴⁸⁷ Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre I, Section III.

⁴⁸⁸ Il est à ce propos intéressant d'observer que le commentaire de cette disposition prend pour acquis qu'elle ne trouve à s'appliquer qu'une fois la situation stabilisée lorsqu'il précise : « *Relevons à ce sujet que les fonctionnaires et magistrats agissent sous la surveillance et le contrôle de l'occupant, auquel l'autorité du pouvoir légal a passé de fait et auquel ils doivent, comme toute autre personne protégée, obéissance.* », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 328, nous soulignons.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 343.

relatifs aux cultes et « faciliter » leur distribution. Aussi, si elle s'abstient d'entraver le bon déroulement de l'assistance spirituelle telle qu'elle est prévue dans cette disposition, un manquement à cette obligation ne saurait lui être reproché. En cette circonstance, il convient de considérer que l'applicabilité de cet article est possible avant que la situation ne reçoive la qualification d'occupation.

Articles 59 à 62 : cette série d'articles régit les actions de secours en faveur des populations des territoires occupés. Bien qu'elles fassent partie des dispositions pour lesquelles il devrait être incontesté qu'elles ne sont pas d'applicabilité immédiate, puisqu'elles sont spécifiquement énumérées au commentaire de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève en ce sens, il convient toutefois de distinguer entre les dispositions qui exigent une action positive de la Puissance occupante pour lesquelles il sera nécessaire de pouvoir constater l'établissement de l'autorité effective avant de pouvoir en exiger le respect, et les dispositions qui supposent simplement une obligation d'abstention.

Ainsi, au terme de l'article 59 la « Puissance occupante » doit simplement « *accepter les actions de secours faites en faveur de [la] population et les faciliter dans toute la mesure de ses moyens* ». Il s'agit donc d'une disposition dont l'applicabilité ne devrait pas être différée.

En revanche, le titre de l'article 60 : « Obligations de la Puissance occupante » porte en lui-même une applicabilité conditionnée à la caractérisation de la situation d'occupation, ce que son contenu confirme puisqu'il renvoie, entre autres, aux responsabilités qui lui incombent en vertu des articles 55 et 56 dont on a vu précédemment qu'on ne pouvait en exiger l'application au moment de l'invasion.

L'article 61 qui est relatif à la distribution des secours peut quant à lui être scindé en deux. Pour sa première partie qui sollicite le concours et le contrôle de la Puissance occupante dans cette distribution, il est nécessaire que l'occupation soit caractérisée. En revanche, la faculté pour la « Puissance occupante », que lui offre expressément cette disposition, de déléguer cette distribution à un organisme humanitaire impartial, doit être rendue possible immédiatement. S'agissant pour la « Puissance occupante » de se décharger d'une obligation, il est d'autant plus aisé d'exiger qu'elle respecte cette disposition, quelle que soit la phase du conflit. De même, les deux derniers alinéas de cet article prescrivent des obligations d'abstention (ne pas percevoir de taxe sur les envois de secours) ou énumèrent des modalités qui ne requièrent pas l'établissement de l'autorité (facilitation d'une distribution rapide et gratuité des transports).

Enfin l'article 62, qui régit l'envoi de secours individuel c'est-à-dire « adressés à des personnes protégées déterminées »⁴⁹⁰ et qui contient une réserve relative à d'éventuelles impérieuses considérations de sécurité, suppose pour la Puissance occupante d'avoir suffisamment établi son autorité pour être à même de la mettre en œuvre.

Article 63 : cet article est une clause de sauvegarde aux activités des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et aux autres sociétés de secours. S'agissant simplement de garantir la « *continuation de l'activité humanitaire* »⁴⁹¹, et non de créer de nouvelles prérogatives ou obligations, son applicabilité est opérante dès la phase d'invasion.

Articles 64 à 75 : tous ces articles concernent la législation et la procédure pénales. Ils confèrent donc tous des droits aux personnes protégées. Ainsi, comme il a été mentionné précédemment, ils sont tous censés s'appliquer immédiatement⁴⁹². Afin d'éviter toute ambiguïté, il est opportun de souligner que si certaines de ces dispositions nécessitent l'exercice d'une autorité effective pour pouvoir être mises en œuvre – on pense notamment à la possibilité d'édicter une législation pénale, aux modalités de poursuites et de condamnations devant les tribunaux ou encore aux droits de recours, cela ne signifie pas pour autant que leur applicabilité doive être par principe différée. En effet, la question d'une applicabilité anticipée est stérile puisque pour que la Puissance dont il est question soit dans la possibilité de promulguer une nouvelle législation, de poursuivre et de condamner des personnes qui se trouvent en son pouvoir, cela implique l'exercice d'un certain degré d'autorité. Durant la phase d'invasion, et tant que l'autorité n'est pas suffisamment stable, elle ne sera pas en mesure de prendre de tels actes ; elle ne sera donc jamais confrontée à la possibilité de ne pas respecter cette série d'articles pendant cet intervalle.

Article 76 : cette disposition s'intitule « *traitement des détenus* ». Ainsi, selon la méthodologie proposée pour la détermination du début de l'applicabilité des articles figurant sous la Section III de la quatrième Convention de Genève, il va de soi qu'il s'applique indépendamment de la qualification de la situation d'occupation.

Article 77 : en lui-même cet article prévoit qu'il s'applique *après* l'occupation, il ne ferait donc aucun sens de se poser la question de son applicabilité avant qu'elle ne commence.

Article 78 : Il s'agit ici de réglementer les possibilités de mise en résidence forcée ou d'internement. Cette disposition « [découle] de la réserve générale

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 353.

⁴⁹¹ Selon les termes empruntés au commentaire de cette disposition. *Ibid.*, p. 356.

⁴⁹² Le commentaire de l'article 6 suscitait mentionne les articles 64 « et suivants », on suppose que le dernier article concerné de la série est l'article 75.

visant la légitimité des « mesures de contrôle ou de sécurité, qui seront nécessaires du fait de la guerre » (art. 27, al. 4) »⁴⁹³. Le commentaire de cet article ajoute : « Dans les territoires occupés, l'internement de personnes protégées devra être encore plus exceptionnel que sur le territoire des Parties au conflit, car la notion de nationalité ne joue aucun rôle »⁴⁹⁴. Distinguer ainsi entre le territoire des Parties au conflit et les territoires occupés pourrait amener à déduire une spécificité propre aux territoires occupés, excluant son applicabilité au moment de l'invasion : on aurait d'une part les mesures d'internement pouvant être prises sur le territoire des Parties au conflit en tout temps et d'autre part les mesures pouvant être prises une fois l'occupation qualifiée. En fait, il n'en est rien, car les mesures d'internement dans l'un et l'autre cas ne visent pas la même catégorie de personnes. En effet, dans le cas du territoire des Parties au conflit, il s'agit des étrangers qui se trouvent sur ce territoire, alors qu'en territoire occupé, les personnes concernées sont les ressortissants de l'État occupé, c'est-à-dire du territoire sur lequel il est procédé à cet internement : les personnes vont être détenues par une Puissance étrangère, mais sur leur propre territoire. Poursuivant la même logique, les articles 41 et suivants et l'article 78 n'autorisent pas l'internement pour des motifs analogues. Dans le premier cas, « [p]our justifier le recours à ces mesures, il faut que l'État ait des raisons sérieuses de penser qu'une personne représente, par ses activités, connaissances ou qualifications, une menace véritable pour sa sécurité présente ou future »⁴⁹⁵, alors que dans le second « les personnes [...] ne sont coupables d'aucune infraction aux dispositions pénales établies par l'occupant. Ce dernier pour des raisons qui lui sont propres, peut toutefois les considérer comme dangereuses pour sa sécurité et a le droit, en conséquence, de restreindre leur liberté d'action »⁴⁹⁶. Par conséquent, l'article 78 n'ajoute rien aux articles 41 et suivants, il régit au contraire une situation différente. Ainsi, s'agissant de la jouissance d'un droit – le droit de ne pas être détenu sans motif – cette disposition trouve à s'appliquer dès la phase d'invasion.

De cette lecture dirigée des dispositions figurant à la Section III de la quatrième Convention, il ressort que s'appliquent sans délai les articles 47 à 49,

⁴⁹³ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 393.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 278.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 393. On soulignera encore que l'article 42 précise que les mesures envisagées ne sont valides que si « la sécurité [...] le rend absolument nécessaire », alors que l'article 78 exige « d'impérieuses raisons de sécurité ». Ainsi, pour qu'il puisse être procédé à l'internement d'un étranger il faudra donc constater « [d]es menées subversives effectuées sur le territoire d'une Partie au conflit, des actes qui favorisent directement la Puissance ennemie [qui] constituent autant de menaces pour la sécurité nationale [...], des raisons sérieuses et légitimes de penser que les personnes en cause font partie d'organisations destinées à troubler l'ordre ou qu'elles sont susceptibles de nuire sérieusement à sa sécurité par d'autres moyens tel que le sabotage ou l'espionnage [...] », *ibid.*, p. 277.

51, 53, 58, 59, 61 première phrase, 63, 64 à 75, 76 et 78, contrairement aux articles 50, 52, 54 à 57, 60, 61 deuxième phrase et suivantes, 62 et 77. Au terme du raisonnement selon lequel puisque les dispositions relatives aux territoires occupés dans la quatrième Convention de Genève peuvent trouver à s'appliquer en dehors de la caractérisation de l'occupation au sens du Règlement de La Haye, la situation juridique reste à certains égards incertaine. En effet, la lecture proposée des articles contenus à la Section III de la quatrième Convention de Genève repose sur une compréhension extensive des intentions de leurs auteurs. Il peut en résulter le sentiment d'un droit international humanitaire applicable à la carte, ouvrant la porte à la contestation de la Puissance occupante qui pourrait se retrancher sur le sens ordinaire des termes « territoires occupés ». Ainsi, il est heureux que le premier Protocole additionnel aux quatre Conventions de Genève transcende la dichotomie qui peut résulter de la combinaison entre le Règlement de La Haye et la quatrième Convention de Genève à propos de l'occupation. En effet, cet instrument ne distingue plus entre le territoire des parties au conflit et les territoires occupés, sauf occasionnellement dans certaines dispositions. Seules huit dispositions (sur cent deux) mentionnent spécifiquement les territoires occupés, parmi lesquelles trois seulement⁴⁹⁷ sont entièrement dédiées à cette situation particulière. Les six autres contiennent des alinéas s'adressant aux Parties au conflit et des alinéas s'adressant à la Puissance occupante.

⁴⁹⁷ Articles 14, 63 et 69.

Chapitre 2 : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux

La définition des conflits armés non internationaux, et par conséquent la détermination du début de l'applicabilité du droit international humanitaire à ces situations, est sans doute celle qui a le plus clairement évolué depuis 1949, dans la mesure où ce sont ces situations qui ont le plus donné lieu à interprétation dans la pratique – en particulier parce qu'elles sont en fait les plus nombreuses depuis l'adoption des Conventions de Genève, ce qui explique du reste qu'un Protocole entier leur soit dévoué depuis 1977, et non plus seulement une disposition isolée. Depuis en particulier l'affaire *Tadić*, le conflit armé non international a été abondamment précisé en jurisprudence et analysé en doctrine. Il existe une littérature substantielle relative aux conflits armés non internationaux, laquelle aborde la question des critères matériels permettant de conclure à l'existence d'un conflit armé non international ; le défi dans les sections qui suivent sera d'en tirer les conséquences au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire conçu pour ce type de situation. Afin de bien comprendre les enjeux actuels, et leurs potentielles conséquences, liés en particulier aux développements proposés par la justice pénale internationale (**Section II**), il est indispensable de commencer par faire état des seuils traditionnels d'applicabilité du droit international humanitaire applicable dans ces situations (**Section I**). En outre, alors que pour les conflits armés internationaux les déclarations que font les parties au conflit sont sans conséquence sur l'applicabilité du droit international humanitaire, la question se pose pour ce qui concerne les conflits armés non internationaux (**Section III**). Enfin, l'examen de la situation en Syrie en 2011-2012 constitue une excellente application pratique de ces développements et permet de mettre en évidence la difficulté avec laquelle on parvient à proposer le moment à partir duquel le droit international humanitaire devient applicable (**Section IV**).

Section I Les seuils traditionnels d'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux

Les instruments conventionnels de droit international humanitaire contiennent différents seuils d'entrée pour la qualification des conflits armés non internationaux.⁴⁹⁸ Tout en excluant les troubles intérieurs et les tensions internes (I), qui permettent *a contrario* de cerner les contours du conflit armé non international, le droit international humanitaire contient deux sources normatives distinctes applicables dans les conflits armés non internationaux ; l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, dont le seuil d'applicabilité est très bas (II) et le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève qui a introduit en 1977 un seuil bien plus haut (III).

§ I. L'exclusion : tant que durent des troubles intérieurs ou des tensions internes, le droit international humanitaire ne s'applique pas

Le droit international humanitaire n'étant pas applicable aux situations de troubles intérieurs et de tensions internes, ces situations ne seront pas étudiées pour ce qu'elles sont en elles-mêmes. La question de savoir à partir de quand des troubles intérieurs ou des tensions internes existent est donc écartée. Les troubles intérieurs et les tensions internes ne présentent un intérêt du point de vue de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire qu'en ce qu'ils peuvent évoluer vers un conflit armé non international. Aussi, c'est le moment critique à partir duquel on peut considérer que d'une situation de troubles intérieurs ou de tension interne on passe à un conflit armé non international qui fera uniquement l'objet de l'examen. Comme préalable nécessaire il est cependant indispensable de rappeler la définition de ces situations auxquelles le droit international humanitaire ne s'applique pas. Les troubles intérieurs reçoivent donc la description d'« *affrontement[s] qui présente[nt] un certain caractère de gravité ou de durée et comporte[nt] des actes de violence. Ces derniers peuvent revêtir des formes variables, allant de la génération spontanée d'actes de révolte à la lutte entre des groupes plus ou moins organisés et les autorités au pouvoir. Dans ces situations, qui ne dégèrent pas nécessairement en lutte ouverte, les autorités au pouvoir font appel à de vastes forces de police, voire aux forces armées, pour rétablir l'ordre intérieur.* »⁴⁹⁹ Pour ce qui concerne les tensions

⁴⁹⁸ Dans le même sens, Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », *op. cit.* note 85, p. 609.

⁴⁹⁹ Définition proposée par le Comité international de la Croix-Rouge à la Conférence diplomatique de 1974-77, reprise dans le commentaire du Protocole II, *Actes de la Conférence diplomatique sur la*

internes, il s'agit « notamment de situations de tension grave (politique, religieuse, raciale, sociale, économique, etc.) ou encore de séquelles d'un conflit armé ou de troubles intérieurs. Ces situations présentent l'une ou l'autre de ces caractéristiques, sinon toutes à la fois : - des arrestations massives ; - un nombre élevé de détenus «politiques» ; - l'existence probable de mauvais traitements ou de conditions inhumaines de détention ; - la suspension des garanties judiciaires fondamentales, en raison soit de la promulgation d'un état d'exception, soit d'une situation de fait ; - des allégations de disparitions. »⁵⁰⁰ À toutes ces situations, le droit international humanitaire n'est pas applicable. Toutefois, elles peuvent constituer une charnière importante vis-à-vis des conflits armés non internationaux, en particulier parce qu'elles les précèdent généralement. En conséquence, se demander à partir de quand un conflit armé non international existe, et jusqu'à quand, peut conduire à examiner, le cas échéant, à partir de quand une situation de troubles intérieurs ou tensions internes devient un conflit armé non international, que celui-ci relève de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ou du deuxième Protocole additionnel.⁵⁰¹ En effet, si formellement ces concepts sont apparus pour la première fois en 1977 à l'article 1 paragraphe 2 du Protocole, ils étaient pris en compte en pratique avant cela. De plus, depuis l'adoption du Statut de Rome il ne fait plus aucun doute⁵⁰² que ces situations sont aussi exclues du champ d'application de l'article 3 commun puisque les articles 8 paragraphe 2 c) et 8 paragraphe 2 d) combinés énoncent que l'article 3 commun « ne s'applique [...] pas aux situations de troubles et

réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1379, § 4475.

⁵⁰⁰ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1379, § 4476.

⁵⁰¹ La jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda s'inscrit dans cette logique, voir par exemple TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309. On regrette cependant une imprécision sémantique dans l'affaire *Kayishema*. Les juges font bien la distinction entre les troubles et tensions internes et les conflits armés non internationaux pour différencier les situations dans lesquelles le droit international humanitaire s'applique de celles dans lesquelles il ne s'applique pas, mais il emploie la formule suivante : « certains types de **conflits** internes ne sont pas considérés [...] comme des conflits armés à caractère non international. Il s'agit notamment des "situations de tensions internes [...]" ». Il aurait été préférable qu'au lieu du mot « conflits » le Tribunal utilise par exemple le mot « situations », car formulé comme tel, ce passage peut donner le sentiment que le droit international humanitaire ignore certains conflits, ce qui n'est pas le cas. Tout conflit armé est couvert par le droit international humanitaire, mais certaines situations en sont exclues. TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Affaire n° ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, jugement, 21 mai 1999, § 171, nous soulignons.

⁵⁰² Les démarches du Comité international de la Croix-Rouge, avant l'adoption du deuxième Protocole en particulier, allaient plutôt dans la direction opposée. Voir en ce sens, Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-Dunant / Pedone, Genève / Paris, 1986, 280 p., pp. 82-89.

tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire. »⁵⁰³

À l'occasion des négociations relatives au Protocole II les négociateurs étaient bien conscients que « [p]our ce qui est de l'alinéa 2 [de l'article 1], qui traite de l'important problème de la détermination du point précis à partir duquel des tensions internes ou des troubles se transforment en conflit aux fins du projet de Protocole II, il serait impossible de trouver un texte reflétant tous les nombreux cas d'espèce. Quel que soit le libellé adopté, il y aura inévitablement des problèmes pratiques lorsqu'il faudra décider du point à partir duquel une situation s'est transformée en conflit armé, aux fins du projet de Protocole II. »⁵⁰⁴ On peut toutefois considérer que, traditionnellement, il est admis que le point charnière entre les troubles et tensions internes est atteint dès lors que l'on est en présence d'hostilités armées présentant un caractère collectif de la part des entités non étatiques impliquées. Atteignant un certain niveau d'organisation, notamment du fait de l'existence d'une chaîne de commandement, les insurgés sont en mesure de mettre en échec certaines opérations militaires menées par les forces armées gouvernementales ou une entité non étatique opposée. Ce cap franchi, le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux devient applicable au travers de l'article 3 commun. Si certains critères supplémentaires peuvent être constatés, l'applicabilité du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève sera également déclenchée.⁵⁰⁵ Le nombre de victimes constaté vient parfois s'ajouter en tant que facteur de la différenciation entre les situations de troubles intérieurs et de tensions internes et les conflits armés non internationaux. Une fois l'utilisation de la force armée constatée, d'aucuns ont même estimé qu'il peut être un critère déterminant.⁵⁰⁶ En cherchant à délimiter précisément les contours du conflit armé non

⁵⁰³ Statut de Rome, article 8 paragraphe 2 d). Voir en ce sens William A. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, op. cit. note 158, qui précise que « les dispositions du Statut de Rome sur les crimes de guerre constituent bien plus qu'une codification de la pratique antérieure. En particulier, pour la première fois ils codifient des crimes de guerre commis dans un conflit armé non international. », p. 195, nous traduisons. Voir également, Michael BOTHE, « War Crimes », in. Antonio CASSESE, Paola GAETA, John R. W. D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, 1048 p., pp. 417 et s. ; Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », op. cit. note 85, p. 616 ; Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », op. cit. note 85, p. 260.

⁵⁰⁴ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, op. cit. note 85, p. 250, § 7.

⁵⁰⁵ Pour un examen de ces critères, voir *infra* (III. ci-dessous).

⁵⁰⁶ Voir en ce sens par exemple Michael BOTHE, « Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador », *American University Law Review*, vol. 31, n° 4, 1981-1982, pp. 899-909, qui considère du seul fait que la situation au Salvador avait fait plus de 20000 victimes en trois ans, la qualification idoine était celle de conflit armé auquel l'article 3 commun, au moins, s'appliquait, alors même qu'il reconnaissait que les événements qui avaient conduit à ce résultat étaient de « *simples raids qui mérit[ai]ent à peine d'être appelés des "opérations militaires"* », p. 905, nous traduisons. Il estime toutefois à l'inverse plus loin dans la même contribution que l'un des groupes armés contrôlait une portion du territoire lui permettant de mener des opérations militaires continues et concertées.

international, la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a considérablement développé les éléments propres à distinguer entre des actes de violence sporadiques et le conflit armé non international. On dispose donc désormais d'un certain nombre d'indicateurs assez détaillés destinés à permettre d'identifier ce point charnière avec plus d'aisance et moins de controverses.⁵⁰⁷

§ II. L'absence délibérée de précision : le début de l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève

Bien que jouissant d'une certaine autonomie⁵⁰⁸, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 fait partie intégrante de ces Conventions. Par conséquent la terminologie « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* » doit être appréhendée dans le contexte de ces instruments. Énoncé négativement par rapport aux conflits armés internationaux⁵⁰⁹, ces derniers constituent l'étalon lorsqu'il s'agit de rechercher les éléments permettant de conclure à la caractérisation d'une situation relevant d'un « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* ». Or, comme on l'a vu, le seuil d'entrée pour les conflits armés internationaux est extrêmement bas, voire immédiat et concomitant au premier acte d'hostilité. Il en résulte qu'un « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* » devrait également recevoir un seuil d'entrée très bas. Le « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* » devrait être celui qui présente les mêmes caractéristiques que le conflit armé international, sauf pour ces aspects spécifiquement internationaux, à savoir une lutte interétatique.⁵¹⁰ Ainsi dès que l'on peut

⁵⁰⁷ Pour le détail de ces éléments, voir *infra*, Titre I, Chapitre II, Section II.

⁵⁰⁸ C'est ainsi que l'a désigné un délégué de la Conférence diplomatique de 1949. Cette expression a abondamment été reprise depuis. Voir par exemple, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 51.

⁵⁰⁹ Dans le même sens Cour Suprême des États-Unis, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), n° 05.184, 29 juin 2006, *op. cit.* note 55, p. 2861.

⁵¹⁰ C'est ainsi que l'entend le commentaire de la deuxième Convention de Genève, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 33. Sylvie Junod en 1982 menait un raisonnement qui laisse penser qu'elle s'inscrivait dans cette logique. Après avoir rappelé la première phrase de l'article 3 commun, elle se référait ensuite uniquement à la notion de conflit armé et affirmait : « *l'idée de conflit armé est généralement reconnue comme englobant l'idée d'une confrontation armée ouverte entre des forces armées ou des groupes armés relativement organisés* », Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 30, nous traduisons. Le Comité international de la Croix-Rouge a ultérieurement eu l'occasion de l'exprimer en ces termes : « *Il convient de rappeler que fondamentalement, ce qui distingue un conflit armé international d'un conflit armé non international, c'est la qualité des parties* », Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et

constater des affrontements armés impliquant des entités non étatiques, l'article 3 commun devrait trouver à s'appliquer.⁵¹¹

La formulation adoptée à l'article 3 commun ne donne pas de définition du conflit armé non international. Par conséquent, pour déterminer positivement quels sont les conflits couverts par cette disposition, et donc à partir de quand cette disposition s'applique, il faut encore rechercher ce qui constitue un conflit armé lorsque celui-ci ne se déroule pas entre deux Hautes Parties contractantes. Les débats furent particulièrement denses lors de la Conférence diplomatique de 1949, notamment en ce qui devait être son champ d'application⁵¹². Les positions antagonistes allaient d'un extrême à l'autre. Certaines délégations s'exprimaient en faveur de la suppression pure et simple d'une disposition qui permettrait d'appliquer le droit international humanitaire dans des situations n'opposant pas au moins deux États, alors que d'autres estimaient que le texte en débat n'allait pas assez loin. Au terme de longs débats et de nombreuses propositions alternatives de substance comme de procédure, la formulation retenue est loin d'avoir fait consensus. Si l'expression « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* » était apparue avant 1949 dans une proposition du Comité international de la Croix-Rouge, qui entendait par conséquent lui donner une compréhension la plus large possible, les débats de la Conférence diplomatique démontrent que, pour la majorité des délégations étatiques, cette notion devait recevoir un champ d'application strict, voire restreint.⁵¹³ Dans l'esprit des représentants gouvernementaux, les États ne pourraient se voir opposer le respect de règles

du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1er décembre 2011, *op. cit.* note 228, p. 9, nous soulignons.

⁵¹¹ Dans le même sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 30.

⁵¹² Voir en ce sens l'analyse critique qu'en livre Rosemary Abi-Saab dans son étude, Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, *op. cit.* note 502, pp. 55-67 ; voir également Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010, 219 p., pp. 27-51 ; Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 12, 2004, pp. 189-229, pp. 193 et s. ; et Lindsay MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2002, 306 p., pp. 23-29.

⁵¹³ Les travaux préparatoires relatifs à l'article 3 commun ont fait l'objet d'analyses doctrinales fouillées. Aussi, au contraire de la méthode suivie pour ce qui concerne les notions de « guerre » et de « conflit armé », ou encore d'« hostilités actives » et d'« opérations militaires », par exemple, qui elles n'ont jusqu'à présent fait l'objet que d'études incidentes en doctrine, on ne reviendra pas ici dans le détail sur les positions adoptées par les délégations en présence. Pour ce faire, voir de façon générale Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, *op. cit.* note 502, pp. 15-73. Voir également en particulier, Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 27-51 ; Lindsay MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, *op. cit.* note 512, pp. 23-29 ; et Lindsay MOIR, « The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts to 1949 », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, part 2, April 1998, pp. 337-361. Voir également, Jean S. PICTET (Dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, *op. cit.* note 39, pp. 52 et s.

internationales que dans l'hypothèse d'événements assimilables à un conflit armé entre États. Ils mettaient donc l'emphasis sur l'organisation des opposants, certains se référant aux conditions requises à l'ancien concept de reconnaissance de belligérance⁵¹⁴, afin d'identifier les situations dans lesquelles l'article 3 commun pourrait trouver à s'appliquer. Bien que certaines délégations aient fait preuve de plus de souplesse dans leur conception du champ d'application de l'article 3 commun, il n'en demeure pas moins qu'il n'y a pas eu sur ce point de position commune en faveur d'une applicabilité maximaliste de cette disposition, malgré les évocations postérieures de son commentaire en ce sens. Au regard, spécifiquement, de l'applicabilité temporelle de l'article 3 commun, il convient donc de retenir que ce qui préoccupait les délégations c'est l'organisation du groupe armé, et non l'intensité de la violence.⁵¹⁵ S'il est très clair que les situations couvertes par cette disposition doivent se distinguer d'« acte[s] de banditisme ou [d']insurrection[s] inorganisée[s] et sans lendemain »⁵¹⁶, c'est au travers de l'organisation des insurgés que les gouvernements entendaient apprécier cette distinction, ce qui rejoint l'idée selon laquelle l'évaluation de l'intensité, au même titre que pour les conflits armés internationaux, n'était initialement pas un critère déterminant. Il en résulte que si le niveau d'intensité de la violence requis au déclenchement de l'applicabilité de l'article 3 commun peut être lu comme étant très bas, du fait de l'absence de débats sur ce point et de l'inclusion de cette disposition au sein d'instruments qui ne prévoient pas de seuil d'intensité, le critère de l'organisation du groupe armé requiert en revanche un niveau assez élevé, puisque la référence qu'ont en tête les gouvernements est la reconnaissance de belligérance. Ainsi, le seuil d'applicabilité de l'article 3 commun au moment de son élaboration n'est que *relativement* bas.⁵¹⁷

Au fil du temps pourtant, cette disposition a vu son seuil d'applicabilité baisser considérablement. À l'origine de ce phénomène se trouve sans aucun doute la conception qu'en a retranscrit une partie des commentaires de cette disposition.⁵¹⁸ L'absence de définition est un facteur déterminant en ce sens.

⁵¹⁴ Pour une analyse détaillée de la reconnaissance de belligérance, tombée en désuétude, voir Anthony CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *Military Law Review*, n° 183, Spring 2005, pp. 66-109, pp. 74 et s., Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, pp. 106-107. Voir également, Yoram DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit. note 349, p. 34.

⁵¹⁵ Voir en ce sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », op. cit. note 236, p. 30. Dans son explication de ce qu'il faut entendre par conflit armé, elle fait uniquement référence à l'organisation du groupe, pas à l'intensité.

⁵¹⁶ Jean S. PICTET (Dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 53.

⁵¹⁷ Dans le même sens, Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, pp. 49-51.

⁵¹⁸ Une partie seulement car on constate des différences entre les commentaires proposés pour l'article 3 commun selon qu'ils sont publiés pour l'une ou l'autre Convention. Dans le même sens, Anthony

Alors que, comme pour d'autres concepts qui affectent l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, le juriste peut voir l'absence de définition comme une « *lacune importante* »⁵¹⁹, c'est en réalité de cette carence alléguée que va naître une interprétation ayant pour but de permettre une applicabilité adaptée aux circonstances et la plus favorable à la protection des personnes pour lesquelles le respect du droit international humanitaire est crucial. En effet, aux fins de servir de guide à la qualification des situations relevant de l'article 3, le commentaire propose une liste d'indicateurs⁵²⁰, « *extraite des divers amendements discutés* »⁵²¹ pendant la Conférence diplomatique. Toutefois, celui-ci ne veut pas exclure que l'hypothèse de troubles armés ne correspondant à aucun de ces indicateurs puisse relever de l'article 3 commun pour lequel il souhaite au contraire « *un champ d'application aussi vaste que possible* »⁵²². En tant que seuil inférieur et parce que les garanties qu'il contient sont les garanties minimales que tout État devrait garantir à ses

CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 514 ; Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 51-55.

⁵¹⁹ Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, *op. cit.* note 502, p. 68, qui reconnaît toutefois que « la recherche d'une telle définition, permettant d'identifier le conflit non international et de le distinguer du conflit international, est un exercice de pur jurisme. »

⁵²⁰ Le commentaire parle de « critères ». Mais, dans la mesure où il s'agit d'une liste ni exhaustive ni cumulative, il semble préférable de ne pas employer ce terme. Ces indicateurs figurent dans les commentaires de toutes les Conventions, sauf dans le commentaire de la deuxième. Dans le même sens, Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 512, p. 196.

La liste est la suivante : « 1. La Partie rebelle au Gouvernement légitime possède une force militaire organisée, une autorité responsable de ses actes, agissant sur un territoire déterminé et ayant les moyens de respecter et de faire respecter la Convention.

2. Le Gouvernement légitime est obligé de faire appel à l'armée régulière pour combattre les insurgés organisés militairement et disposant d'une partie du territoire national.

3. a) Le Gouvernement légal a reconnu la qualité de belligérants aux insurgés ou bien

b) il a revendiqué pour lui-même la qualité de belligérant ou bien

c) il a reconnu aux insurgés la qualité de belligérants aux seules fins de l'application de la Convention ou bien

d) le conflit a été porté à l'ordre du jour du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblée générale des Nations Unies comme constituant une menace contre la paix internationale, une rupture de la paix ou un acte d'agression.

4. a) Les insurgés ont un régime présentant les caractéristiques d'un Etat.

b) Les Autorités civiles des insurgés exercent le pouvoir de facto sur la population d'une fraction déterminée du territoire national.

c) Les forces armées sont placées sous les ordres d'une autorité organisée et sont prêtes à se conformer aux lois et coutumes de la guerre.

d) Les Autorités civiles des insurgés se reconnaissent liées par les dispositions de la Convention. », voir par exemple, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 53.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 52.

⁵²² Cette formule se trouve dans les commentaires de toutes les Conventions sauf de la deuxième. Voir par exemple, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 54.

ressortissants quelle que soit la qualification de la situation, l'article 3 commun devrait recevoir un seuil d'applicabilité le plus bas possible, à condition néanmoins que la situation ne corresponde pas à ce que l'on désigne aujourd'hui comme les troubles intérieurs et les tensions internes.⁵²³ Le commentaire donne donc une place prépondérante à la conception initialement présentée par le Comité international de la Croix-Rouge lorsqu'il avait en tout premier lieu proposé cette disposition, et minimise la portée des débats qui se sont fait jour sur ce point lors de la Conférence diplomatique. Dès lors, l'article 3 commun a été considéré comme une disposition regroupant les règles minimales d'humanité. Fort de cette interprétation, le Comité international de la Croix-Rouge a parfois œuvré en faveur de l'application de l'article 3 commun aussitôt qu'une situation de conflit armé se présentait sur le territoire d'un État, même lorsque la partie insurgée présentait un niveau d'organisation très bas. Mais en contrepartie de cette entreprise, la question du niveau d'intensité de la violence a acquis une place dans la qualification de la situation. Une des façons d'exclure les violences sporadiques et isolées était d'exiger un niveau d'organisation élevé du groupe armé, c'est l'option qui avait été choisie par les représentants gouvernementaux à la Conférence diplomatique de 1949. Cet élément étant abaissé, afin d'étendre l'applicabilité de la disposition, l'espace vide qu'il laisse va être comblé par l'élément relatif au niveau d'intensité, afin de pouvoir distinguer le conflit armé d'autres situations non couvertes par le droit international humanitaire.⁵²⁴

Aujourd'hui, la conception majoritaire va dans ce sens. En effet, même pour le Comité international de la Croix-Rouge, il est réputé nécessaire que les affrontements impliquant des groupes armés minimalement organisés atteignent à tout le moins un certain niveau d'intensité pour qu'ils puissent déclencher l'applicabilité de l'article 3 commun.⁵²⁵ Le développement de cette

⁵²³ Dans le même sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 30. L'auteur rappelle en outre que les experts, qui ont souhaité exclure les troubles intérieurs et les tensions internes de l'applicabilité du droit international humanitaire au moment de la réflexion sur le projet de deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève, considéraient que ces situations n'étaient pas non plus couvertes par l'article 3 commun. « *Aucune clause, cependant, ne le stipule spécifiquement, bien que ce soit une interprétation qui est généralement acceptée* », p. 38, nous traduisons. Voir également en ce sens, Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 146.

⁵²⁴ À cet égard il ne faut pas confondre les situations dans lesquelles l'article 3 commun est applicable *de jure*, parce qu'elles correspondent à un conflit armé et celles dans lesquelles le Comité international de la Croix-Rouge a pu proposer ses services alors que le conflit n'était pas caractérisé, même lorsque cette institution a obtenu des forces en présence le respect des normes contenues à l'article 3 commun à titre d'opportunité politique. Dans le même sens voir, Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, *op. cit.* note 502, pp. 69-71.

⁵²⁵ Voir en ce sens, Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », *op. cit.* note 86 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1^{er} décembre 2011, *op. cit.* note 228, pp. 10 et s. ; et Comité international de la Croix-Rouge, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les*

conception est notamment le résultat de l'interprétation qu'a eu l'occasion de délivrer la justice pénale internationale⁵²⁶, mais originellement, si un certain niveau d'organisation du ou des groupe(s) armé(s) était requis afin de distinguer les situations relevant de l'article 3 commun de celles qui en étaient exclues, il semble que la question de l'intensité des affrontements n'était pas mise en balance.⁵²⁷

§ III. La tentative d'objectivisation : l'identification de certaines conditions permettant de déclencher l'applicabilité du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève

Même si le Comité international de la Croix-Rouge s'efforçait de convaincre d'une applicabilité élargie de l'article 3 commun, l'absence de définition avait servi de prétexte à certains États concernés pour nier son applicabilité. Aussi, il poursuit son œuvre humanitariste en faveur d'une applicabilité précoce du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977. La tâche lui avait été confiée de proposer un texte aux délégations.⁵²⁸ L'article premier de son projet était relatif à son champ d'application matériel. Au moment de le présenter aux délégations gouvernementales, il rappelait que parmi « les variantes [élaborées précédemment par la Conférence d'experts gouvernementaux qui] allaient de la définition la plus large possible couvrant tous les conflits armés non internationaux, y compris ceux de faible intensité, à la définition la plus étroite ne couvrant que les conflits armés non internationaux présentant toutes les caractéristiques d'une guerre [...], [et qu']il a choisi un champ d'application large propre à couvrir tous les conflits

conflits armés non internationaux, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2008, 32 p., p. 7.

⁵²⁶ Voir *infra*, Titre I, Chapitre II, Section II.

⁵²⁷ Le langage utilisé à l'occasion de certaines réunions postérieures à l'adoption de l'article 3 commun conforte cette appréciation. En effet, lors d'une commission d'experts réunie en 1955 émerge l'idée que « [l']existence d'un conflit armé, au sens de l'article 3, ne peut être nié si l'action hostile, dirigée contre un gouvernement légal, présente un caractère collectif et un minimum d'organisation. » Cette formule sera reprise lors de la XXIème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge tenue à Istanbul en 1969. Elle ne fait pas référence à l'intensité de la violence. L'organisation du groupe prédomine, et au travers elle le caractère collectif des affrontements. Voir Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, op. cit. note 502, pp. 84 et s. et Comité international de la Croix-Rouge, *Protection des victimes dans de conflits non internationaux*, Rapport présenté à la XXIème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Istanbul, septembre 1969.

⁵²⁸ Pour un historique complet relatif aux travaux qui ont précédé la Conférence diplomatique de 1974-77 et aux débats de la Conférence elle-même à propos des conflits armés non internationaux, voir l'étude exhaustive de Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, op. cit. note 502, pp. 105 à 189 ; voir également Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, pp. 86-101 ; et Lindsay MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, op. cit. note 512, pp. 91-96

armées non internationales [...]. »⁵²⁹ Anticipant l'ire de certaines représentations étatiques qui s'opposaient tout bonnement à un instrument imposant l'application du droit international humanitaire à des conflits dont elles continuaient d'estimer qu'ils relevaient de leurs seules affaires intérieures, l'institution avait pris la précaution de s'« efforc[er] de préciser les caractéristiques du conflit armé non international au moyen de critères objectifs, de façon à ce que ce Protocole soit appliqué dès la réalisation matérielle de ces critères, sans que cette application soit subordonnée à d'autres considérations. »⁵³⁰ Même si les débats qui ont suivi ont finalement conduit à adopter une vision plus restrictive du conflit armé non international au terme du deuxième Protocole additionnel et ont notamment ajouté des critères objectifs, la logique générale en la matière restait inchangée. Ainsi, le commentaire de l'article 2 du deuxième Protocole additionnel relatif à son champ d'application matériel – fidèle en cela aux positions exprimées par les délégations étatiques – est extrêmement clair quant à la façon dont il faut appréhender le champ d'application *ratione temporis* de cet instrument. « Le début de l'application du Protocole est déterminé par l'article premier [...] et correspond au moment à partir duquel les critères y énoncés sont objectivement remplis. »⁵³¹ Par conséquent, pour être en mesure de dire à partir de quand le droit international humanitaire contenu dans le deuxième Protocole additionnel est applicable, il convient de s'interroger sur le moment à partir duquel les éléments matériels qui le caractérisent se réalisent. Ces éléments sont énumérés comme suit : « [...] qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante [1] entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, [2] exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. »⁵³² Il en résulte deux éléments conditions de son applicabilité temporelle, des affrontements opposant les forces armées gouvernementales⁵³³

⁵²⁹ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 219, §§ 11-12.*

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 219, §§ 11-12.

⁵³¹ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit. note 11, p. 1384, § 4491.*

⁵³² Article 1 du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949.

⁵³³ L'implication des forces armées gouvernementales est un élément condition de l'applicabilité du Protocole II, au contraire de l'article 3 commun qui peut être amené à s'appliquer à des groupes armés qui s'affrontent entre eux, sans l'intervention des forces armées gouvernementales. S'agissant d'une condition d'applicabilité strictement *ratione materiae* et *personae*, elle ne sera pas abordée dans ces lignes. À titre anecdotique on relèvera seulement que selon ce dont fait état la Cour pénale internationale dans son premier jugement, le Procureur aurait « argumenté qu'un conflit armé non international est établi quand les États n'ont pas eu recours à la force armée et [...] ». Formulé ainsi on pourrait croire que pour qu'il y ait conflit armé ne présentant pas un caractère international un État ne doit jamais être impliqué dans les affrontements. Cela est inexact tant au terme du Protocole II que de l'article 3 commun. Si l'article 3 commun peut s'appliquer en l'absence d'implication étatique, au contraire du Protocole II, il n'en demeure pas moins que l'article

à un (ou des) groupe(s) armé(s) organisé(s) (A) et un contrôle du territoire (B)⁵³⁴, qui n'affectent en rien le moment du déclenchement de l'article 3 commun aux Conventions de Genève (C).⁵³⁵

A) À partir de quand un groupe armé est-il suffisamment organisé pour que le deuxième Protocole puisse commencer à s'appliquer ?

Selon le Comité international de la Croix-Rouge qui est à l'origine de l'introduction de ce critère dans la définition du conflit armé non international, l'organisation du groupe renvoyait au fait que « [...] les forces armées insurgées [devaient] être structurées, dotées d'organes, donc d'un système de compétence et de responsabilité et soumises à un système de discipline interne [...] ». ⁵³⁶ Ainsi, le critère du commandement responsable mentionné dans la disposition fait partie intégrante du caractère organisé du groupe. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a eu l'occasion de le confirmer : « Les forces armées opposées au gouvernement doivent agir sous la conduite d'un commandement responsable, ce qui suppose un degré d'organisation au sein du groupe armé ou des forces armées dissidentes. Ce degré d'organisation doit être de nature à permettre au groupe armé ou aux forces dissidentes de planifier et de mener des opérations militaires concertées, et d'imposer la discipline au nom d'une autorité de facto » ⁵³⁷. Pour autant, cette exigence ne rend pas absolument nécessaire l'existence d'une « organisation basée sur une hiérarchie militaire rigide » ⁵³⁸.

Bien que développée sur la base d'une autre disposition, la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a largement étoffé ce critère d'organisation du groupe armé. Il est opportun de s'y référer au

3 commun reste applicable lorsque la force armée s'exerce entre un État et un groupe armé, aux conditions qui seront décrites ci-après. CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, op. cit. note 85, § 505.

⁵³⁴ Djamchid Momtaz adopte une autre typologie. Selon lui, les deux critères déterminants de l'applicabilité du Protocole sont le contrôle du territoire et la capacité des insurgés à appliquer ses dispositions. Il occulte le critère de l'organisation du groupe. Djamchid MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », op. cit. note 275, pp. 49 et s.

⁵³⁵ Pour une étude détaillée et non orientée exclusivement sur les effets de cette disposition au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, voir Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH & Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, op. cit. note 31, pp. 623-629.

⁵³⁶ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, op. cit. note 85, p. 220, § 15.

⁵³⁷ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309, § 623.

⁵³⁸ Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », op. cit. note 236, p. 37, nous traduisons. Dans le même sens, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1376, § 4463.

moment de l'examiner sous l'angle du Protocole II. En effet, si ce dernier contient des critères objectifs qui lui sont propres, notamment au regard de l'organisation du groupe, les indicateurs dégagés par la jurisprudence pénale internationale peuvent être repris ici, à titre additionnel.⁵³⁹ Ainsi, on verra notamment que de nombreux autres éléments permettent de conclure à l'organisation du groupe.⁵⁴⁰ Il contribue à distinguer les actes posés par des individus isolés, exclus du champ d'application du droit international humanitaire, des actes posés à titre collectif, condition nécessaire au déclenchement de l'applicabilité de ce *corpus juris*.⁵⁴¹

B) *Quel doit-être le degré de contrôle du territoire atteint par le (ou les) groupe(s) armé(s) pour que le deuxième Protocole puisse commencer à s'appliquer ?*

L'exigence d'un contrôle du territoire comme critère concourant à la qualification de conflit armé non international ne figurait pas dans le projet initial du Comité international de la Croix-Rouge soumis aux travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1977. Bien qu'il ne faisait pas l'unanimité, il a tout de même été ajouté par consensus au cours des débats.⁵⁴² Relativement peu de délégations exprimaient leur point de vue contraire à ce propos, mais lorsqu'elles le faisaient c'est pour faire part de leur virulente opposition⁵⁴³. Reste que le point de vue majoritaire a notamment conduit à l'adoption de ce critère supplémentaire décisif de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux. Voulu et perçu comme un critère objectif, ne laissant aucune place à la subjectivité des parties et en particulier de l'État contre lequel lutte un groupe armé organisé, il n'en demeure pas moins que lorsqu'il s'agit de fixer avec certitude le moment à partir duquel le deuxième Protocole s'applique, on est confronté aux mêmes difficultés que pour tout autre élément. À partir de quand peut-on considérer que le contrôle exercé sur un territoire par un groupe armé est suffisant pour

⁵³⁹ Pour les détails de ces indicateurs, se reporter aux développements sur ce point *infra*, Titre I, Chapitre II, Section II.

⁵⁴⁰ Dans le même sens, Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, p. 103.

⁵⁴¹ Dans le même sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 37.

⁵⁴² Il est intéressant de relever à cet égard que la délégation française présente à la Conférence diplomatique de 1949 avait tenté sans succès d'inclure un critère de ce type à l'article 3 commun. Voir *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome III, 297 p., annexe 12, p. 27.

⁵⁴³ Selon le représentant de la Norvège en particulier, « [...] le problème réside, non pas dans l'absence de possibilités matérielles pour les forces armées dissidentes intéressées, mais bien dans l'absence d'une volonté politique chez certaines délégations. [...] I]l ne peut que conclure que ces délégations ont plus de cinquante ans de retard sur l'histoire. », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, *op. cit.* note 85, p. 321, § 42.

remplir la condition posée à cet article 1 de l'instrument ? De la réponse à cette question dépendra la détermination du moment déclencheur de l'applicabilité de dispositions importantes au regard de la protection accordées aux personnes affectées par ce type de conflit. C'est l'examen des deux sous-critères que mentionne le Protocole lui-même, à savoir que le contrôle du territoire permette au groupe(s) armé(s) (1) de mener des opérations militaires continues et concertées et (2) d'appliquer le Protocole⁵⁴⁴, qui vont rendre possible l'analyse de cette « *notion de contrôle exercé sur une partie du territoire [qui] n'est pas facile à appliquer.* »⁵⁴⁵ (3)

1) La capacité de mener des opérations militaires continues et concertées

Ce sous-critère, tout en étant purement objectif, contient en lui-même les notions plus subjectives d'intensité et de durée du conflit⁵⁴⁶, que les rédacteurs du Protocole avaient voulu éviter pour parer toute velléité de la part des gouvernements ou des groupes armés intéressés de se livrer à une interprétation restrictive de ces facteurs, afin de nier l'applicabilité du deuxième Protocole. D'un point de vue temporel, si le constat d'opérations militaires continues et concertées est un constat purement factuel, celui-ci ne peut par définition intervenir qu'après qu'un certain laps de temps se soit écoulé. C'est indispensable pour pouvoir considérer que les activités armées présentent un caractère « continu ». Il en résulte qu'aux tout premiers jours d'un conflit armé, le Protocole II ne sera jamais applicable⁵⁴⁷, alors que l'article

⁵⁴⁴ Sylvie Junod confirme que la notion de contrôle du territoire doit se lire en l'occurrence à la lumière de ces deux éléments, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 37. Dans le même sens, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, : « [c]es différents critères sont étroitement liés. [...] C'est le mot «tel» qui donne la clef de l'interprétation. Le contrôle doit être suffisant pour pouvoir mener des opérations militaires continues et concertées **et** appliquer le Protocole », p. 1376, § 4466, note de bas de page omise, nous soulignons. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda semble avoir une position incertaine en la matière, tantôt énumérant la capacité à respecter le Protocole en tant que critère à part entière de la définition, et tantôt l'incluant comme sous-critère du contrôle du territoire à l'image de la capacité de mener des opérations militaires continues et concertées. Voir en ce sens, TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.* note 309, §§ 620 et 623. Après avoir distingué quatre critères d'applicabilité du Protocole, dont la capacité à respecter le Protocole (§ 620), il emploie ensuite la formule figurant à l'article premier de ce texte, telle quelle : « *contrôler une partie suffisante du territoire pour mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le Protocole additionnel II* », (§ 623), nous soulignons. Voir également TPIR, *Le Procureur c. George Rutaganda*, Affaire n° ICTR-96-3-T, Chambre inconnue, jugement, 6 décembre 1999, § 94 ou TPIR, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Affaire n° ICTR-99-54A-T, Chambre de première instance II, jugement et sentence, 22 janvier 2004, § 724, qui donnent une liste des critères mettant la capacité à respecter le Protocole en tant que critère autonome.

⁵⁴⁵ Note de la Direction du droit international public du Département fédéral des Affaires étrangères suisse reproduite par Lucius CARLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public », *Annuaire Suisse de Droit International*, 1987, pp. 131-187, p. 186.

⁵⁴⁶ En ce sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 37.

⁵⁴⁷ L'exigence d'opérations militaires continues et concertées implique donc un haut niveau d'intensité. En ce sens, Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 104 et s.

3 commun pourrait trouver à s'appliquer. Ainsi les seuils d'entrée différenciés entre l'article 3 commun et le Protocole II conduisent à une applicabilité du droit international humanitaire qui se modifie au cours du temps, pour aboutir à une superposition de normes⁵⁴⁸. Une fois le conflit armé non international caractérisé, dans un premier temps seul l'article 3 commun s'applique, auquel viennent ensuite s'ajouter les dispositions du deuxième Protocole, une fois ses critères objectifs d'application réalisés⁵⁴⁹, dont le caractère continu et concerté des opérations militaires est déterminant. Il se peut qu'au tout premier jour des hostilités le groupe armé soit organisé, contrôle une partie non négligeable du territoire et se livre à des actes d'une forte intensité contre les forces armées gouvernementales. Dans cette hypothèse l'article 3 commun s'applique, mais pas encore le Protocole II pour lequel il n'est matériellement pas possible de conclure que les affrontements présentent une certaine continuité. Reste alors en suspens la question fondamentale de savoir à partir de quand cette continuité peut être attestée. Combien de temps doit-il s'écouler avant que le Protocole II puisse produire ses effets ? Il est impossible de donner une réponse générale à cette question. Tout au plus sera-t-il possible d'y répondre au cas par cas.

Enfin, il n'est pas nécessaire de constater que le contrôle du territoire lui-même est continu.⁵⁵⁰ Il suffit que les opérations militaires le soient. Autrement dit, même si les portions de territoire contrôlées par le groupe armé sont minimales et changeantes, dès lors qu'il peut mener des opérations militaires continues et concertées, le Protocole II est applicable.⁵⁵¹ Le Tribunal pénal international pour le Rwanda l'exprime en ces termes : « [l]es forces armées doivent être capables contrôler une partie *suffisante* du territoire *pour* mener des

⁵⁴⁸ Il s'agit d'une superposition et non d'un remplacement. L'article 3 commun continue de s'appliquer même si le Protocole vient s'appliquer en plus. En ce sens, Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, qui souligne l'importance de la superposition normative dans la mesure où l'article 3 commun contient la règle permettant au Comité international de la Croix-Rouge de faire une offre de services aux parties au conflit que l'on ne retrouve pas dans le deuxième Protocole, p. 149.

⁵⁴⁹ Dans le même sens, Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 51. Voir également, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, p. 1377, § 4469.

⁵⁵⁰ Dans un sens similaire et en opérant une comparaison avec la reconnaissance de belligérance, Djamchid Montaz estime qu'« il n'est [...] pas nécessaire que les insurgés aient mis en place des structures administratives semblables à celles d'un État ». Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 50. Le commentaire de l'article 1 du Protocole II va même plus loin puisqu'il admet que dans certains cas le contrôle du territoire est « relatif », « par exemple quand les centres urbains restent en mains gouvernementales tandis que les zones rurales échappent à leur autorité », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, p. 1377, § 4467.

⁵⁵¹ Dans le même sens, Michael BOTHE, « Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador », *op. cit.* note 506, p. 906. Et à la condition additionnelle que ce contrôle permette au groupe armé organisé de respecter le Protocole, voir *infra* (2. ci-dessous).

opérations militaires continues et concertées »⁵⁵² et ajoute, reprenant le commentaire de l'article 1 du Protocole II, que « *[l]e territoire sous [le] contrôle [du groupe armé] est d'ordinaire celui qui a échappé au contrôle des forces gouvernementales.* »⁵⁵³

À titre accessoire, lue seule et littéralement, la dernière phrase de l'article premier du deuxième Protocole, qui définit son champ d'application matériel, peut conduire à se poser la question de savoir si cet instrument n'instaure pas un seuil d'applicabilité plus bas que l'article 3 commun. En effet, s'il suffit que le groupe armé « *exerce[...] sur une partie [du] territoire un contrôle tel qu'il [lui] permette de mener des opérations militaires continues et concertées* » sans nécessairement que ces opérations militaires se réalisent matériellement, alors la situation est analogue à celle qui est prise en considération pour les conflits armés internationaux. Un seul coup de feu suffirait à déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire. Si on adoptait cette conception, on exigerait simplement que le groupe soit organisé et qu'il contrôle une portion du territoire lui permettant hypothétiquement de mener des hostilités. Autrement dit, ces deux éléments réunis, tout acte d'hostilité, quelle que soit son intensité, constituerait alors un conflit armé non international écartant ainsi tout critère lié au niveau de la violence exercée. Si la formulation de cette phrase peut éventuellement susciter un doute, les intentions des auteurs le balayent aisément. Il est extrêmement clair que les participants à la Conférence diplomatique de 1974-1977 ont entendu donner au Protocole II un seuil d'applicabilité plus élevé que celui communément admis pour l'article 3 commun⁵⁵⁴. L'intervention de George Abi-Saab, représentant du gouvernement égyptien à cette occasion, résume parfaitement cet état d'esprit : « *L'article premier du projet de Protocole II a choisi un seuil d'applicabilité différent et plus élevé que celui de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. [...]* »

⁵⁵² TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309, § 623, nous soulignons. Dans le même sens, TPIR, *Le Procureur c. Alfred Musema*, Affaire n° ICTR-96-13-T, Chambre inconnue, jugement et sentence, 27 janvier 2000, § 258. Dans le même sens, Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH & Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, op. cit. note 31, p. 627.

⁵⁵³ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309, § 623 et Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1377, § 4467.

⁵⁵⁴ Cette différenciation des seuils d'applicabilité de l'article 3 commun et du deuxième Protocole est également celle qu'adopte aujourd'hui le Comité international de la Croix-Rouge, qui considère que le « *champ d'application [du Protocole II] est plus restreint que celui de l'article 3 commun* », Comité international de la Croix-Rouge, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, op. cit. note 531, p. 9. Voir également, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », op. cit. note 236, p. 29 ; Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », op. cit. note 85, qui confirme que le Protocole II instaure un seuil d'applicabilité plus élevé, lequel a même pour conséquence que le Protocole II a peu de chance de trouver une opérativité dans les conflits armés non internationaux tels qu'on les connaît aujourd'hui, pp. 609-610. C'est également l'interprétation du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Voir en ce sens, TPIR, *Le Procureur c. George Rutaganda*, op. cit. note 544, § 93 (de la version anglaise) ; et TPIR, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Affaire n° ICTR-95-1A-T, Chambre de première instance I, jugement, 7 juin 2001, § 100.

sera nécessaire de distinguer trois types de situations exigeant respectivement l'application de l'article 3 commun, du Protocole II et du Protocole I. Mais c'est un pas dans la bonne direction, vers une adaptation de la portée de la protection au degré d'intensité du conflit plutôt qu'à des catégories juridiques abstraites [...]. Une approche par "paliers" de ce genre est plus conforme à l'esprit et au but du droit humanitaire et aux multiples formes de conflits armés contemporains, particulièrement de la guérilla et des conflits à faible intensité.»⁵⁵⁵ Aussi faut-il comprendre la phrase suscitée dans le sens d'une précision selon laquelle les opérations militaires continues et concertées sont rendues possibles grâce au contrôle d'une partie du territoire. L'inclusion de la portion de phrase relative aux opérations militaires continues et concertées est d'ailleurs justifiée ainsi à la suite du vote de cette disposition en Commission : « [...] une formule comme "tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole" [...] est un énoncé objectif et descriptif qui garantit que l'application de l'instrument en question ne sera l'objet d'aucune condition suspensive ou dilatoire laissée à l'arbitraire d'un État.»⁵⁵⁶

2) La capacité de respecter le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève

C'est un sous-critère fondamental qui contribue à élever le seuil d'entrée à l'application du deuxième Protocole additionnel.⁵⁵⁷ Il s'agit bien évidemment de l'examen de la possibilité pour le groupe armé de l'appliquer et de le

⁵⁵⁵ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 255, § 30.* Il préconisait en outre l'abandon du critère relatif au contrôle territorial, estimant qu'il conduirait à « exclur[e] alors de l'application du Protocole II un grand nombre, sinon la plupart, des types contemporains de conflits armés internes, le confinant aux cas relativement rares de guerre civile caractérisée [...] ». § 32. Dans le même ordre d'idées, le délégué du Royaume-Uni estime que « [...] cet article [l'article 2] exige un degré d'intensité du conflit et d'organisation de la partie autre que l'État qui donne satisfaction. » *Ibid.* p. 258, § 38. De l'intervention du représentant du gouvernement suisse à la Conférence diplomatique de 1974-1977, on déduit *a contrario* qu'il appuie cette façon de voir les choses, puisqu'il se satisfait que « [...] les conditions posées pour l'application du projet de Protocole n'ont pas pour effet d'élever le seuil d'application à un niveau prohibitif. », p. 316, § 21. C'est donc bien qu'un seuil différent est créé pour déclencher l'applicabilité du Protocole II. L'intervention de la délégation américaine le confirme puisqu'elle précise qu'elle « aurait préféré un seuil d'application plus bas que celui que l'on trouve dans le texte retenu. », p. 319, § 32. La délégation d'Allemagne fédérale s'exprime dans le même sens, p. 320, § 39. Il n'y a pas seuil plus bas que le « premier coup de feu » comme critère déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire, ainsi cette prise de position confirme que le seuil envisagé dans le Protocole II est un seuil plus élevé.

⁵⁵⁶ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, intervention du délégué belge, p. 318, § 28.*

⁵⁵⁷ Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 38; Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit. note 11, qui ajoute que « [c]'est là le critère fondamental qui justifie les autres éléments de la définition [...] », p. 1377, § 4470.*

respecter et non son application effective qui est déterminant.⁵⁵⁸ S'il fallait pouvoir constater que le groupe armé respecte scrupuleusement les dispositions qu'il contient, cette exigence rendrait l'instrument purement et simplement inopérant. Il n'existe en effet (malheureusement) probablement aucun cas de conflit armé dans lequel le droit international humanitaire n'est jamais violé.

Les situations caractéristiques de conflits armés non internationaux sont des situations extrêmement mouvantes. Il n'y a souvent pas de ligne de front déterminée. Le groupe armé peut tour à tour contrôler puis perdre le contrôle d'une portion du territoire pour le regagner ensuite. Dans ces circonstances qui évoluent au rythme des opérations militaires, c'est-à-dire souvent rapidement, il peut être complexe, voire impossible, de valider la réalisation de ce critère et par conséquent de conclure à l'applicabilité du deuxième Protocole.⁵⁵⁹ Il est toutefois possible d'affirmer que pour que ce sous-critère soit vérifié, il n'est pas absolument nécessaire que les dissidents contrôlent une très grande portion du territoire. Ce qui est déterminant en la matière c'est la qualité du contrôle, pas la quantité.⁵⁶⁰ Étant donné que le Protocole exige le respect d'un certain nombre de garanties à l'égard des personnes détenues et de garanties judiciaires pour les personnes qui feraient l'objet de poursuites, il est cependant nécessaire que le contrôle du territoire soit minimalement stabilisé pour que le groupe armé soit en mesure de mettre en œuvre ces dispositions. Dit autrement, « *[l]'étendue du territoire que les insurgés doivent contrôler dépendrait de la nature des obligations qu'ils sont tenus de respecter.* »⁵⁶¹ S'ils détiennent des personnes ou entendent les juger, il est nécessaire qu'ils aient une maîtrise suffisante et affermie du territoire pour le faire. S'ils doivent simplement soigner des blessés cette maîtrise peut être moindre, dans la mesure où cette obligation ne nécessite pas un contrôle qualitativement important de territoire pour pouvoir être respectée.

3) Une notion difficile à mesurer

L'examen du contrôle du territoire est un exercice difficile en pratique. Même à l'appui des deux sous-critères qu'il contient, qu'il s'agisse de conflits armés

⁵⁵⁸ Voir dans le même sens, Note de la Direction du droit international public du Département fédéral des Affaires étrangères suisse reproduite par Lucius CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public », *op. cit.* note 545, p. 186. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie l'a également souligné. Il se prononçait en l'occurrence à propos de l'article 3 commun, mais ce raisonnement précis est transposable tel quel au Protocole II. Voir TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškosi, Johan Tarčulovski*, *op. cit.* note 55, § 205.

⁵⁵⁹ Dans le même sens, Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 50.

⁵⁶⁰ Dans le même sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 37.

⁵⁶¹ Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 50.

avec des groupes armés incontestablement bien organisés ou de conflits armés moins structurés, au moment de vérifier le point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire, des difficultés surgissent presque inévitablement. À titre d'exemple, il est possible de mentionner la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Ce dernier s'est placé dans le plus pur traditionalisme au moment d'évaluer si le conflit dont il avait à connaître relevait du deuxième Protocole additionnel, se fondant sur le texte de l'article premier de cet instrument et sur le commentaire dont il a fait l'objet. Mais, probablement pour éviter d'être confronté à des faits dont la qualification juridique aurait pu s'avérer controversée, il a simplement livré sa conclusion, sans faire la démonstration que les événements tels qu'ils s'étaient déroulés sur le territoire rwandais entre le 6 avril 1994 au moins et le 18 juillet de la même année étaient le résultat d'opérations militaires continues et concertées menées par le Front Patriotique Rwandais – contre les Forces Armées Rwandaises, grâce à un contrôle du territoire suffisant pour ce faire. Les juges se sont en effet bornés à statuer que « *les conditions matérielles [...] relativement au Protocole additionnel II ont été réunies* »⁵⁶². Les seuls éléments qui sont rappelés à l'appui de cette conclusion sont que le Front Patriotique Rwandais était doté d'un commandement responsable, en la personne de Paul Kagame – sans préciser ce que commandement responsable signifie – et que ce groupe armé avait « *étendu son contrôle sur le territoire rwandais [...] à plus de la moitié du pays à la mi-mai 1994 et a mené des opérations militaires continues et concertées jusqu'au cessez-le-feu intervenu le 18 juillet 1994, qui a mis fin à la guerre [sic]. Les troupes du FPR [Front Patriotique Rwandais] étaient disciplinées et obéissaient à une hiérarchie structurée et dotée d'une autorité.* »⁵⁶³ Le Tribunal ne dit donc rien des éléments qui lui permettent d'affirmer que le Front Patriotique Rwandais contrôlait une partie du territoire au sens du Protocole II. De surcroît, outre le fait que ces seuls éléments succincts, pour dire le moins, lui permettent d'« *estime[r] que le conflit en question était un conflit armé interne au sens du Protocole additionnel II* »⁵⁶⁴, on relèvera qu'il est difficile de déterminer, à la lecture de ce constat, à partir de quand le conflit armé non international est réputé avoir existé. En effet, le contrôle du territoire s'est étendu jusqu'à mai 1994, mais rien n'est dit sur le moment à partir duquel le contrôle du territoire était réalisé avant cette date. Dans une affaire ultérieure il a simplement ajouté, après avoir uniquement énuméré les conditions posées à l'article 1 du Protocole II sans dire quels éléments permettaient de vérifier qu'elles étaient effectivement réalisées pendant la période couverte par l'acte d'accusation, qu'« *en l'espèce, les conditions essentielles sont toutes réunies pour que le conflit qui a eu lieu au Rwanda, au cours des mois d'avril, de mai, de juin et de juillet 1994, puisse être considéré*

⁵⁶² TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309, § 624.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*

comme un conflit armé de caractère non international [...] »⁵⁶⁵ relevant de l'article 3 commun et du Protocole II.

C) L'énoncé de ces critères affecte-t-il l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ?

Au moment de la Conférence diplomatique de 1974-77, Le Comité international de la Croix-Rouge n'était pas favorable à la création d'un nouveau type de conflit armé non international au terme du deuxième Protocole, estimant que « [l']inconvenient de ce système est qu'il crée une situation conventionnelle un peu compliquée en établissant deux instruments applicables aux conflits armés non internationaux. »⁵⁶⁶ Ainsi, le projet qu'il proposait aux délégations gouvernementales pour discussion se lisait comme suit : « Le présent Protocole s'appliquera à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et se déroulent entre des forces armées ou groupes armés organisés, dirigés par un commandement responsable. »⁵⁶⁷ Dans son exposé introductif, il précisait en outre que « [...] la définition du conflit [...] était alors la suivante] : il s'agit d'un affrontement entre forces armées capables de mener des actions militaires concertées sous la conduite d'un commandement responsable. »⁵⁶⁸ Il en résulte que si le texte qu'il avait proposé avait été conservé on aurait aujourd'hui un seuil équivalent, et très bas, au déclenchement de l'applicabilité des conflits armés internationaux et non internationaux. Mais, obligé d'anticiper que certaines délégations gouvernementales n'étaient toujours pas prêtes à élaborer un instrument contraignant dont le seuil d'applicabilité serait aussi bas que celui qu'avait alors acquis l'article 3 commun, il reconnaissait cependant également que si une nouvelle définition devait être élaborée, « [l]e grand avantage de ce système est qu'il laisse intacte la garantie que contient l'article 3 commun aux Conventions de Genève d'un traitement humain fondamental des victimes dans tous les cas de conflit armé non international. » Il en concluait finalement que « [...] dans la plupart des cas, l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le projet de Protocole II pourront s'appliquer simultanément. »⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, op. cit. note 501, § 172.

⁵⁶⁶ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 221, § 16.

⁵⁶⁷ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume I, troisième partie, Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 – Comité international de la Croix-Rouge, 46 p., p. 33.

⁵⁶⁸ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 220, § 15.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 221, § 16.

Au cours des débats une définition plus stricte va effectivement voir le jour. Elle est le résultat de la tentative de conciliation des positions antagonistes entre des gouvernements qui considéraient que ce projet de Protocole était une atteinte à la souveraineté étatique et par conséquent inacceptable dans son ensemble, et ceux qui plaidaient au contraire qu'il n'y avait aucune raison pour qu'une victime d'un conflit armé non international soit moins bien protégée qu'une victime d'un conflit armé international et souhaitaient par conséquent, au moins, un élargissement des protections offertes dans les hypothèses de conflit armé non international⁵⁷⁰. Quoi qu'il en soit, dès le début des discussions en vue de l'élaboration de projets de Protocole additionnels, les experts estimaient « [...] *qu'il ne serait pas impossible que des conflits armés non internationaux de très faible intensité soient couverts par l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 sans pour autant tomber sous le coup de l'article premier du Protocole II.* »⁵⁷¹ Hormis de longues considérations d'ordre général au gré desquelles on trouve quelques allusions à des éléments spécifiques, rien n'explicite précisément ce qui a conduit à la reformulation du texte, laquelle a eu lieu au sein d'un groupe de travail dont seul un compte-rendu sommaire est disponible. Il n'en demeure pas moins qu'au terme de l'adoption par consensus de cette disposition en Commission, certaines délégations s'expriment, livrant leur compréhension du texte. Il ne fait dès lors aucun doute que, dans l'esprit des négociateurs, le Protocole II introduit un nouveau seuil d'applicabilité, plus élevé, du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux exclusif à l'applicabilité de cet instrument⁵⁷². Et puisque la position de certains gouvernements préférant

⁵⁷⁰ Tels que le Canada, qui souhaitait par exemple que les conflits armés non internationaux « *couv[r]ent tous les cas où il est fait usage de forces armées* » et ajoute que ce qu'il désire « *c'est un Protocole réaliste orienté vers les victimes* », *ibid.*, pp. 221-222, § 20 ; ou encore la Norvège se fondant sur l'Affaire du vapeur « Wimbledon » de la Cour permanente de Justice internationale affirme : « [...] *la ratification par un État de projet de Protocole II n'impliquerait nullement un abandon de la souveraineté, mais impliquerait l'exercice de celle-ci.* », *ibid.*, p. 236, § 15. Sur ces questions spécifiques, voir Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236.

⁵⁷¹ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit.* note 85, p. 220, § 16.

⁵⁷² Le délégué canadien dit par exemple : « [...] *l'article] premier relève, par des dispositions pratiques, le seuil déjà fixé par l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949.* » *ibid.*, p. 313, § 12. Dans le même sens le délégué des Pays Bas regrette profondément « *le champ d'application étroit* », finalement retenu dans le texte, *ibid.* p. 314, § 14. Le représentant du gouvernement suisse juge quant à lui que « [...] *les conditions posées pour l'application du projet de Protocole n'ont pas pour effet d'élever le seuil d'application à un niveau prohibitif* », ce qui signifie *a contrario* que le seuil est élevé par rapport à celui entendu au terme de l'article 3 commun, *Ibid.* p.316, § 21. Sylvie Junod confirme cette différenciation, voir Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, pp. 35-36 et Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.* note 11, p. 1372, § 4447. Dans le même sens, voir également Rosemary ABI-SAAD, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale, op. cit.* note 502, pp. 145-148 ; Anthony CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 514, p. 92 ; Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law, op. cit.*

instaurer une nouvelle définition du conflit armé non international spécifique à l'application du deuxième Protocole additionnel l'emportait, il était alors important de réaffirmer la portée de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ; exercice auquel le représentant du gouvernement suisse, se livre de façon magistrale : « [...] il est indispensable de stipuler que l'article 3 commun aux Conventions demeure valide. Il faut qu'il demeure en vigueur en toutes circonstances, même s'il en résulte des complications juridiques dans les cas où les conditions d'application du Protocole II [...] ne sont pas réunies. Les inconvénients qui peuvent en découler pour les juristes sont négligeables en comparaison des souffrances qui résulteraient pour les victimes d'un conflit armé non international si elles étaient privées de la protection que leur accorde l'article 3. »⁵⁷³

Si des critères sont finalement introduits, ce sont des critères qui se veulent purement objectifs « [...] en sorte que la mise en vigueur du Protocole, dans une situation donnée, ne saurait être retardée par les problèmes d'interprétation des dispositions de l'article premier. »⁵⁷⁴ Ceux-ci n'affectent en rien l'applicabilité de l'article 3 commun qui repose sur des critères qui lui sont propres.⁵⁷⁵ Le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dont le Statut prévoit expressément sa compétence pour poursuivre les violations graves de l'article 3 commun et du Protocole II⁵⁷⁶, a repris cette distinction à son compte. Il a en effet affirmé qu'« on distingue clairement, du point de vue des seuils d'application, entre les conflits armés internationaux auxquels la loi des conflits armés s'applique dans son ensemble, les conflits armés ne présentant pas un caractère international (conflits internes), qui tombent sous le coup de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II et les conflits armés non internationaux qui relèvent du seul article 3

note 512, pp. 102 et s. ; Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 512, pp. 199-200 ; ou encore International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, p. 12 ; Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *op. cit.* note 85 ; Djamchid MOMTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 49.

⁵⁷³ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit.* note 85, p. 238, § 27. Dans le même sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 32.

⁵⁷⁴ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit.* note 85, p. 316, § 21 (l'orateur est M. Pictet, il ne s'agit toutefois pas de Jean Pictet mais d'un homonyme). Luigi Condorelli le confirme en ces termes : « [...] les conditions d'applicabilité du projet de Protocole II sont établies d'une manière objective, de sorte qu'il n'y a pas de place pour une évaluation subjective concernant l'existence d'un conflit armé au sens du présent article. », p. 317, § 26.

⁵⁷⁵ Dans le même sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 35 ; Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.* note 9 § 4457, pp. 1374-1375 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 148.

⁵⁷⁶ Voir en ce sens le *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, annexé à la Résolution 1901 (2009) du CSNU, 6 décembre 2009, S/RES/1901 (2009), article 4.

commun. »⁵⁷⁷ Au-delà de la réaffirmation de la distinction fondamentale entre les conflits armés internationaux et non internationaux, les conflits armés non internationaux relevant du seul article 3 commun se trouvent donc nettement distingués de ceux auxquels s'appliquent additionnellement le deuxième Protocole. Plus spécifiquement encore, les juges d'Arusha exigent que « *[d]ans tous les cas où [le Procureur] allègue des infractions sous l'empire et de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II, dont le seuil d'application est plus élevé, [il] devra prouver que les critères d'application de l'article 3 commun, d'une part, et du Protocole additionnel II, d'autre part ont été satisfaits.* »⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.* note 309, § 598 ; voir également § 599.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, § 615.

Section II L'interprétation contemporaine du seuil d'entrée pour le conflit armé non international opérée par les juridictions pénales internationales : vers une uniformisation ?

Constatant que l'article 3 commun ne donnait pas de définition du conflit armé ne présentant pas un caractère international, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a, dès la première affaire dont il a eu à juger, été contraint de dégager des critères lui permettant de conclure à sa caractérisation.⁵⁷⁹ Il a ainsi posé qu'un conflit armé non international existe chaque fois qu'il existe « *un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État.* »⁵⁸⁰ Ce à quoi il ajoute immédiatement que « *[l]e droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés* »⁵⁸¹. Cette dernière formule est trompeuse car en la matière la progressivité domine. En effet, l'expression « *dès l'ouverture de ces conflits armés* »⁵⁸² pourrait laisser penser que comme pour le conflit armé international, c'est le premier coup de feu qui est déterminant. Or, l'examen tant de l'intensité de la violence⁵⁸³ que de

⁵⁷⁹ À l'origine, les juges du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, se fondant sur le droit coutumier, donnent leur interprétation de l'article 3 commun. Le fait que cet article soit ultérieurement mentionné dans une disposition du Statut de Rome distincte de celle qui reprend les critères dégagés par sa jurisprudence contribue à se poser la question de savoir si la définition qu'ils ont dégagée est une nouvelle définition ou simplement une lecture de l'article 3 commun. Il reste que la jurisprudence fait expressément référence à l'article 3 commun. Il est par conséquent difficile de comprendre pourquoi Djamchid Momtaz estime que « *[c]est pour pallier les inconvénients de [la] définition [du Protocole II], qui exclut du champ d'application du Protocole II additionnel la plupart des conflits armés non internationaux contemporains, que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [...] opte pour de nouveaux critères, repris tels quels par le Statut de la Cour pénale internationale [...]* », Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 49. Le paragraphe 562 du jugement *Tadić* est pourtant explicite : « *Le critère appliqué par la Chambre d'appel quant à l'existence d'un conflit armé aux fins des dispositions de l'article 3 commun se concentre sur deux aspects d'un conflit : son intensité et l'organisation des parties à ce conflit.* », TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, *op. cit.* note 237, § 562, nous soulignons. Voir également dans le même sens, TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, Affaire n° IT-03-66-T, Chambre de première instance II, jugement, 30 novembre 2005, § 86 ; ou encore TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, *op. cit.* note 55, § 176.

⁵⁸⁰ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, § 70. Pour une étude détaillée de l'élaboration de cette définition voir Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 117-141, qui n'aborde toutefois pas la jurisprudence *Bošković* qui tient une place prépondérante dans les lignes qui suivent. Voir également, TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, *op. cit.* note 265, § 563, qui reprend la formulation du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie *in extenso*, mais qui ensuite applique les critères d'organisation et d'intensité pour la définition du « conflit armé », sans en spécifier la nature non-internationale.

⁵⁸¹ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, § 70.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Le Tribunal a par la suite estimé que la notion de conflit armé « prolongé » relevait de la notion d'« intensité » de la violence exercée, elle est donc traitée sous cette terminologie ici. Pour les

l'organisation des groupes armés impliqués, invariablement repris dans la jurisprudence de cette juridiction⁵⁸⁴, mais aussi par le Tribunal pénal international pour le Rwanda⁵⁸⁵, puis par la Cour pénale internationale⁵⁸⁶, révèle qu'il n'y a pas immédiateté (I). Pour que le conflit armé soit caractérisé et donc pour que le droit international humanitaire commence à s'appliquer dans ces situations il faut que les groupes armés atteignent un certain niveau d'organisation et que la violence atteigne un certain niveau d'intensité. Il se peut qu'au premier jour des affrontements les groupes armés qui s'opposent aux forces armées gouvernementales soient extrêmement bien organisés et mènent des attaques de très grande intensité emportant immédiatement qualification de conflit armé non international, mais la plupart du temps il sera nécessaire qu'un certain laps de temps s'écoule pour conduire à cette constatation. C'est sans doute ce pourquoi les juges de 1995 avaient introduit l'élément « prolongé » dans leur appréciation du conflit armé non international. Amendé par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie puis repris dans le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, cet élément suscite un certain nombre de questions, en particulier sous l'angle de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire (II). Si d'aucuns estiment que l'article 8 paragraphe 2 f) du Statut de Rome, lu à la lumière de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, a conduit à la création d'un nouveau type de conflit armé non international, à côté de ceux relevant de l'article 3 commun ou du deuxième Protocole additionnel, il convient de s'interroger sur ses conséquences du point de vue de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire applicable à ces situations. (III).

développements relatifs aux conséquences de l'emploi du terme « prolongé », repris dans le Statut de Rome, voir *infra* (III. ci-dessous).

⁵⁸⁴ Voir en ce sens, par exemple, TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 237, §§ 561 et s. ; TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, §§ 183 et s. ; TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 336 ; TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, op. cit. note 579, §§ 83 et s. ; TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias "Tuta" et Vinko Martinović alias "Stela"*, op. cit. note 44, § 225 ; ou TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, Affaire n° IT-04-84-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 avril 2008, §§ 37 et s.

⁵⁸⁵ Dans la première affaire dont il a eu à connaître, le Tribunal, après avoir constaté que « [l]es règles édictées par l'article 3 commun s'appliquent à tout conflit dès lors qu'il constitue un "conflit armé ne présentant pas un caractère international". D'où la question de savoir ce qui constitue un conflit armé. », s'est expressément référé à la définition élaborée par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić*. Voir, TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309, § 616.

⁵⁸⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, op. cit. note 85, § 533.

§ I. L'interprétation des éléments traditionnels caractéristiques du conflit armé non international

Suite à la position de principe adoptée par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić*, selon laquelle deux éléments permettent de vérifier qu'une situation répond aux caractéristiques d'un conflit armé non international et donc déclenche l'applicabilité du droit international humanitaire conçu pour ces situations, le Tribunal pénal international pour le Rwanda dans l'affaire *Akayesu*⁵⁸⁷ se bornait à constater de façon lapidaire que « [l]es deux groupes [les Forces Armées Rwandaises et le Front Patriotique Rwandais] étaient bien organisés et considérés comme de véritables armées »⁵⁸⁸, puis se contentait de constater que « tous les observateurs, y compris la MINUAR et les Rapporteurs spéciaux de l'ONU se sont accordés à voir dans l'affrontement entre les deux forces, une guerre, un conflit armé interne »⁵⁸⁹, pour se satisfaire de la réalisation du niveau d'intensité requis à la mise en œuvre de l'article 3 commun. Depuis, au travers des affaires ultérieures dont allait être amenée à connaître la justice pénale internationale, les critères déterminants de la qualification de conflit armé non international ont été considérablement précisés. À cet égard, l'affaire *Boškoski*⁵⁹⁰, rendue en 2008, représente un véritable achèvement. En effet, dans une œuvre didactique remarquable, les juges ont passé en revue leur jurisprudence antérieure, mais aussi la doctrine et certaines jurisprudences nationales, et en ont dégagé plusieurs grands groupes d'indicateurs pour chacun des critères ; l'organisation (A) et l'intensité (B).

A) À partir de quand un groupe armé est-il suffisamment organisé pour que ses agissements soient couverts par le droit international humanitaire ?

Après avoir rappelé que ni l'article 3 commun ni aucun autre texte ou jurisprudence ne traitait du niveau minimal d'organisation requis pour la mise en œuvre de cette disposition⁵⁹¹, les juges de La Haye considèrent que la définition posée en 1995 par le Tribunal implique de façon générale une structure hiérarchique et que ses dirigeants soient en mesure d'exercer leur autorité sur les membres du groupe⁵⁹². Examinant ensuite méticuleusement la jurisprudence antérieure, ils identifient cinq grands groupes de facteurs

⁵⁸⁷ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. note 309.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, § 618.

⁵⁸⁹ *Ibid.*

⁵⁹⁰ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55.

⁵⁹¹ *Ibid.*, § 194.

⁵⁹² *Ibid.*, § 195.

permettant de conclure à l'organisation suffisante d'un groupe armé à l'effet de la mise en œuvre du droit international humanitaire.⁵⁹³

Le premier groupe comprend les éléments permettant de constater l'existence d'une structure de commandement.⁵⁹⁴ Parmi ceux-ci sont compris, « l'établissement d'un état-major »⁵⁹⁵ ou « l'existence d'un règlement intérieur énonçant l'organisation et la structure du groupe armé »⁵⁹⁶, dont découle un certain nombre d'autres indicateurs. Le deuxième groupe est relatif aux « facteurs indiquant que le groupe peut mener des opérations de manière organisée »⁵⁹⁷. Au nombre des facteurs répertoriés dans ce deuxième groupe, on constate que le Tribunal fait du contrôle du territoire l'un des facteurs au nombre de ceux qui permettent de constater qu'un groupe armé est organisé et donc capable de mener un conflit armé non international au sens de l'article 3 commun. Ce critère du contrôle du territoire est l'un de ceux qui distingue généralement un conflit armé ne présentant pas un caractère international au sens de l'article 3 commun, d'un conflit armé non international au sens du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève, ce dernier exigeant explicitement cette condition pour son application. Certes, le contrôle du territoire n'est pas considéré par les juges en tant que tel comme critère de distinction pour l'applicabilité de l'article 3 commun, il reste qu'il est formellement énoncé en tant qu'indicateur de l'organisation du groupe armé. Le réalisme justifie cette exigence et va de pair avec un autre type de contrôle, à savoir celui que les dirigeants du groupe armé exerce sur ses membres, afin qu'ils puissent s'assurer que les dispositions minimales contenues à l'article 3 commun sont respectées.⁵⁹⁸ Le troisième groupe de facteurs identifié par le Tribunal concerne la logistique du groupe armé.⁵⁹⁹ Le quatrième reprend les éléments démontrant « un niveau de discipline et une capacité à mettre en œuvre les obligations de base de l'article 3 commun »⁶⁰⁰. Enfin, les facteurs énumérés au cinquième groupe sont ceux relatifs à la « capacité [du groupe] de parler d'une seule voix »⁶⁰¹.

Comme pour tout élément propre à contribuer à identifier à partir de quand un conflit armé, en l'occurrence non international, existe tous ces facteurs n'ont qu'un caractère indicatif et ne sont donc pas cumulatifs. Le

⁵⁹³ Voir également l'analyse de ce critère par Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, pp. 123-127.

⁵⁹⁴ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 199.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, nous traduisons.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*, § 200, nous traduisons.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, § 196 dans une utilisation extensive des commentaires de cette disposition délivrés par le Comité international de la Croix-Rouge. Voir en particulier la note de bas de page 786.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, § 201.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, § 202, nous traduisons.

⁶⁰¹ *Ibid.*, § 203, nous traduisons.

Tribunal le souligne lui-même. Il entend prendre ces facteurs en considération simplement en tant que « *guide pratique pour déterminer si le critère de l'organisation des parties [est] satisfait* »⁶⁰². Ainsi, l'introduction de la notion d'organisation du groupe se trouve enrichie de l'expérience du Tribunal en la matière. L'existence de ces éléments au sein d'un groupe armé contribuera à la conclusion de son organisation ou non. La Cour pénale internationale a donné une interprétation de l'organisation du groupe, mentionnée dans la définition du conflit ne présentant pas un caractère international de l'article 8 paragraphe 2 f) de son Statut, qui s'inscrit dans cette logique. Elle estime en effet que « *[l]e test, accompagné de ces critères [sic], devrait être appliqué avec flexibilité lorsque la Chambre décide si une entité était un groupe armé organisé, étant donné l'exigence limitée à l'article 8 2. f) du Statut qu'un groupe armé était "organisé"* »⁶⁰³. Il s'en déduit que le degré d'organisation du groupe armé pour la mise en œuvre de l'article 3 commun est inférieur à celui exigé au Protocole II. Initialement établi dans la jurisprudence antérieure du Tribunal qui avait en particulier eu l'occasion d'estimer qu'un « *un quelconque degré d'organisation des parties suffira à établir l'existence d'un conflit armé* »⁶⁰⁴ au contraire de la défense qui, reprenant les critères énoncés dans le deuxième Protocole, arguait que « *la partie insurgée [devait] être suffisamment organisée pour mener à bien des actions militaires continues et durables et discipliner ses troupes, qu'elle [devait avoir] instauré une certaine stabilité dans les territoires sous son contrôle, et [disposer] de l'infrastructure nécessaire pour appliquer les dispositions dudit Protocole* »⁶⁰⁵, ceci a été réaffirmé dans le jugement relatif à l'affaire *Boškoski*⁶⁰⁶.

Enfin, dans son analyse subséquente à l'identification des groupes de facteurs auxquels se fier au moment de procéder à la qualification de la situation, le Tribunal, dans le jugement *Boškoski*, fait état d'une situation qui intéresse particulièrement la temporalité. Au terme d'une longue analyse des éléments permettant d'affirmer que le groupe armé dont il était question était suffisamment organisé pour être considéré comme avoir été partie à un conflit armé non international, les juges constatent en effet qu'« *il y avait eu un développement et une maturation progressive de la NLA [Armée de Libération Nationale d'Albanie]* »⁶⁰⁷. Ils en arrivent à la conclusion qu'au moment de la commission des faits couverts par l'acte d'accusation, le groupe armé avait

⁶⁰² *Ibid.*, § 206, nous traduisons.

⁶⁰³ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.* note 85, § 537, nous soulignons. La Cour emploie le terme « critère » là où il serait plus indiqué de parler d'« indicateur » ou de « facteur » comme dans l'affaire *Boškoski*. Quelle que soit la terminologie, les éléments qui composent le test que la Cour utilise correspondent néanmoins à ceux dégagés par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie.

⁶⁰⁴ TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, *op. cit.* note 579, § 89.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, § 88, nous traduisons.

⁶⁰⁶ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, *op. cit.* note 55, §§ 196-197.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, § 286, nous traduisons, nous soulignons.

atteint le niveau d'organisation requis.⁶⁰⁸ Il n'est donc pas exigé qu'un groupe armé présente immédiatement des attributs d'organisation suffisante. Il peut les acquérir au gré des événements.⁶⁰⁹ Dans cette hypothèse il conviendra de déterminer à partir de quel moment précis l'organisation est acquise, afin de contribuer à la qualification de conflit armé non international et en conséquence à l'applicabilité du droit international humanitaire.

En tout état de cause, c'est couplée à un autre facteur, lui aussi examiné en détail par les juges du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, que la vérification de l'organisation du groupe est utile à la détermination de l'applicabilité du droit international humanitaire dans une situation donnée.

B) *Quel niveau d'intensité doivent atteindre les affrontements pour que le droit international humanitaire s'applique ?*

Pour ce qui concerne l'intensité, un très grand nombre de « *facteurs indicatifs ont été pris en compte* »⁶¹⁰ par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie au cours des nombreuses affaires dont il a eu à juger. Ils peuvent être regroupés en six grands groupes. Premièrement, les facteurs liés aux armes distribuées, tels que leur nature. L'emploi d'artillerie lourde⁶¹¹ laisse par exemple supposer que les parties au conflit se livrent à des affrontements d'un niveau d'intensité élevé. Deuxièmement, certains facteurs décrivent les techniques utilisées. À cet égard, la pratique du siège de villes ou de leur bombardement, la quantité de troupes déployées, l'existence d'une ligne de front, la fermeture de routes, ou encore la mobilisation ou le déploiement de forces gouvernementales dans une zone en particulier, participent de l'identification du niveau d'intensité requis à la qualification de conflit armé non international. Troisièmement, des facteurs ont trait au résultat engendré

⁶⁰⁸ *Ibid.*, § 290.

⁶⁰⁹ À cet égard on peut noter que les juges accordent dans l'affaire *Boškoski* un certain poids à la circonstance que le groupe armé avait finalement été en mesure de négocier puis signer un accord de cessez-le-feu. *Ibid.*, § 289.

⁶¹⁰ *Ibid.*, § 177, nous traduisons. Tous les facteurs indiqués ci-après sont issus de l'analyse à laquelle ont procédé les juges dans cette affaire. Ils ont simplement été regroupés en cinq grandes catégories dans un objectif purement didactique. Dans l'arrêt *Haradinaj*, les juges ont proposé la nomenclature analogue suivante : « Parmi [l]es éléments [symptomatiques de l'intensité du conflit], il faut citer le nombre, la durée et l'intensité des différents affrontements, les types d'armes et autres matériels militaires utilisés, le nombre de munitions tirées et leur calibre ; le nombre de personnes et le type de forces engagées dans les combats ; le nombre de victimes ; l'étendue des destructions ; le nombre de civils ayant fui la zone des combats. L'engagement du Conseil de sécurité des Nations Unies peut également témoigner de l'intensité d'un conflit. », TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, op. cit. note 584, § 49. Voir également l'analyse de ce critère par Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, pp. 127-133.

⁶¹¹ Pour chacun des indicateurs reproduits ci-après, voir TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, et en particulier § 177 pour le détail des jugements et arrêts qui les ont utilisés. La jurisprudence pertinente ne sera répétée ci-après que dans la mesure où elle affecte l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire directement.

par l'emploi de ces armes et des techniques utilisées, tels que l'ampleur des destructions, les victimes, ou encore le fait que la population est contrainte de fuir certaines zones. Quatrièmement, certains facteurs liés aux affrontements dans leur globalité, tels que le sérieux des attaques examiné notamment au travers l'augmentation des affrontements armés⁶¹², l'extension des affrontements au travers le territoire et sur une période de temps⁶¹³, sont également indicatifs du niveau d'intensité des événements. Il faut en outre relever qu'à deux reprises, le Tribunal a pris en compte l'« *occupation du territoire* »⁶¹⁴ comme facteur contributif à la détermination du conflit armé non international. Or, si bien sûr la capacité d'un groupe armé à contrôler une partie du territoire témoigne de son potentiel à exercer une violence d'une certaine intensité, cet élément peut être glissant tant il rappelle l'exigence de « *contrôle d'une partie du territoire* » énoncée au premier article du deuxième Protocole additionnel. Cinquièmement, des facteurs relatifs à la réaction des États, et en particulier des États tiers, peuvent contribuer à déterminer si le niveau de violence atteint le seuil d'intensité requis. Il en va ainsi par exemple de la conclusion ou de l'imposition de cessez-le-feu, du fait que la situation attire l'attention des Nations unies ou que certains États s'impliquent pour chercher une solution au conflit. Enfin et sixièmement, les juges ont estimé dans leur jugement *Boškoski*⁶¹⁵ qu'un élément systémique pouvait également être examiné, et ce avec une attention toute particulière. Plus que la réponse apportée par les forces armées gouvernementales, il s'agit d'observer comment les organes de l'État font usage de la force à l'encontre des opposants. Les règles d'engagement sont drastiquement différentes selon que la répression d'un événement est prise en charge par une opération de police ou par une opération militaire ; en particulier, les règles relatives à l'usage de la force sont diamétralement opposées selon l'une ou l'autre des situations. Dès lors, si les organes de l'État chargés de contenir les événements emploient la force, et en ce compris la force létale, contre les opposants sans avoir d'abord recherché d'autres moyens pour ce faire, on disposera alors d'un indice que l'État considère lui-même la situation comme étant celle d'un conflit armé plutôt que

⁶¹² Voir en ce sens, TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 237, § 565 ; TPIY *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, § 189 ; ou TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 340.

⁶¹³ Voir en ce sens, par exemple, TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 237, § 566 ; TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, § 186 ; TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, §§ 340 et s. ; TPIY, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, Affaire n° IT-01-48-T, Chambre de première instance I, Section A, jugement, 16 novembre 2005, §§ 163 et s. ; TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, op. cit. note 579, §§ 168 et s.

⁶¹⁴ TPIY, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, op. cit. note 613, § 163 et TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, op. cit. note 579, §§ 146 et 158.

⁶¹⁵ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55.

comme une « simple » situation d'urgence, par exemple. Comme le soulignent les juges cette analyse peut donc se révéler « *instructive* »⁶¹⁶.

Au regard de cette appréciation, une rapide digression s'impose ici tant elle évoque celle qu'a portée le Comité international de la Croix-Rouge dans une situation très récente. En effet, à propos de la situation en Syrie, et à un moment où il fait relativement peu de doutes que la situation pouvait être qualifiée de conflit armé non international, cette institution s'est montrée, de façon assez surprenante, frileuse à l'admettre, allant même jusqu'à introduire un concept inconnu à ce jour, à savoir l'existence d'affrontements qui s'apparenteraient à un conflit armé non international dans certains endroits du territoire syrien seulement⁶¹⁷. Cette frilosité affichée s'explique probablement par un antagonisme profond entre deux règles du droit international humanitaire. D'une part, qualifier la situation de conflit armé non international peut permettre à une organisation de secours d'opposer aux parties en présence la règle coutumière selon laquelle elle doit être autorisée à acheminer de l'aide aux personnes qui en ont besoin, mais d'autre part reconnaître que la situation est un conflit armé non international c'est admettre que les forces armées gouvernementales ont le droit de répondre à la violence insurgée selon les règles relatives à la conduite des hostilités et non plus seulement selon celles, plus restrictives, relatives à l'usage de la force élaborées dans le cadre plus large du droit international des droits de l'homme. Pour le Comité international de la Croix-Rouge il est politiquement impossible de donner l'impression qu'il délivre un blanc-seing à l'État pour faire usage de la force, mais dans le même temps son rôle primordial et de s'acharner à négocier l'accès aux populations qui sont affectées par les événements. Ainsi, considérer que la situation est à certains endroits celle d'un conflit armé non international lui permet sans doute d'accéder à ces zones tout en essayant d'éviter un embrasement encore plus généralisé – s'il est possible – de la violence au travers tout le pays, et notamment dans des zones jusqu'alors peu touchées.

La mesure de l'intensité est donc réalisable à partir d'un faisceau d'indices dont certains facteurs objectifs ont été clairement énumérés par la jurisprudence. À cet égard, il faut noter que la Cour pénale internationale a indiqué que l'approche suivie par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie était « *appropriée* »⁶¹⁸. Mais il ne s'agit que d'indicateurs, dont aucun n'est plus déterminant que l'autre et qui doivent être analysés conjointement et au cas par cas. Là encore, le droit international humanitaire

⁶¹⁶ *Ibid.*, § 178.

⁶¹⁷ Le Président du Comité international de la Croix-Rouge a en effet confié à l'agence de presse Reuters qu'il « *peut y avoir une situation de conflit armé interne dans certaines zones [...]* », Stephanie NEBEHAY, « *Some Syria violence amounts to civil war: Red Cross* », *Reuters*, 8 mai 2012, disponible en ligne sur : www.reuters.com/assets/print?aid=USBRE8470D920120508, dernier accès le 9 mai 2012.

⁶¹⁸ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.* note 85, § 538, nous traduisons.

ne donne pas une définition stricte de ce qu'il faut comprendre comme étant un niveau d'intensité de violence caractéristique d'un conflit armé non international qui pourrait s'appliquer uniformément à toute situation. Par conséquent, pour déterminer le moment à partir duquel la violence atteint le niveau d'intensité requis à la qualification de conflit armé non international et donc à l'applicabilité du droit international humanitaire il faut, à l'aune des faits, évaluer si les éléments en présence sont suffisants. Il s'agit donc d'une notion mouvante par essence. C'est probablement pour cette raison que, dans un premier temps, les juges ont cherché un concept plus tangible, qu'ils ont cru trouver au travers du caractère « *prolongé* » du conflit armé. Plus le temps passe, plus les probabilités que les facteurs se produisent sont élevées et donc plus le niveau d'intensité caractéristique du conflit armé non international a de chance d'être atteint. Cette notion qui présente toutefois quelques désavantages a été par la suite réintégrée dans le concept plus global d'intensité.⁶¹⁹ Néanmoins, du fait de sa composante temporelle inhérente, elle fera l'objet ci-après d'un développement spécifique. Du reste, il n'est pas anodin de relever que dans le jugement *Boškoski*⁶²⁰, la notion jouit d'un statut particulier. Elle est en effet mentionnée en préambule, avant l'examen de l'intensité et de l'organisation, dans cette phrase sibylline : « *Cette approche [consistant à examiner l'intensité et l'organisation] a été suivie dans les jugements subséquents [à l'arrêt Tadić] bien qu'il soit nécessaire de prendre soin de ne pas perdre de vue l'exigence d'une violence armée prolongée dans le cas d'un conflit armé interne au moment d'évaluer l'intensité du conflit.* »⁶²¹, puis fait l'objet d'un examen approfondi ultérieurement dans le raisonnement des juges relatif à l'intensité⁶²².

§ II. L'inclusion d'une spécificité temporelle : le caractère « prolongé » du conflit armé

Finalement inclus au nombre des éléments permettant de juger du niveau d'intensité de la violence exercée, l'apparition de l'exigence du caractère « prolongé » du conflit armé aux fins de sa qualification mérite d'être traitée à part, tant elle intéresse une étude relative à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire. Elle pose un certain nombre de difficultés (A) et a été magistralement contredite dans une affaire de la Commission inter-américaine des droits de l'homme (B)⁶²³.

⁶¹⁹ TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, op. cit. note 584.

⁶²⁰ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55.

⁶²¹ *Ibid.*, § 175.

⁶²² En particulier à partir du § 183 de l'arrêt.

⁶²³ Voir Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, à propos du champ d'application temporel du conflit armé non international,

A) *Les difficultés posées par le concept de prolongation du conflit au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*

La notion de « *conflit armé prolongé* » est apparue en 1995 dans l'arrêt *Tadić*⁶²⁴ à son célèbre paragraphe 70. Conscients que l'introduction de cet élément temporel pouvait en lui-même poser difficulté au moment de qualifier une situation de conflit armé non international, les juges ont treize ans plus tard professé que cet élément faisait partie intégrante du concept plus large de l'intensité de la violence⁶²⁵. La prolongation du conflit n'est donc finalement plus vue par le Tribunal comme un critère déterminant de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux, mais comme l'un des indicateurs permettant de conclure à la caractérisation de la situation. Il n'en demeure pas moins que les États présents à la Conférence diplomatique chargée d'élaborer le Statut de Rome ont repris cette formule *in extenso*. Même si la doctrine qui s'est penchée sur les travaux préparatoires⁶²⁶ révèle que c'est presque fortuitement que la formule a pris sa place à l'article 8 paragraphe 2 f) du texte final, sa présence pose un certain nombre de questions, d'abord du fait de sa subjectivité intrinsèque (2) et ensuite par l'incertitude temporelle qu'elle introduit (3). Ces deux éléments seront tour à tour étudiés après avoir rappelé les raisons qui semblent avoir été celles qui ont poussé les juges à introduire ce nouveau facteur indicatif (1).

1) *Le but recherché par l'introduction de la notion de conflit armé « prolongé »*

Avant tout, il est intéressant de souligner que l'inclusion explicite de ce concept dans la définition du conflit armé non international avait très précisément été écartée par les négociateurs du deuxième Protocole additionnel. Bien qu'en l'occurrence les juges de La Haye se livraient à l'exégèse de l'article 3 commun, les raisons pour lesquelles cette notion avait

où il estime que la notion de conflit armé prolongé implique une certaine durée et prend également en exemple l'affaire *La Tablada* (voir *infra*, B. ci-dessous) de la Commission interaméricaine, non pas pour considérer qu'il s'agit d'une position antagoniste, mais simplement pour argumenter que la nature prolongée du conflit peut être constatée rapidement, pp. 142-146.

⁶²⁴ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 70.

⁶²⁵ Précision apportée par l'affaire TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, op. cit. note 584, jamais démentie depuis et jusqu'à la nouvelle leçon prodiguée par le TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55.

⁶²⁶ En ce sens par exemple, Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », op. cit. note 85, p. 610-611 ; Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, op. cit. note 512, pp. 159-185 ; Anthony CULLEN, « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8 2. f) », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, n° 3, 2007, pp. 419-445 ; et Lindsay MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, op. cit. note 512, pp. 160 et s.

été écartée en 1977 méritent d'être mentionnées car les craintes qui se sont exprimées à cette occasion sont transposables au raisonnement développé par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie. En effet, « [l]es critères de durée et d'intensité n'ont pas été retenus comme tels dans la définition parce qu'ils auraient introduit un élément subjectif. La mise en vigueur des règles de protection du Protocole ne saurait, en effet, dépendre de l'appréciation subjective des parties. »⁶²⁷ C'est pourquoi le Comité international de la Croix-Rouge, dans le tout premier projet de Protocole additionnel relatif aux conflits armés de cette nature qu'il avait proposé en 1972, avait voulu tout au contraire faire en sorte que l'existence d'un tel conflit puisse être constatée dès les premiers actes de violence. Un article général relatif à l'applicabilité de ce qui était encore un projet de Protocole additionnel à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 avait été proposé. L'Indonésie, défenseuse de l'intégrité et de la souveraineté des États, estimait en effet qu'un certain nombre de conditions devaient être réunies au déclenchement de l'applicabilité du Protocole, parmi lesquelles le fait que « les conflits armés doivent [...] se poursuivre pendant une période prolongée. »⁶²⁸ Il en résultait alors une proposition d'amendement, abandonnée par la suite⁶²⁹, dont la délégation de Mongolie estimait qu'elle « présentait une difficulté [...], car il ne précis[ait] ni la période en question, ni la Partie au conflit qui se prononcera[it] à ce sujet. »⁶³⁰ La délégation argentine, insistant au contraire pour une définition bien précise des conflits armés non internationaux relevant du Protocole II, considérait qu'« [i]l serait utile de fixer un délai établissant une distinction entre ces deux types de situation »⁶³¹, à savoir le conflit armé non international et les troubles intérieurs et tensions internes. Or, en commentaire de cette disposition, on trouve réitérée la précision suivante : « Par les mots "dès le début du conflit armé", on a voulu marquer que le présent Protocole s'applique dès les premiers actes de violence, même si la lutte armée ne se prolonge pas et même si les événements n'ont

⁶²⁷ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1377, § 4469.

⁶²⁸ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 229, § 55.

⁶²⁹ La version initialement proposée et discutée aboutira finalement à la mention figurant à l'article 2 paragraphe 2 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux : « A la fin du conflit armé, toutes les personnes qui auront été l'objet d'une privation ou d'une restriction de liberté pour des motifs en relation avec ce conflit, ainsi que celles qui seraient l'objet de telles mesures après le conflit pour les mêmes motifs, bénéficieront des dispositions des articles 5 et 6 jusqu'au terme de cette privation ou de cette restriction de liberté ».

⁶³⁰ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 243, § 51.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 251, § 11.

fait qu'un nombre peu élevé de victimes. »⁶³² C'est pourtant une toute autre approche qu'a privilégiée le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie.

Au moment de son apparition en jurisprudence, la notion ne fait pas l'objet d'explications détaillées. Ce sont les jugements subséquents qui permettent d'affirmer que l'introduction d'une notion liée à la prolongation des événements dans le temps – outre le fait qu'elle incluait incidemment l'applicabilité du droit international humanitaire aux affrontements opposant des groupes armés entre eux – avait pour but de distinguer le conflit armé des actes de banditisme et de terrorisme. On le comprend d'abord à la lecture de l'arrêt relatif au camp de Čelebići : « *L'accent est mis sur l'usage prolongé de la force armée et le degré d'organisation des parties en présence, afin de bien marquer la différence avec les troubles civils ou le terrorisme.* »⁶³³ À cette occasion, ce sont les deux éléments dégagés par les juges dans l'arrêt *Tadić* qui sont invoqués aux fins de distinguer le conflit armé d'autre événements ne relevant pas du droit international humanitaire. Mais quelques années plus tard la Chambre d'appel énoncera clairement que c'est « *[l]'exigence d'un conflit prolongé [qui] est essentielle pour pouvoir exclure les simples troubles civils et actes de terrorisme isolés.* »⁶³⁴ Par conséquent, plus que tout autre élément le caractère prolongé du conflit chercherait à permettre d'étayer la conclusion que les actes qui sont en cause ne sont pas de « simples » actes de violence isolés ou sporadiques, mais des actes qui s'inscrivent dans le cadre d'un conflit armé non international.⁶³⁵

2) La subjectivité intrinsèque à la notion⁶³⁶

Comme le soulignent les juges dans l'arrêt *Boškoski*, qui passent en revue toute la jurisprudence antérieure, « *[l]'élément de violence armée "prolongée" dans la définition du conflit armé non international n'a pas fait l'objet d'une grande*

⁶³² *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 3 mai – 3 juin 1972 (seconde session), II, *Commentaires, seconde partie, Documentation présentée par le Comité international de la Croix-Rouge*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Janvier 1972, 91 p., p. 7.

⁶³³ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, § 184. On trouve une formulation similaire dans TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, op. cit. note 584, § 38.

⁶³⁴ TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 341, l'emphasis est de l'original.

⁶³⁵ Dans le même sens voir, TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, §§ 184 et s. Voir également, Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », op. cit. note 512, qui estime que le constat du caractère prolongé de la violence permet d'inclure des hostilités qui ne sont pas nécessairement « continues », p. 204.

⁶³⁶ Dit autrement, cette notion « présente l'inconvénient d'une objectivité toute relative », Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », op. cit. note 275, p. 52.

attention explicite dans la jurisprudence du Tribunal. »⁶³⁷ Une précision importante a toutefois été apportée par la Chambre de première instance I lorsqu'elle a estimé, à l'issue d'une étude détaillée de la jurisprudence antérieure, que « [d]ans la pratique, les Chambres de première instance, y compris celle saisie de l'affaire Tadić, ont considéré que le critère tiré des violences armées prolongées se rapportait davantage à l'intensité de ces violences qu'à leur durée. »⁶³⁸ Autrement dit, le constat que le conflit armé s'est prolongé ne serait qu'un « élément symptomatique »⁶³⁹ parmi d'autres « dont aucun n'est par lui-même essentiel pour établir que les combats sont suffisamment intenses. »⁶⁴⁰ Pourtant, seulement trois mois plus tard la Chambre de première instance II accorde à cet élément une place à part. Cette dernière étudie sa possible réalisation au sein de son raisonnement relatif à l'intensité, mais lui accorde des développements tout à fait particuliers et considère sans équivoque qu'« [il] ajoute un élément temporel à la définition du conflit armé »⁶⁴¹. Devant ce qui semble être une contradiction dans la compréhension de cet élément, élément à part entière ou élément intégré dans un autre, plus large, il convient de s'interroger sur la signification qui lui est propre.

D'après son sens ordinaire le verbe « prolonger » signifie : « Faire aller au-delà d'une limite antérieurement fixée »⁶⁴². En premier lieu par conséquent, la prolongation de quelque chose ne peut s'évaluer que par rapport à une limite de temps préalablement déterminée. Or, en la matière, aucune limite temporelle de quelque nature que ce soit n'existait avant que le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie emploie cette expression pour la première fois en 1995. Il est donc impossible de dire quelle devrait être la limite de temps de référence qui permettrait de déterminer à partir de quand un événement peut être considéré comme « prolongé ». Si on comprend en filigrane ce que les juges ont voulu sous-entendre par l'emploi de ce terme, c'est-à-dire quelque chose qui s'étend dans le temps, sans nécessairement prendre un point de repère temporel préalable, une deuxième ambiguïté se fait jour à la lecture de la jurisprudence. En effet, alors que les termes employés dans l'arrêt Tadić sont « **conflit armé prolongé** »⁶⁴³, l'arrêt relatif au camp de Čelebići, subséquent, évoque « **l'usage prolongé de la force armée** »⁶⁴⁴, l'arrêt

⁶³⁷ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 186.

⁶³⁸ TPIY, *Le Procureur c. Ramuš Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimi*, op. cit. note 584, § 49.

⁶³⁹ *Ibid.*

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 186.

⁶⁴² Paul ROBERT, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit. note 369, p. 2015.

⁶⁴³ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 70, nous soulignons. La version anglaise de cet arrêt emploie les termes « *protracted armed violence* », dont la meilleure traduction serait probablement « *violence(s) armée(s) prolongée(s)* ».

⁶⁴⁴ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, op. cit. note 158, § 184, nous soulignons. La version anglaise de cet arrêt emploie les termes

Kordić le « **conflit prolongé** »⁶⁴⁵, l'arrêt *Haradinaj* les « **violences armées prolongées** »⁶⁴⁶, au pluriel, et l'arrêt *Boškoski* la « **violence armée "prolongée"** »⁶⁴⁷, au singulier. Ainsi, la question se pose de savoir ce qui doit se prolonger ? Le conflit ou la violence ? Ce qui revient à examiner deux éléments radicalement différents et qui a des conséquences sur l'exercice de qualification. Si le conflit armé est caractérisé, le droit international humanitaire s'applique ; constater en plus qu'il s'étale dans le temps n'ajoute rien.⁶⁴⁸ En revanche si ce sont les violences qui sont examinées, il se peut en effet que la circonstance qu'elles durent un certain temps contribue à les qualifier de conflit armé et donc, à partir de ce moment, considérer que le droit international humanitaire s'applique. Si l'on souhaite retenir ce facteur temporel dans la détermination du conflit armé non international il serait dès lors préférable d'examiner la poursuite dans le temps de la ou les violence(s) armée(s), ou de l'usage de la force. Quoi qu'il en soit cette confusion sémantique ne contribue nullement à dissiper les incertitudes qui entourent la notion, bien au contraire. Enfin, même si l'on ignore ces deux ambiguïtés, il en demeure une troisième plus fondamentale encore. À partir de quand considère-t-on qu'un événement présente un caractère prolongé ? Même sans point de départ précis, à partir de quand une situation a-t-elle duré suffisamment longtemps pour emporter qualification de conflit armé non international ? Plus encore, est-il possible de fixer un délai uniforme applicable à toute situation ? S'agit-il de jours, de semaines, de mois ? À chaque situation la réponse pourra être différente. Il suffit d'avoir en tête à une extrême la décision des juges inter-américains qui ont considéré que quelques heures d'affrontements étaient constitutives d'un conflit armé non international⁶⁴⁹ et à une autre extrême l'appréciation de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe

« *protracted extent of the armed violence* », dont la meilleure traduction serait probablement « *le caractère prolongé de la violence armée* » et non « *l'usage prolongé de la force armée* ».

⁶⁴⁵ TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 341, nous soulignons. La version anglaise de cet arrêt emploie les termes « *protracted fighting* », dont la meilleure traduction serait probablement « **combats prolongés** » et non « **conflit prolongé** ».

⁶⁴⁶ TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, op. cit. note 584, § 39, nous soulignons. La version anglaise de ce jugement emploie les termes « *protracted armed violence* », au singulier.

⁶⁴⁷ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 186, nous soulignons. Les guillemets autour du mot « prolongée » sont de l'original. Dans la version anglaise du jugement, non traduite, les termes employés sont « *"protracted" armed violence* ».

⁶⁴⁸ Le Comité international de la Croix-Rouge se serait prononcé en ce sens dans un document de travail à l'occasion des travaux relatifs au Statut de Rome, voir en ce sens Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », op. cit. note 512, p. 209. Le lien indiqué à la note de bas de page 76 vers ce document n'est plus valable et nous ne sommes pas parvenus à l'obtenir sous une autre forme. Voir également pour un raisonnement analogue, Claus KRESS, « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, pp. 103-177, p. 118.

⁶⁴⁹ CIADH, *Juan Carlos Abella c. Argentine*, Affaire 11.137, Rapport n° 55/97 in. Rapport Annuel 1997, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 6 rev, 18 novembre 1997, op. cit. note 6. Voir les développements détaillés sur ce point *infra* (b. ci-dessous).

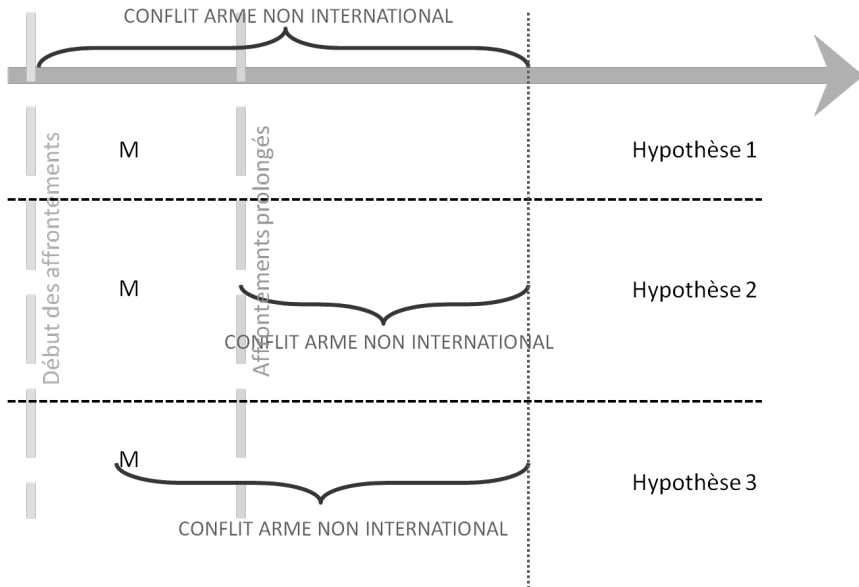
syrienne des Nations unies selon laquelle après huit mois d'affrontements il ne lui était pas possible de conclure à la caractérisation du conflit armé non international, notamment du fait de son incapacité à vérifier le niveau de l'intensité⁶⁵⁰, pour comprendre que le concept de « prolongation » est loin d'être le concept approprié en la matière.

Par ailleurs, non seulement la notion pose problème quant à savoir à partir de quand il est possible de conclure que des affrontements ont perduré depuis suffisamment longtemps pour que cette condition soit réalisée, mais même si l'on y parvenait se poserait ensuite la question de savoir quel sera le cadre temporel du conflit armé non international ainsi identifié.

3) *Un cadre temporel incertain*

Appliquer le critère de prolongation des affrontements pour déterminer au moment même où ils se déroulent si la situation peut être qualifiée de conflit armé non international requiert de raisonner par anticipation. En effet, plus encore que la notion de durée, ou de temporalité, que le terme comporte en lui-même, ce sont les conséquences de cette exigence qui présentent un intérêt sous l'angle de l'application temporelle du droit international humanitaire. Une fois constaté le caractère prolongé d'un événement – à supposer qu'il soit possible de le faire, emportant qualification de conflit armé non international, on conclura que le droit international humanitaire s'applique. Certes, mais sur quelle période ? Rétrospectivement, depuis le début des affrontements ? Ou seulement pour la partie du conflit qui se déroule après le moment à partir duquel les affrontements présentent un caractère suffisamment prolongé ? Voire à partir d'un moment incertain qui se situerait entre le début des affrontements et la reconnaissance de leur caractère prolongé ? Ces questions peuvent être schématisées de la manière suivante :

⁶⁵⁰ Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, A/HRC/S-17/2/Add.1, en particulier § 99.



Vu sous l'angle de la justice pénale internationale, il semble qu'il faille privilégier la deuxième hypothèse, à savoir que les actes commis peuvent être incriminés seulement à partir du moment où les événements présentent un caractère suffisamment prolongé, c'est-à-dire seulement à partir du moment où le conflit armé non international est caractérisé. Un crime de guerre n'étant qualifié que s'il y a une connexité avec le conflit armé, les juges doivent s'employer à démontrer que la période couverte par l'acte d'accusation correspond à la période pendant laquelle s'est étendue le conflit armé. Leur point de départ pour ce faire devrait être le moment à partir duquel il est établi que le « conflit » présente un caractère suffisamment prolongé. Leurs constatations ne sont toutefois pas totalement dépourvues d'ambiguïté.

En effet, dans l'arrêt *Kordić* par exemple, la défense plaidait que la Chambre de première instance n'avait « fait aucune constatation concernant l'existence d'un conflit armé en Bosnie centrale avant le 15 avril 1993 »⁶⁵¹, alors que les faits en cause remontaient pour partie à janvier 1993. La conclusion de la Chambre de première instance n'était en tout cas pas dépourvue d'équivoque. Elle considérait que « si un conflit armé généralisé et prolongé, opposant le HVO et l'ABiH en Bosnie centrale, ne s'est installé qu'à partir d'avril 1993, il existait auparavant des zones de conflit localisées dont on peut dire qu'elles étaient le théâtre d'un conflit armé »⁶⁵². Le caractère prolongé du conflit est donc reconnu à partir d'avril 1993, mais la situation antérieure n'est pas pour autant complètement exclue de ses considérations. À la lecture de ce passage, il est donc à tout le

⁶⁵¹ TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 333.

⁶⁵² TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 281, § 31.

moins difficile d'identifier précisément la période que les juges entendent prendre en compte dans leur examen subséquent des actes commis, susceptibles d'être constitutifs de crimes de guerre. La Chambre d'appel va pourtant balayer l'argument de la défense. Sa conclusion, guère plus claire que celle de la Chambre de première instance, est la suivante : « *L'exigence d'un conflit prolongé est essentielle pour pouvoir exclure les simples troubles civils et actes de terrorisme isolés. Même avant avril 1993, le conflit qui se déroulait en Bosnie centrale ne pouvait être rangé dans ces catégories. En tout cas, dès octobre 1992 ont éclaté de violents combats qui devaient se poursuivre un bon bout de temps. La conclusion de la Chambre de première instance est confirmée.* »⁶⁵³ Autrement dit, si la Chambre d'appel dit, dans un raisonnement *a contrario*, qu'avant avril 1993 les événements ne pouvaient être qualifiés de « simples » actes de terrorisme, elle ne dit pas explicitement qu'ils constituaient un conflit armé non international. De plus, elle constate que des combats ont éclaté dès octobre 1992 et qu'ils se sont poursuivis « *un bon bout de temps* ». Au-delà de cette dernière formule pour le moins approximative, que faut-il conclure de cette appréciation ? Que l'éclatement des combats lui-même constitue le point de départ du conflit armé (c'est-à-dire l'hypothèse 1 dans le schéma ci-dessus) ? Que le conflit est caractérisé dans la période couverte par l'expression « *un bon bout de temps* » (c'est-à-dire l'hypothèse 3 dans le schéma ci-dessus) ? Ou encore à partir d'avril 1993 seulement (c'est-à-dire l'hypothèse 2 dans le schéma ci-dessus), puisqu'elle termine en affirmant que « *[l]a conclusion de la Chambre de première instance est confirmée* »⁶⁵⁴ ? Il est impossible de donner une réponse définitive en l'occurrence.

Dans le même ordre d'idées, l'examen des faits dans le jugement *Haradinaj* laisse parfois perplexe. Au paragraphe 100 du jugement, on peut lire que « *la Chambre est convaincue qu'un conflit armé existait au Kosovo/Kosova à compter du 22 avril 1998 inclus. Elle dispose d'une profusion d'éléments de preuve concernant le conflit armé de mai à septembre 1998.* »⁶⁵⁵ Sans s'attarder sur cette dernière phrase qui interroge quant à la preuve entre le 22 avril et le mois de mai, la suite du jugement offre encore quelques exemples de ce qui pourrait relever d'une certaine incohérence. En effet, après avoir fixé le moment très précis à partir duquel le conflit armé non international était caractérisé et au terme d'un examen laborieux non seulement des faits pertinents mais de toute la jurisprudence antérieure, les juges examinent les faits tels qu'ils lui sont soumis par l'accusation. Or, on trouve par exemple de longs développements relatifs à des mauvais traitements infligés le 18 avril 1998 ou la veille, soit quatre ou cinq jours avant la date à laquelle les juges estiment le conflit armé non international caractérisé. Au terme de onze pages détaillant ces faits, la

⁶⁵³ TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 341.

⁶⁵⁴ TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, op. cit. note 224, § 341.

⁶⁵⁵ TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, op. cit. note 584, § 100.

Chambre de première instance déclare qu'elle n'est « *pas convaincue au-delà de tout doute raisonnable que Ramush Haradinaj a personnellement joué un rôle dans les exactions dont ces trois personnes ont été victimes le 18 avril 1998. Dans la partie 3.2.3, la Chambre a conclu qu'un conflit armé existait au Kosovo/Kosova à partir du 22 avril. Pour ces motifs, la Chambre de première instance conclut qu'il y a lieu d'acquitter les trois Accusés du chef d'accusation 4.* »⁶⁵⁶ Certes cette conclusion fait état du fait que le conflit armé n'est réputé exister que depuis le 22 avril, alors que les mauvais traitements se sont produits le 18, mais d'une part pourquoi avoir pris un tel soin à examiner les faits ? Les juges auraient pu tout simplement conclure que ceux-ci s'étant produits avant la caractérisation du conflit armé, ils ne relevaient pas de sa compétence. Ils se seraient alors épargnés une longue analyse. Et d'autre part, même si la formule « *pour ces motifs* » dans cette conclusion semble englober à la fois la question du rôle joué par l'accusé et la date à laquelle les faits se sont produits, on constate à la lecture des pages précédentes que les juges s'emploient surtout à vérifier si la victime était en mesure de reconnaître l'accusé et non pas à constater, par exemple, si les faits s'étaient poursuivis au-delà de la date du 18 avril et jusqu'au 22 avril au moins.

Au-delà des difficultés que pose l'introduction de cette notion lors d'un examen des faits *a posteriori*, l'exigence de la « prolongation » des affrontements parasite également l'analyse pendant que les événements surviennent. En effet, sur le champ de bataille, pendant l'exercice de la violence armée, les acteurs ne peuvent pas savoir combien de temps vont durer les faits. Si le critère de caractérisation du conflit armé non international est la prolongation des affrontements, au premier jour (voire au deuxième et ainsi de suite jusqu'à un moment indéterminé) les protagonistes peuvent estimer que leurs actions se situent dans un autre cadre et par conséquent ne pas être en mesure d'être conscients de les inscrire en lien avec un conflit armé, élément du crime de guerre⁶⁵⁷. Et combien de temps devront-ils attendre pour être certains que les affrontements sont caractéristiques d'un conflit armé non international ? Si *a posteriori* on peut constater qu'un conflit a duré trois mois par exemple, *pendant* les hostilités, il est impossible de prédire quand il touchera à sa fin. Sur une période de temps de trois mois, on pourra considérer par exemple, *a posteriori* toujours, que le quinzième jour du conflit est caractéristique de sa prolongation, mais pendant qu'il a lieu, comment les parties prenantes peuvent-elles estimer que ce quinzième jour est le point tournant de l'applicabilité du droit international humanitaire et de leur possible incrimination pour son non respect devant une juridiction pénale

⁶⁵⁶ *Ibid.*, § 179.

⁶⁵⁷ Pour que le crime de guerre soit caractérisé il est nécessaire de démontrer que « *[l']auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l'existence d'un conflit armé.* », Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, PrintPartners Ipskamp, Enschede, 2011, 46 p., p. 14. Voir également Michael BOTHE, « War Crimes », *op. cit.* note 503, p. 388.

internationale ? Elles peuvent tout au contraire imaginer que le seizième jour sera le dernier jour du conflit et dans leur appréciation estimer que ce temps est trop court pour répondre à l'exigence de prolongation du conflit. Ainsi, cet élément pose la question de la prise en compte de l'intentionnalité de l'auteur dans la qualification d'un crime de guerre. En effet, dans cette hypothèse, l'auteur d'une infraction commise alors que les affrontements armés se déroulent depuis quelques jours pourra être reconnu coupable, alors même qu'il n'avait pas conscience qu'il agissait dans le cadre d'un conflit armé non international au moment où il l'a commis, puisqu'il ne pouvait pas anticiper que les événements allaient se prolonger au point d'être finalement caractérisés de conflit armé non international, rétrospectivement déjà au moment « M »⁶⁵⁸ de la commission de son infraction.⁶⁵⁹

Dans une autre perspective, exiger que l'usage de la force armée se prolonge pour considérer que le conflit armé non international est caractérisé entache les protections dont bénéficient les personnes affectées par ces conflits. S'il faut attendre un certain temps pour constater que la situation est caractéristique d'un conflit armé non international⁶⁶⁰ cela signifie que des personnes qui seraient arrêtées dans les premiers jours des violences ne pourraient pas bénéficier des protections offertes par le droit international humanitaire alors que si elles avaient été arrêtées quelques jours, ou semaines, ou mois, selon le temps que l'on considère opportun de laisser s'écouler avant de conclure à l'existence d'un conflit armé non international, elles auraient pu en bénéficier pleinement. Ce conflit d'intérêts entre les buts poursuivis par le droit international humanitaire et l'introduction d'un critère qui freine le début de son applicabilité a été soulevé lors des travaux préparatoires à l'élaboration du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne s'interrogeait en ces termes : « *Un gouvernement a-t-il le droit de prendre des mesures qui violent les droits minimaux de l'homme, simplement parce qu'une rébellion est de nature récente*

⁶⁵⁸ Voir le schéma ci-dessus.

⁶⁵⁹ Il faut noter que le Tribunal, sans lui-même évoquer explicitement la question attachée à la temporalité, prend soin d'établir le lien entre la commission des crimes et les conflits armés en cause. Dans l'affaire *Boškoski* en particulier la défense arguait du fait que l'accusé n'avait pas connaissance de l'existence d'un conflit armé « *au moment pertinent* ». Sans plus entrer en matière, les juges se bornent à rappeler leur jurisprudence antérieure selon laquelle il suffit qu'il ait eu une « *conscience suffisante [des] circonstances factuelles* », ce qui, dans la mesure où cette juridiction est appelée à juger les personnes ayant eu les plus grandes responsabilités dans les conflits, est généralement aisé à établir du fait « *de leurs fonctions officielles et de leur implication dans les événements* ». TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 295, nous traduisons.

⁶⁶⁰ Le représentant belge à la Conférence diplomatique de 1974-1977 voyait dans l'idée d'inclure des « *conditions supplémentaires relatives à la durée ou à l'intensité du conflit, ou d'autres encore, [une manière de] mettre en sursis ou sous condition l'application du Protocole* », ce qu'il ne souhaitait pas, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, op. cit. note 85, p. 225, § 33.

[...] ? »⁶⁶¹ Aujourd'hui bien sûr, grâce à l'applicabilité reconnue des droits de la personne en tout temps et au noyau dur de droits indérogeables quelle que soit la situation⁶⁶², ce que la République fédérale d'Allemagne désignait comme les « droits minimaux de l'homme » devront être respectés même si le droit international humanitaire est inapplicable. Il reste que le droit international humanitaire, spécifiquement élaboré pour le temps des conflits armés, contient des dispositions précisément conçues pour ces situations.

B) La conception magistralement opposée de la Commission inter-américaine des droits de l'homme dans l'affaire dite de La Tablada

Cette affaire a pour trame de fond des affrontements armés entre des « *attaquants* »⁶⁶³ et les forces armées gouvernementales argentines, dont l'enjeu était la base militaire de *La Tablada*, et qui se sont déroulés sur une période de temps s'étendant sur une trentaine d'heures. Le 23 janvier 1989 les *attaquants* lançaient une offensive contre la base militaire. Ils étaient repoussés par l'armée le 24.

Après avoir constaté que la frontière entre le conflit armé non international et les troubles intérieurs et les tensions internes est parfois difficile à établir et qu'il s'agit toujours d'une analyse au cas par cas, la Commission se fonde sur les éléments suivants pour considérer qu'il s'agissait en l'occurrence d'un conflit armé non international auquel l'article 3 commun aux Conventions de Genève s'appliquait : « *la nature concertée des actes hostiles entrepris par les *attaquants*, [...] la participation directe des forces armées gouvernementales[, ...] la nature et le degré de violence qui ont marqué ces événements[, le fait que] les *attaquants* [aient] planifié, coordonné et exécuté avec soin une attaque armée, c'est-à-dire une opération militaire, contre une base militaire, c'est-à-dire un objectif militaire par excellence [et le fait] qu'une action militaire [ait été] lancée pour reprendre la base et soumettre les *attaquants*. [...] La Commission en conclut que, malgré sa brièveté, le violent affrontement entre les *attaquants* et les membres des forces armées argentines doit être considéré comme ayant déclenché l'application de l'article 3 commun et d'autres règles touchant la conduite d'hostilités internes.* »⁶⁶⁴ La Commission s'applique donc à faire la démonstration que l'élément temporel ne saurait être

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 239, § 31.

⁶⁶² Au moment où la République fédérale d'Allemagne s'exprime, le 14 février 1975, les deux Pactes internationaux ne sont pas encore entrés en vigueur (le *Pacte international sur les droits civils et politiques* est entré en vigueur le 23 mars 1976 et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* le 3 janvier 1976).

⁶⁶³ Selon la terminologie adoptée par la CIADH, *Juan Carlos Abella c. Argentine*, Affaire 11.137, Rapport n° 55/97 in. Rapport Annuel 1997, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 6 rev, 18 novembre 1997, *op. cit.* note 6, p. 1995, § 146.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 1998, § 156.

déterminant pour mettre en œuvre l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Si l'inscription des affrontements dans le temps facilite le raisonnement pour conclure à l'existence d'un conflit armé, l'absence de violence armée prolongée n'est pas rédhitoire de ce point de vue. Constaté que les affrontements durent depuis un certain moment permet simplement d'appuyer les autres éléments propres à procéder à la qualification de la situation, mais ne peut être un critère déterminant en tant que tel. Ce constat semble être en conformité avec le but visé par l'article 3 commun aux Conventions de Genève qui regroupe « les considérations élémentaires d'humanité »⁶⁶⁵ qui devraient être respectées en toutes circonstances et qui exige donc un seuil d'entrée très bas à son applicabilité, pour autant qu'il y ait conflit armé et non seulement des actes de violence disparates et non concertés. Il est d'ailleurs intéressant de relever à cet égard que la Commission qualifie l'attaque perpétrée par les opposants d'« *opération militaire* », dont on verra qu'elle reçoit une acception extrêmement large⁶⁶⁶.

À la lecture de cet argumentaire, on peut s'interroger sur la conclusion qui aurait été celle de la Commission si elle avait eu à connaître des événements survenus à New York et à Washington le 11 septembre 2001. Ce que l'on qualifie aujourd'hui d'« attentats » était à l'évidence le résultat d'une opération coordonnée et planifiée par une entité non étatique dont on peut estimer qu'elle est organisée au sens du droit international humanitaire. Quant à l'intensité de la violence exercée à cette occasion, la circonstance que près de trois mille personnes ont trouvé la mort en moins d'une matinée du fait de cette seule opération invite à considérer que le niveau requis pour déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux était atteint. Pour autant les actes perpétrés le 11 septembre 2001 ne sont pas en eux-mêmes constitutifs d'un conflit armé non international en raison de l'absence d'implication de forces armées gouvernementales ou d'un autre groupe armé – et non pas en raison de leur brièveté. En effet, au contraire des conflits armés internationaux, dont un seul acte posé par un organe de l'État peut déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire s'il remplit les conditions idoines, pour que le conflit armé non international soit caractérisé, et donc que le droit international humanitaire commence à s'appliquer, il est nécessaire que des actes soient posés des deux côtés, du côté des opposants *et* du côté du gouvernement ou de l'autre groupe armé. Il en résulte que si les affrontements qui se sont déroulés à partir du mois d'octobre 2001 sur le territoire afghan et qui ont opposé l'armée américaine aux talibans et à Al-Qaïda peuvent éventuellement être qualifiés de conflit armé non international auquel l'article 3 commun au moins

⁶⁶⁵ Selon l'expression employée par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua*, CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.* note 284, § 108.

⁶⁶⁶ Voir en ce sens les développements sur cette notion spécifique *infra*, Titre II, Chapitre I, Section II.

s'applique, les « attentats » du 11 septembre 2001 ne sauraient recevoir cette qualification. Par ailleurs, qu'ils constituent l'élément déclencheur de certains conflits impliquant les États-Unis qui ont suivi n'est pas une question de *jus in bello*. En eux-mêmes ils n'ont pas déclenché l'applicabilité de ce *corpus juris*.

§ III. Les conséquences de l'article 8 paragraphe 2 f) du Statut de Rome sur les seuils d'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux

Le débat doctrinal relatif aux effets produits par l'introduction de la notion de « conflit armé prolongé » à l'article 8 paragraphe 2 f) du Statut de Rome est très tranché. Alors que certains argumentent en faveur d'une différenciation⁶⁶⁷ supplémentaire au sein des conflits armés non internationaux, d'autres plaident au contraire en faveur d'une uniformisation⁶⁶⁸ (A). Or, si l'effet de l'article 8 paragraphe 2 f) est l'existence en droit positif d'une définition uniformisée du conflit armé non international, celui-ci a potentiellement des répercussions sur le droit applicable et donc sur son champ d'application temporel (B).

A) L'article 8 paragraphe 2 f) : différenciation additionnelle entre les conflits armés non internationaux ou uniformisation ?

La lecture seule du Statut de Rome laisse à penser que les négociateurs de ce texte ont établi deux types distincts de crimes de guerre dans les conflits armés non internationaux. Ceux qui sont la conséquence, « *[e]n cas de conflit armé ne*

⁶⁶⁷ En ce sens voir par exemple, Luigi CONDORELLI, « War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court », in. Mauro POLITI and Giuseppe NESI (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Aldershot, Ashgate, 2001, 319 p., pp. 107-133, p. 112 ; Claus KRESS, « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice », *op. cit.* note 648, p. 131 ; René PROVOST, *International Human Rights and International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 418 p., pp. 268-269 ; Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, *op. cit.* note 3, p. 397 ; William A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, quatrième édition, 2011, 479 p., pp. 54 et 131. Voir également Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *op. cit.* note 275, p. 53 ; et Gabriella VENTURINI, « War Crimes », in. Flavia LATTANZI et William A. SCHABAS, *Essays on the Rome statute of the international criminal court*, Sirente, Ripa Fagnano Alto, 1999, 516 p., 171-181, p. 178.

⁶⁶⁸ En ce sens Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 159-185 ; Anthony CULLEN, « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8 2. f) », *op. cit.* note 626 ; Dino KRITSIOTIS, « The Tremors of *Tadić* », *op. cit.* note 23, p. 286. Dans le même sens, Theodor Meron refuse de voir dans l'article 8 paragraphe 2 f) un nouveau seuil qui serait élevé, Theodor MERON, « The Humanization of Humanitarian Law », *op. cit.* note 85, p. 260.

présentant pas un caractère international », « [d]es violations graves de l'article 3 commun » mentionnées à l'article 8 paragraphe 2 c) du Statut, et ceux qui sont la conséquence des « *autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international* »⁶⁶⁹ énumérées sous l'article 8 paragraphe 2 e). Le Statut précise, dans les deux cas, que les conflits concernés se distinguent des troubles et tensions internes, qui ne sont pas couverts par le Statut. Il précise également, mais dans un cas uniquement – le second – que la disposition « *s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux.* »⁶⁷⁰ On peut dès lors s'interroger sur le sens de cette dernière précision.

Les Tribunaux pénaux internationaux ont clairement développé leur interprétation du conflit armé non international en prenant comme point de départ l'article 3 commun.⁶⁷¹ La définition générale qu'ils en ont retirée contient un élément lié à la prolongation des événements. Il serait donc indiqué d'en conclure que l'application de l'article 3 commun est désormais déclenchée aussitôt que des affrontements opposent de manière prolongée un État à un groupe armé ou des groupes armés entre eux. Pourquoi dès lors avoir apporté cette précision pour ce qui concerne les violations des lois et coutumes de la guerre, énumérées à l'article 8 paragraphe 2 e) et non pas pour les violations de l'article 3 commun, consignées à l'article 8 paragraphe 2 c) ? Faut-il comprendre que les États, au travers du Statut de Rome, ont entendu réaffirmer la conception traditionnelle de l'article 3 commun, dont le seuil d'entrée est extrêmement bas, en la distinguant des *autres violations*, ou au contraire que cette précision à l'article 8 paragraphe 2 f) a pour but d'uniformiser la définition dégagée par la jurisprudence pénale internationale à l'ensemble des conflits armés non internationaux ?

Dans la mesure où les crimes énumérés à l'article 8 paragraphe 2 e), que l'article 8 paragraphe 2 f) complète, sont largement inspirés des prescriptions du deuxième Protocole additionnel⁶⁷² aux Conventions de Genève, on aurait

⁶⁶⁹ Article 8 paragraphe 2 (e) du Statut de Rome, nous soulignons.

⁶⁷⁰ Article 8 paragraphe 2 (f) du Statut de Rome.

⁶⁷¹ Voir en ce sens TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, op. cit. note 237, § 562 ; TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, op. cit. note 579, § 86 ; ou encore TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 176.

⁶⁷² Si certains crimes énumérés à l'article 8 paragraphe 2 e) vont plus loin que le Protocole II tel que « [l]e fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil » énoncé au point iii), la plupart des crimes trouve leur inspiration dans cet instrument. On peut relever, en particulier, « [l]e fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des personnes civiles qui ne participent pas directement aux hostilités », point i) du Statut correspondant à l'article 13 du Protocole II ; « [l]e fait de diriger intentionnellement des attaques contre les bâtiments, le matériel, les unités et les moyens de transport sanitaires, et le personnel utilisant, conformément au droit international, les signes

pu s'attendre à ce que le Statut de Rome prévoit pour ceux-là la réalisation préalable des critères fixés à l'article premier du Protocole. Or, tout au contraire, bien que certains des crimes énumérés soient extraits de cet instrument, ils sont caractérisés dès lors que l'on se trouve dans une situation de conflit armé prolongé, c'est-à-dire une situation relevant de l'article 3 commun tel qu'interprété par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie. Cette constatation va donc plutôt dans le sens de l'uniformisation. Toutefois le fait que seul l'article 8 paragraphe 2 f) mentionne le caractère prolongé du conflit armé en référence aux autres violations des lois et coutumes de la guerre, et non l'article 8 paragraphe 2 d) relatif aux violations commises dans le cadre de conflit armé relevant de l'article 3 commun, continue d'interroger. Plus encore, l'emploi du mot « autres » avant « violations » à l'article 8 paragraphe 2 e) pourrait confirmer qu'il y a d'un côté les violations du droit international humanitaire résultant de violations de l'article 3 commun, dans son sens traditionnel, et de l'autre celles qui résultent de violations d'un nouveau type de conflits armés, les conflits armés prolongés.⁶⁷³ Devant tant d'incertitudes, bien que la lettre des dispositions soit claire, il convient de se tourner vers les travaux préparatoires⁶⁷⁴ pour tenter de

distinctifs des Conventions de Genève », point ii) du Statut correspondant aux articles 11 et 12 du Protocole II ; « [I]e fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades et des blessés sont rassemblés, pour autant que ces bâtiments ne soient pas des objectifs militaires », point iv) du Statut correspondant pour partie à l'article 16 du Protocole II ; « [I]e pillage d'une ville ou d'une localité, même prise d'assaut » point v) du Statut que l'on retrouve en filigrane à l'article 4 paragraphe 2 d) du Protocole II ; « Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée, ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève », point vi) du Statut dont on retrouve certains éléments à l'article 4 du Protocole II ; « [I]e fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités », point vii) du Statut correspondant à l'article 4 paragraphe 3 c) du Protocole II ; « [I]e fait d'ordonner le déplacement de la population civile pour des raisons ayant trait au conflit, sauf dans les cas où la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent », point viii) du Statut correspondant à l'article 17 du Protocole II ; ou encore « [I]e fait de soumettre des personnes d'une autre partie au conflit tombées en son pouvoir à des mutilations ou à des expériences médicales ou scientifiques quelles qu'elles soient qui ne sont ni motivées par un traitement médical, dentaire ou hospitalier, ni effectuées dans l'intérêt de ces personnes, et qui entraînent la mort de celles-ci ou mettent sérieusement en danger leur santé » point xi) du Statut dont on retrouve certains éléments à l'article 4 paragraphe 2 e) du Protocole II. Michael Bothe regrette pour sa part que certaines prescriptions du Protocole II, comme l'interdiction d'utiliser la famine comme mode de combat (article 14 du Protocole) par exemple, ne figurent pas dans le Statut, Michael BOTHE, « War Crimes », *op. cit.* note 503, p. 423.

⁶⁷³ Pour Anthony Cullen l'emploi du mot autre tendrait tout au contraire à démontrer que l'article 8 paragraphe 2 e) n'est que la continuité de l'article 8 paragraphe 2 c), Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 182 et s.

⁶⁷⁴ Anthony Cullen a entrepris un examen minutieux des travaux préparatoires du Statut de Rome, les développements qui suivent sont fondés sur la compilation qu'il en a proposé dans Anthony CULLEN, « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8 2. f) », *op. cit.* note 626, et répété dans Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 159-185 et Anthony CULLEN, « The

lever le voile sur cette ambiguïté. Ceux-ci ne sont guère contributifs. Ils conduisent peut-être même à conforter la polarisation entre les tenants de la différenciation et les tenants de l'uniformisation. Il s'avère qu'initialement, le projet proposé à la Conférence diplomatique de Rome ne contenait aucune mention particulière relative aux éléments caractéristiques du conflit armé non international. Il énumérait simplement, en deux sections distinctes, deux séries de crimes de guerre commis dans le cadre de « *conflit armé ne présentant pas un caractère international* ». Comme cela est invariablement le cas lorsqu'on touche à leur souveraineté, comme en 1949, comme en 1977, un certain nombre d'États, s'opposait à l'incrimination de violations commises en dehors des conflits armés internationaux. D'autres au contraire, et parmi eux certains sur le territoire desquels se déroulaient au moment même des négociations des conflits de ce type, défendaient ardemment l'inclusion de crimes de guerre commis dans les conflits armés non internationaux. Ils arguaient notamment du fait qu'un traité élaboré en 1998 qui ne contiendrait pas ce type de crimes enverrait le pire signal aux personnes affectées par ces conflits qui représentaient déjà à l'époque quatre-vingt pour cent des conflits armés dans le monde. Sans doute dans le souci de concilier les positions, le bureau de la Conférence diplomatique a introduit au cours des négociations une distinction entre les deux sections énumérant deux types de crimes distincts, reprenant pour la deuxième série la définition réductrice posée à l'article premier du deuxième Protocole additionnel.

Alors que les États opposés à l'inclusion de crimes commis dans les conflits armés non internationaux continuaient néanmoins d'être insatisfaits, ceux qui plaidaient pour leur prise en compte le devenaient, car ils estimaient que les conditions à réunir pour la réalisation de ces crimes étaient désormais indument élevées. Ainsi, *in extremis* avant la clôture de la Conférence, la délégation de Sierra Leone a proposé de reprendre à la place des critères de l'article premier du Protocole II, une formule très inspirée de la définition élaborée par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie⁶⁷⁵. Du fait

Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 512, pp. 206 et s. Voir également, Dino KRITSIOTIS, « The Tremors of *Tadić* », *op. cit.* note 23, pp. 288 et s.

⁶⁷⁵ Il peut y avoir une controverse quant à savoir si les termes « *conflit armé prolongé* » et « *violence armée prolongée* » ont le même sens, voir *supra* (II. A. ci-dessus). Selon le compte-rendu des débats en anglais rapporté par Anthony Cullen, le délégué de Sierra Leone aurait employé l'expression « *protracted armed conflict* », alors que la version anglaise de la formule proposée par le jugement *Tadić* employait « *protracted armed violence* ». Toutefois, la traduction française de ce jugement emploie les termes « *conflit armé prolongé* » et non « *violence armée prolongée* ». Il se pourrait donc qu'il s'agisse simplement d'une retraduction vers l'anglais à partir de la version française mal traduite. Pour Claus Kress, qui soulève également ce problème de traduction, le choix des termes « *protracted armed conflict* » ne correspond pas à l'intention des délégations, Claus KRESS, « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice », *op. cit.* note 648, p. 118. Pour le détail des circonstances ayant amené la Sierra Leone à faire cette proposition, voir Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, pp. 171-174 et en particulier p. 174, Anthony Cullen mentionne l'emploi de deux expressions différentes, mais sans y apporter d'explication.

de son caractère tardif, cette proposition ne sera pas discutée mais figurera dans la version définitive du texte finalement adopté. L'apparition de la définition retenue peut donc vouloir dire deux choses diamétralement opposées. Soit la formule proposée par la Sierra Leone a satisfait la majorité des délégations en ramenant un seuil identique à celui de l'article 3 commun pour cette deuxième série de crimes, soit cette proposition a fait taire les oppositions les plus farouches en introduisant un seuil plus élevé que l'article 3 commun tout en contentant les délégations qui ne voulaient pas des critères du Protocole II. Si c'est la première hypothèse qui est vraie alors il faut estimer que le Statut de Rome uniformise la définition du conflit armé non international et qu'il est simplement malheureux que la précision apportée à la lettre f) ne l'ait pas été aussi à la lettre d). Si au contraire c'est la deuxième hypothèse qui se vérifie alors il faut considérer que les États au travers du Statut de Rome ont souhaité distinguer désormais entre trois types distincts de conflits armés non internationaux, ceux relevant de l'article 3 commun, les conflits armés prolongés et les conflits armés répondant à la définition posée par le Protocole II. Il se peut que ce soit une troisième hypothèse qui prévale, à savoir que l'identification de l'intention des auteurs du Statut de Rome est impossible, en raison de l'absence de débats sur ce point précis. C'est celle que nous privilégions. Il conviendra donc de s'en remettre à la jurisprudence de la Cour pour déterminer quelle est l'interprétation à retenir. Dans la première affaire dont elle a eu à connaître, les faits incriminés – la conscription d'enfants de moins de quinze ans – relevaient de l'article 8 paragraphe 2 e). Par conséquent, elle s'est prononcée sur la notion de conflit armé prolongé⁶⁷⁶. Il faudrait qu'elle soit saisie d'une violation de l'article 3 commun et qu'elle donne son interprétation de ce que recouvre ce type de conflit pour que l'on puisse être définitivement fixé. Soit elle interprétera l'article 3 commun comme l'a fait le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie et la conclusion sera l'uniformisation, soit elle reviendra à un seuil d'applicabilité traditionnellement bas et la conclusion sera la différenciation.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.* note 85. Voir en particulier §§ 536 et s. La Cour adopte les critères et les indicateurs dégagés par le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie.

⁶⁷⁷ Pour Anthony Cullen un autre facteur d'uniformisation réside dans le fait que le conflit armé prolongé est désormais la notion qui est reprise par toute sorte d'instances amenées à traiter de conflits armés non internationaux, telles que des experts indépendants des Nations unies, certaines commissions d'enquête, mais aussi la Cour internationale de justice. Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, voir en particulier la liste détaillée qu'il propose aux notes de bas de page 18 à 25, pp. 120-121. Il se satisfait de cette tendance dans la mesure où il estime qu'alors que l'article 3 commun manque de critères objectifs, ceux contenus dans le Protocole II sont de nature problématique. Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 512, p. 202 ; voir également, Anthony CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 514, pp. 108-109.

B) *Les effets potentiels d'une uniformisation supposée sur le déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux*

Si l'uniformisation du seuil d'entrée pour les conflits armés non internationaux se confirme, c'est-à-dire si les articles 8 paragraphe 2 e) et 8 paragraphe 2 f) lus ensemble n'ajoutent pas une troisième catégorie de conflits armés non internationaux à côté de celles, qui existaient déjà, de l'article 3 commun et du Protocole II, la question se pose de savoir quelle serait sa portée normative. Si la notion de conflit ne présentant pas un caractère international matérialisée par une violence armée prolongée devient la définition générale du conflit armé non international, elle a potentiellement un impact non négligeable sur l'applicabilité du droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux.

En effet, une règle de nature coutumière devrait s'appliquer à partir du même moment que la règle correspondante en droit conventionnel. Or, si tout conflit armé non international relevant du Protocole II est nécessairement aussi couvert par l'article 3 commun dont le seuil d'applicabilité est inférieur, l'inverse ne se vérifie pas. C'est l'objet même de la distinction conventionnelle entre les deux types de conflits. Il y a des situations qui sont couvertes par l'article 3 commun, mais auxquelles le deuxième Protocole ne s'applique pas en raison de l'absence des critères matériels énoncés à l'article 1 de ce texte. Appliqué à la question du seuil d'applicabilité du droit international coutumier, ce raisonnement implique qu'il faudrait pouvoir distinguer entre les règles réputées de nature coutumière dans les conflits armés non internationaux applicables dans les situations couvertes par l'article 3 commun, et celles applicables dans les situations relevant du deuxième Protocole. Étrangement, l'étude produite par le Comité international de la Croix-Rouge ne distingue pas entre les deux domaines d'applicabilité. Lorsqu'une règle est mentionnée comme étant applicable dans un conflit armé non international, aucune mention additionnelle ne permet de conclure si elle est applicable dans les conflits armés répondant seulement aux critères de l'article 3 commun ou également à ceux du deuxième Protocole. Pourtant, de la même manière qu'une règle coutumière dans les conflits armés internationaux n'est pas automatiquement de nature coutumière aussi dans les conflits armés non internationaux, une règle coutumière dans les conflits armés relevant du deuxième Protocole n'est pas nécessairement de nature coutumière dans les conflits armés relevant de l'article 3 commun. Ce n'est que si l'on peut relever dans les conflits armés relevant uniquement de l'article 3 commun une pratique et une *opinio juris* équivalentes à celles constatées dans les conflits relevant du Protocole II que l'on pourra conclure à la nature coutumière de la norme dans les deux types de situations. L'étude n'opérant

pas cette distinction, il faudrait donc rechercher pour chacune des règles qu'elle mentionne comme étant coutumière dans les conflits armés non internationaux si elle requiert la qualification de conflit armé non international relevant uniquement de l'article 3 commun ou aussi du deuxième Protocole, en examinant au cas par cas si la règle en question suppose implicitement un contrôle du territoire ou non, notamment. C'est une tâche impossible, sauf à reprendre tout le travail entrepris par les contributeurs à l'étude.

Aussi, la définition uniformisée introduite à l'article 8 paragraphe 2 f), combinée à l'article 8 paragraphe 2 e), présente un avantage considérable. En effet, cette disposition prévoit, à côté de l'article 8 paragraphe 2 c), qui lui renvoie expressément aux conflits armés non internationaux relevant de l'article 3 commun, que sont des crimes de guerre « [l]es *autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international* »⁶⁷⁸, c'est-à-dire « *aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux.* »⁶⁷⁹ Or, parmi ces violations graves, énumérées aux articles 8 paragraphe 2 e) i) à 8 paragraphe 2 e) xv), on trouve pour la plupart des actes relevant du deuxième Protocole additionnel. Au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux, ces dispositions suscitent deux réflexions, dont la deuxième intéresse particulièrement les présents développements. Premièrement, le Statut de Rome permet de poursuivre des actes relevant du deuxième Protocole, à titre coutumier, sans qu'il soit nécessaire que tous les critères requis à l'article premier de ce Protocole ne soient réunis. Ces critères conventionnels sont si stricts que finalement cet instrument ne trouve qu'assez peu d'hypothèses de mise en œuvre.⁶⁸⁰ Cette définition empruntée à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie lui donne en quelque sorte une deuxième vie.⁶⁸¹ Les violations de certaines des dispositions qu'il contient pourront être poursuivies grâce à une définition assouplie. Deuxièmement, cette « nouvelle »

⁶⁷⁸ Article 8 paragraphe 2 e) du Statut de Rome, nous soulignons.

⁶⁷⁹ Article 8 paragraphe 2 f) du Statut de Rome.

⁶⁸⁰ Voir en ce sens Anthony CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 512, p. 112 ; Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », *op. cit.* note 85, p. 624 ; Leslie C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, *op. cit.* note 108, p. 83 ; Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 149.

⁶⁸¹ Cette évolution est particulièrement notable vis-à-vis de ce qu'exprimait Dietrich Schindler en 1979 : « *La tentative de développer les dispositions rudimentaires de [l']article [3 commun] en adoptant le Protocole II s'est, par conséquent, avérée plutôt infructueuse [du fait de l'introduction des critères requis à son applicabilité]. Cependant, le Protocole II peut être considéré comme une première étape vers une reconnaissance plus large des règles de droit humanitaire dans les conflits armés non internationaux. La prochaine étape devrait être d'abaisser le seuil d'application du Protocole II afin de l'assimiler son champ d'application à celui de l'article 3.* », Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, p. 149, nous traduisons.

définition présente un intérêt tout particulier au moment de se demander à partir de quand le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux coutumier commence à s'appliquer. Les articles 8 paragraphe 2 f) et 8 paragraphe 2 e) renvoient expressément aux « *lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international* », il n'est dès lors plus nécessaire de se poser la question de savoir si le droit coutumier en la matière s'applique seulement aux situations couvertes par l'article 3 commun ou également à celles relevant du Protocole II. Dès lors qu'un conflit armé « prolongé » oppose le gouvernement à des groupes armés ou des groupes armés entre eux, le droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux est mis en œuvre. Il en résulte que des normes coutumières issues du droit conventionnel, et en particulier du Protocole II, pourront trouver à s'appliquer dans des situations qui ne relèvent pas de ces instruments. Ainsi les articles 8 paragraphe 2 f) et 8 paragraphe 2 e) permettent une mise en œuvre simplifiée du droit international humanitaire coutumier dans les conflits armés non internationaux. Le droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux joue dès lors un rôle considérable en faveur de la protection des personnes affectées par ce type de conflits. En retenant la définition proposée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à la lumière de l'interprétation qu'il en a faite dans sa jurisprudence ultérieure, et à condition que l'uniformisation l'emporte, le Statut de Rome étend considérablement le champ de la protection. Le seuil d'entrée de l'article 8 paragraphe 2 f) serait aussi bas que celui de l'article 3 commun⁶⁸² puisque la prolongation du conflit n'est en réalité qu'un des éléments propres à évaluer le niveau d'intensité de la violence. On aurait donc avec cette disposition un seuil d'entrée très bas à la mise en œuvre du droit international coutumier. Il n'est pas nécessaire que les éléments matériels figurant au deuxième Protocole se réalisent pour que l'on puisse opposer aux parties à un conflit armé non international le respect du droit international coutumier, parmi lequel des normes extraites du deuxième Protocole additionnel ou du droit international humanitaire des conflits armés internationaux, le cas échéant dans des conflits armés non internationaux de basse intensité. Plus encore, retenir cette définition comme seuil d'entrée à l'applicabilité du droit international humanitaire coutumier des conflits armés non internationaux implique que sont désormais opposables des normes élaborées à titre conventionnel pour les conflits armés internationaux, qui pourraient trouver à s'appliquer dans des conflits armés dans lesquels aucun État n'est impliqué. C'est une spécificité remarquable en droit international public, au regard des éléments de formation de la coutume.

⁶⁸² Dans le même sens Dieter FLECK, « The Law of Non-International Armed Conflicts », *op. cit.* note 85, p. 624.

Section III Un obstacle potentiel à la mise en œuvre du droit international humanitaire même lorsque tous les critères sont réunis : les prises de position des parties à un conflit armé non international

À propos de la façon dont il faut tenir compte des déclarations faites par les États en cause pour constater, ou non, l'existence d'un conflit armé non international et subséquemment la mise en œuvre du droit international humanitaire applicable dans ces situations, on pourrait y voir ici une divergence avec les conflits armés internationaux. Pour ces derniers, il a été démontré que ce que déclarent les parties en conflit n'a pas d'incidence sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Pour les conflits armés non internationaux, cette question est plus délicate.⁶⁸³ Un certain nombre de délégations, suite au vote de l'article premier Protocole II en Commission, s'est exprimé pour préciser que dans leur conception le Protocole II ne pourrait trouver à s'appliquer que si l'État sur le territoire duquel se déroule des affrontements armés, caractéristiques d'un conflit armé non international, reconnaît explicitement l'existence de ce conflit⁶⁸⁴. Théoriquement, aucun constat de ce type n'est nécessaire et le droit international humanitaire s'applique quelles que soient les affirmations produites par un État, et ce qu'il s'agisse d'un conflit armé non international relevant de l'article 3 commun ou du Protocole II.⁶⁸⁵

⁶⁸³ À cet égard, voir la position datée mais instructive de Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, op. cit. note 103, pp. 679 et s.

⁶⁸⁴ Voir en ce sens, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, en particulier les prises de parole du Brésil, p. 312, § 7 ; de l'Inde, *ibid.* p. 314, § 15 ; ou encore de la Roumanie, *ibid.* p. 315, § 16.

⁶⁸⁵ Le Comité international de la Croix-Rouge œuvre depuis longtemps en ce sens, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Protection des victimes dans de conflits non internationaux*, Rapport présenté à la XXIème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Istanbul, septembre 1969 dans lequel il rappelle que les États ne peuvent pas « décider souverainement s'il s'agit ou non d'un conflit armé entraînant l'application de l'article 3 », p. 4. Voir également Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1367 : « Le Protocole II et l'article 3 commun s'appliquent **automatiquement** dès qu'une situation se présente dans les faits comme un conflit armé », titre du § 4438, nous soulignons. Voir dans le même sens Anthony CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », op. cit. note 514, p. 85 ; Anthony CULLEN, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », op. cit. note 512, p. 197 ; Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », op. cit. note 236 : « D'un point de vue juridique, l'application de l'article 3 commun est automatique aussitôt qu'une situation de conflit armé de facto existe. Idéalement, il ne devrait y avoir aucune possibilité pour une appréciation discrétionnaire de la situation par les parties. », p. 30, nous traduisons. L'emploi du terme « idéalement » démontre qu'il peut tout de même y avoir certaines difficultés en la matière. Voir également Dietrich SCHINDLER,

C'est d'ailleurs la position réaffirmée par le commentaire de l'article 1 du deuxième Protocole additionnel.⁶⁸⁶ Lors d'un examen *a posteriori* des conséquences de ces affirmations, peu de problèmes se posent : une juridiction pénale, par exemple, pourra simplement constater que quelles qu'aient été les déclarations des parties, tel ou tel fait constituait un crime de guerre relevant de sa compétence.⁶⁸⁷ La personne responsable pourra donc être jugée, répondant ainsi à une mise en œuvre satisfaisante du droit international humanitaire. La procédure à l'occasion de l'affaire *Boškoski* en témoigne. En effet, la défense entendait faire valoir que leur client ne pouvait être poursuivi pour crimes de guerre du fait de l'absence de conflit armé au moment des actes qui lui étaient reprochés. Pour étayer son argumentation, elle entendait produire les déclarations qu'avaient formulées certains États à propos des événements, lesquels les qualifiaient de terrorisme et non de conflit armé. Selon la défense ces déclarations « *constituaient une pratique étatique en ce qui concerne "le standard juridique pertinent" du conflit armé* »⁶⁸⁸, ce à quoi le Procureur opposait que « *le droit international coutumier requiert non seulement une pratique générale, consistante et uniforme, mais aussi une intention de créer une règle juridiquement contraignante, c'est-à-dire une opinio juris* »⁶⁸⁹.

Bien que la question centrale qui se pose à cette occasion est celle de l'admission de la preuve aux fins de « *la détermination factuelle de l'existence d'un conflit armé pendant la période couverte par l'acte d'accusation* »⁶⁹⁰, la Chambre de première instance saisit cette occasion pour statuer qu'alors que le constat d'une pratique et d'une *opinio juris* permet, le cas échéant, de constater l'existence d'une norme de nature coutumière, c'est-à-dire « *essentiellement une question de droit* », la question de « *[l']existence d'un conflit armé [...] est une question de fait*. »⁶⁹¹ Elle complète son raisonnement en affirmant que « *[c]ertains documents, en particulier les vues des États et des organisations*

« The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *op. cit.* note 86, pp. 147 et 148.

⁶⁸⁶ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, p. 1375, § 4459. De la même manière, Sylvie Junod, auteure de ce commentaire, réaffirmera quelque temps plus tard que « *le projet [de Protocole II proposé par le CICR] était destiné à définir plus précisément la notion de conflit armé en proposant des critères matériels objectifs, sur la base desquels les autorités concernées ne pourraient plus nier l'existence d'un conflit ou, en conséquence, l'applicabilité du droit.* », Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, p. 31.

⁶⁸⁷ Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a eu l'occasion de le faire à de nombreuses reprises. Voir TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.* note 309, § 600.

⁶⁸⁸ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, Affaire n° IT-04-82-T, Chambre de première instance II, decision on *Boškoski defence motion for admission of exhibits from the bar table - "armed conflict" and related requirements under Article 3 of the Statute*, 27 février 2008, §§ 2, 4 et 6, nous traduisons.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, § 3, nous traduisons.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, § 7, nous traduisons.

⁶⁹¹ *Ibid.*, § 6, l'emphase est de l'original, nous traduisons.

gouvernementales internationales ou leur représentants, peuvent être pertinents dans la détermination de ce qui constitue une pratique étatique et une opinio juris en lien avec la définition juridique d'un conflit armé. Cependant, [...] la pratique étatique peut n'être que de peu d'intérêt pour établir des questions factuelles devant la Chambre. »⁶⁹² Il apparaît par conséquent assez aisé, avec le recul nécessaire, d'ignorer les prises de position des États pour décider si le droit international humanitaire s'appliquait dans une situation donnée.

En revanche, la situation est tout autre lorsqu'on cherchera à mettre en œuvre le droit international humanitaire *pendant* le conflit armé. Contrairement à ce que permet le droit des conflits armés internationaux, aucune disposition conventionnelle du droit des conflits armés non internationaux ne permet une intervention de quelque organisme que ce soit sans le consentement préalable de l'État⁶⁹³. Aussi, de façon très concrète, le droit international humanitaire ne pourrait trouver à s'appliquer que sur le papier, ce qui revient à dire que le droit international des conflits armés internationaux ne trouvera à s'appliquer en réalité que si l'État y consent⁶⁹⁴. Toutefois, ce qu'il convient de retenir c'est que pour la position majoritaire qui a conduit à l'adoption de la formulation de l'article premier tel qu'on le connaît aujourd'hui, « [l']applicabilité du Protocole ne dépend [...] nullement de la

⁶⁹² *Ibid.*, § 6, nous traduisons.

⁶⁹³ La règle 55 de l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international coutumier est toutefois formulée de façon assez ambiguë pour que l'on puisse considérer que l'État concerné est dans l'obligation de donner son consentement. Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles, op. cit.* note 164 : « Les parties au conflit doivent autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre de secours humanitaires destinés aux personnes civiles dans le besoin, de caractère impartial et fournis sans aucune distinction de caractère défavorable, sous réserve de leur droit de contrôle. [CAJ/CANI] », p. 258.

⁶⁹⁴ Dans une certaine mesure, voir dans le même sens le Comité international de la Croix-Rouge qui constate : « certains gouvernements continuent de nier l'existence de conflits armés non internationaux sur leur territoire, et donc l'applicabilité du DIH à ces conflits, ce qui rend difficile sinon impossible le dialogue avec le CICR sur le respect de leurs obligations en vertu du DIH. », Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1er décembre 2011, *op. cit.* note 228, p. 6. Voir également le texte introductif au commentaire du deuxième Protocole additionnel : « en dépit du fait que l'article 3 est fondé sur le principe d'une application automatique, dès qu'une situation se présente objectivement comme un conflit armé, la Haute Partie contractante concernée n'en a pas moins un large pouvoir d'appréciation, dont elle a parfois abusé. », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit.* note 11, p. 1349, § 4362. Dans le même sens, Rosemary ABI-SAAD, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale, op. cit.* note 502, p. 81 ; voir également Anthony CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 514, p. 108.

⁶⁹⁵ Selon Luigi Condorelli, membre de la délégation représentant de l'Italie à la Conférence diplomatique de 1974-1977, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-*

*reconnaissance du conflit de la part de qui que ce soit ; elle dépend seulement de la présence des conditions objectives requises. »*⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ Selon Luigi Condorelli, membre de la délégation représentant de l'Italie à la Conférence diplomatique de 1974-1977, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, *op. cit.* note 85, p. 317, § 26. La délégation gouvernementale suisse s'exprime dans le même sens, *ibid.* p. 316, § 21. Voir dans le même sens, Note de la Direction du droit international public du Département fédéral des Affaires étrangères suisse reproduite par Lucius CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public », *op. cit.* note 545 : « [...] les parties au conflit n'ont pas à procéder à une appréciation de la situation telle qu'elle se présente sur le territoire de l'État où elles s'affrontent. », p. 186. Voir également, TPIR, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, *op. cit.* note 554, § 101 ; TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, Affaire n° ICTR-97-20-T, Chambre de première instance III, jugement et sentence, 15 mai 2003, § 357, en filigrane.

Section IV Application pratique, le cas de la Syrie en 2011-2012

En guise de conclusion, au-delà des nombreux points d'interrogation que suscitent tant les instruments que la jurisprudence, on peut illustrer, au travers d'un exemple qui au moment de rédiger ces lignes est toujours en cours, le grand nombre de difficultés tant juridiques qu'opérationnelles qui se posent au moment de procéder à la qualification d'une situation qui est en train de se dérouler, et donc d'opposer ou non l'application du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux aux parties prenantes. Il s'agit des événements tels qu'ils se déroulent en Syrie depuis février 2011. Ils présentent un intérêt particulier au regard de la détermination du moment précis à partir duquel le droit international commence à s'appliquer. Tels qu'ils ont pu être documentés⁶⁹⁶, ces événements ont débuté fin février 2011 par des manifestations appelant à des réformes. Le mois suivant, des manifestations ont vu le jour à Deraa en réaction à l'arrestation et au mauvais traitements d'enfants qui avaient apposé des graffitis anti-gouvernementaux sur le mur de leur école.⁶⁹⁷ Réprimés sévèrement, et par capillarité avec les événements qui venaient de se produire ou se produisaient encore à l'époque dans des pays voisins, ces manifestations ont rapidement pris de l'ampleur pour finalement se propager à l'ensemble du pays. La date du 25 avril 2011 marque la première opération militaire menée à grande échelle à Deraa par les forces armées

⁶⁹⁶ La situation en Syrie fait l'objet d'une commission d'enquête internationale indépendante mise sur pied par les Nations unies, qui a produit plusieurs rapports portant sur des périodes différentes. Dans le cadre de l'examen du point tournant à partir duquel le droit international humanitaire s'applique à la situation, seuls les trois premiers seront pris en compte : Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, *op. cit.* note 650 ; Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 22 février 2012, A/HRC/19/69 ; et Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 16 août 2012, A/HRC/21/50, incluant l'*Oral Update of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 26 juin 2012, A/HRC/20/CRP.1. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a également produit un rapport extrêmement détaillé sur les événements tels qu'ils se sont produits jusqu'au 24 avril 2012 : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La situation en Syrie*, Rapport, 24 avril 2012, Doc. 12906. Voir également, Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *Human rights situations that require the Council's attention, Preliminary report of the High Commissioner on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic*, 14 June 2011, A/HRC/17/CRP.1. On pourra en outre se référer utilement aux rapports produits par l'organisation non gouvernementale Human Rights Watch, en particulier : Human Rights Watch, *"We Live as in War" Crackdown on Protesters in the Governorate of Homs*, Human Rights Watch, United States of America, November 2011, 63 p. ; Human Rights Watch, *"By All Means Necessary", Individual and Command Responsibility for Crimes against Humanity in Syria*, Human Rights Watch, United States of America, December 2011, 88 p. ; et Human Rights Watch, *In Cold Blood, Summary Executions by Syrian Security Forces and Pro-Government Militias*, Human Rights Watch, United States of America, April 2012, 23 p.

⁶⁹⁷ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, *op. cit.* note 650, § 27.

gouvernementales.⁶⁹⁸ À cette date, on estimait à onze mille le nombre de civils tués au cours des événements.⁶⁹⁹ Les protestations ont continué à travers le pays, provoquant à chaque fois une réaction de plus en plus violente des forces de l'État. Au mois d'août 2011 se constitue l'Armée Syrienne Libre, composée d'opposants au régime et de déserteurs de l'armée syrienne, dont des hauts gradés, de plus en plus nombreux.⁷⁰⁰ Les affrontements armés se poursuivent, jusqu'en novembre 2011 qui connaît un déploiement massif de l'armée.⁷⁰¹ On dénombre alors 260 morts de personnes civiles en 3 semaines.⁷⁰² Depuis lors, la militarisation et la violence se sont accrues.⁷⁰³ De nombreux groupes anti-gouvernementaux se réclament de l'Armée Syrienne Libre qui mène maintenant des attaques offensives⁷⁰⁴ allant jusqu'à forcer l'armée gouvernementale à se retirer de certaines positions.⁷⁰⁵ Les mois de janvier et de février 2012 sont considérés parmi les mois les plus meurtriers qui ont précédé le cessez-le-feu initié le 1^{er} avril 2012 par la proposition d'un plan en 6 points de l'ancien Secrétaire générale des Nations unies Kofi Annan⁷⁰⁶, et réputé être entré en vigueur le 10 avril suivant. Les violences se sont néanmoins poursuivies. Certaines villes ont continué de faire l'objet de pilonnages intensifs. La situation a continué de se détériorer jusqu'au 25 mai, date à laquelle l'armée syrienne tirait à l'arme lourde dans le district de Houla.⁷⁰⁷ Parallèlement, dans la nuit qui a suivi, des milices progouvernementales se seraient rendues responsables de meurtres de centaines de civils dans cette même région.⁷⁰⁸ Dès lors, on assiste à une escalade de la violence, qui touche désormais la capitale du pays, qui se poursuit jusqu'à aujourd'hui⁷⁰⁹ et dont on peut craindre que l'intensité continue de croître.

⁶⁹⁸ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, *op. cit.* note 650, § 28.

⁶⁹⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La situation en Syrie*, *op. cit.* note 696, § 2.

⁷⁰⁰ Voir en ce sens, *ibid.*, § 11 ; Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, *op. cit.* note 650, § 29.

⁷⁰¹ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, *op. cit.* note 650, § 39.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 22 février 2012, *op. cit.* note 696, § 38.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, § 105.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, §§ 19-20.

⁷⁰⁶ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 2042(2012), 14 avril 2012, S/RES/2042 (2012), Annexe.

⁷⁰⁷ Voir Conseil des droits de l'homme, *Oral Update of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 26 juin 2012, *op. cit.* note 696, § 34.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, § 105.

⁷⁰⁹ 26 juillet 2012. Il faut enfin noter qu'un avion turc a également été abattu par les forces armées syriennes durant cette période et que des incursions de l'armée syrienne ont eu lieu au Liban et en Turquie, où se sont réfugiées des personnes qui avaient fui les affrontements. Sur ce dernier point voir, Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *Human rights situations that require the Council's attention, Preliminary report of the High Commissioner on the situation of human rights in*

Au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, la question qui se pose est donc la suivante : dans l'hypothèse où le droit international humanitaire est applicable à la situation en Syrie, à partir de quand s'applique-t-il ? Parmi les organes qui se sont prononcés sur la qualification de la situation, on peut constater l'évolution suivante. Dans son premier rapport, en novembre 2011, la Commission d'enquête des Nations unies estime qu'elle « *n'a pas été en mesure de vérifier le degré d'intensité des combats entre les forces armées syriennes et d'autres groupes armés. De même, elle n'a pas pu confirmer le degré d'organisation des groupes armés tels que l'Armée syrienne libre. Aux fins du présent rapport, en conséquence, la commission n'appliquera pas le droit international humanitaire aux événements qui se déroulent en République arabe syrienne depuis mars 2011.* »⁷¹⁰ Le 22 février suivant, cette même Commission dans son deuxième rapport estimait que « *la République arabe syrienne [était] au bord du conflit armé interne* »⁷¹¹ relevant que « *si [elle] s'inquiète[ait] sérieusement de ce que, dans certaines régions, les violences [avaient] atteint le niveau requis d'intensité, elle n'a[avait] pas pu vérifier si l'Armée syrienne libre (ASL), les groupes locaux se réclamant de l'ASL ou d'autres groupes armés antigouvernementaux avaient atteint le niveau d'organisation nécessaire* »⁷¹². En conséquence de quoi « *[l]a commission n'a pas appliqué le droit international humanitaire aux fins [de ce] rapport et de la période considérée.* »⁷¹³ L'organisation non gouvernementale Human Rights Watch dénonçait de son côté que des « *crimes de guerre* »⁷¹⁴ avaient été commis dans la région d'Idlib au moment même des négociations du plan en 6 points, c'est-à-dire à la fin du mois de mars 2012. Or, la qualification de crime de guerre n'est possible qu'après avoir préalablement constaté l'existence d'un conflit armé. Le 24 avril 2012, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constatait pour sa part que « *[d]e nombreux groupes armés semblaient échapper à toute structure de commandement organisée ou manquer de coordination avec le CNS [Conseil National Syrien] ou l'Armée syrienne libre* »⁷¹⁵ et ne se prononçait pas sur la qualification de la situation. Le 8 mai 2012, le Président du Comité international de la Croix-Rouge confiait à une agence de presse qu'il « *peut y avoir une situation de conflit armé interne dans certaines zones*

the Syrian Arab Republic, op. cit. note 696. Si ces éléments évoquent le conflit armé international, l'applicabilité du droit international humanitaire à ces événements ne fait pas l'objet du présent développement qui se concentre uniquement sur le début de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux.

⁷¹⁰ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, *op. cit. note 650*, § 99.

⁷¹¹ Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 22 février 2012, *op. cit. note 696*, § 122.

⁷¹² *Ibid.*, § 13.

⁷¹³ *Ibid.*, § 13.

⁷¹⁴ Human Rights Watch, *"They Burned My Heart", War Crimes in Northern Idlib during Peace Plan Negotiations*, Human Rights Watch, United States of America, May 2012, 38 p.

⁷¹⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La situation en Syrie*, *op. cit. note 696*, § 13.

[...] »⁷¹⁶. Cette qualification est également celle que retient le dernier rapport de la Commission d'enquête des Nations unies, publié le 26 juin 2012.⁷¹⁷ Le 14 juillet 2012 finalement, le porte parole du Comité international de la Croix-Rouge se serait exprimé comme suit : « *Il y a un conflit armé non international en Syrie. Tous les endroits ne sont pas affectés, mais ce n'est pas seulement limité à ces trois zones, cela s'est répandu à de nombreuses autres zones.* »⁷¹⁸ Enfin, le Président Syrien Bachar Al Assad aurait affirmé le 26 juin 2012 que son pays était en état de guerre.⁷¹⁹

Si la tendance actuelle est au caractère indiscutable de l'affirmation que la situation en Syrie présente les caractéristiques du conflit armé non international relevant de l'article 3 commun⁷²⁰, la question de savoir à partir de quand précisément cette constatation peut être faite demeure en suspens. Les armes employées tant par les insurgés que par les forces armées gouvernementales, la circonstance que l'armée ne soit pas capable de reprendre le contrôle de certaines zones, le nombres de victimes, qui se chiffre en en dizaine de milliers, la fuite massive de personnes civiles vers d'autres pays limitrophes, l'escalade de la violence, l'implication des Nations unies, bien qu'infructueuse, dans la recherche d'une pacification de la situation, tout comme l'emploi intensif et systématique de la force du côté gouvernemental, mais aussi le fait que la situation perdure maintenant depuis seize mois sont autant d'indicateurs qui attestent que le niveau d'intensité requis pour la qualification de conflit armé non international auquel l'article 3 commun s'applique est atteint.⁷²¹ Pour ce qui concerne l'organisation de l'Armée Syrienne Libre, principal groupe armé en présence et dont se revendique la très grande majorité des insurgés impliqués dans les affrontements armés, on peut noter qu'elle mène des actions coordonnées, qu'elle dispose d'un état-major, qu'elle contrôle certaines parties du territoire ou est en tout cas capable d'empêcher l'armée syrienne de pénétrer dans certaines zones, et qu'elle dispose d'interlocuteurs capables de parler en son nom et de la représenter. Il apparaît donc acquis que l'organisation de l'Armée Syrienne Libre correspond

⁷¹⁶ Stephanie NEBEHAY, « Some Syria violence amounts to civil war: Red Cross », *op. cit.* note 617.

⁷¹⁷ Conseil des droits de l'homme, *Oral Update of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 22 février 2012, *op. cit.* note 696, § 104.

⁷¹⁸ Stephanie NEBEHAY, « The Red Cross now views fighting in Syria as an internal armed conflict - a civil war in layman's terms - crossing a threshold experts say can help lay the ground for future prosecutions for war crimes. », *Reuters*, 14 juillet 2012, disponible en ligne sur : <http://www.reuters.com/article/2012/07/14/us-syria-crisis-icrc-idUSBRE86D09H20120714>, dernier accès le 27 juillet 2012.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ On ne recherchera pas ci-après si le conflit répond de surcroît aux conditions exigées par le deuxième Protocole additionnel dans la mesure où la Syrie n'est pas partie à cet instrument, ce qui le rend inapplicable à la situation de ce seul fait. Voir le tableau donnant état des ratifications, compilé par le Comité international de la Croix-Rouge : [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf), dernier accès le 27 juillet 2012.

⁷²¹ Sur le détail de ces indicateurs, voir *supra* (Section I ci-dessus).

aux exigences du conflit armé non international auquel l'article 3 commun s'applique.⁷²² Les qualifications proposées par le Comité international de la Croix-Rouge, de l'Organisation des Nations unies et de Human Rights Watch confortent cette appréciation. Toutefois si cette affirmation est possible aujourd'hui sans qu'elle semble susciter de controverses, depuis quand en va-t-il ainsi ?

Du point de vue de l'intensité, le niveau requis a été assez rapidement atteint, dans la mesure où les indicateurs relevés ci-haut pouvaient être vérifiés depuis la fin du mois d'avril 2011. En revanche, du point de vue de l'organisation de l'Armée Syrienne Libre il est beaucoup plus difficile d'apprécier le moment depuis lequel elle remplit ce critère. Août 2011 constitue à n'en pas douter un moment charnière puisque c'est à cette date qu'elle se constitue. Il semble toutefois qu'elle n'a acquis une organisation suffisante que dans les mois qui ont suivi. À la lumière des éléments dont on dispose, l'intensification de la violence à l'automne 2011 et les moyens déployés par l'armée syrienne pour contrer les insurgés penchent pour une organisation qui arrive à maturité dans la mesure où cela témoigne de la capacité de l'Armée Syrienne Libre à mener des actions militaires concertées qui mettent en échec l'armée gouvernementale. Dans cette même période, un autre élément est déterminant, à savoir la capacité du groupe armé à mener de véritables opérations militaires offensives, qui constitue un indice qu'il existe une chaîne de commandement capable de donner des ordres à des subordonnés qui vont les mettre en œuvre. Aussi, sans que l'on puisse dater au jour près le moment à partir duquel les deux critères caractéristiques du conflit armé non international relevant de l'article 3 commun étaient réunis, on peut avancer que cette situation existe depuis novembre 2011.

De cette hypothèse procèdent quelques remarques accessoires. Premièrement, on voit à quel point l'exercice de qualification peut se révéler difficile au moment où une situation se produit. Si une juridiction pénale internationale dotée des moyens d'enquête aux fins d'établissement des faits pourrait être en mesure de ramener la preuve de l'existence de ce conflit avec une plus grande précision, il n'en demeure pas moins qu'alors que la situation est en cours, il est impossible de donner une date précise qui marque le début de l'applicabilité du droit international humanitaire. Deuxièmement, et en lien avec le point précédent, si la jurisprudence internationale a considérablement contribué à tracer la frontière entre les situations de troubles intérieurs et tensions internes et le conflit armé non international relevant de l'article 3 commun⁷²³ par l'identification d'indicateurs extrêmement concrets pour ce faire, il reste ardu de vérifier que ces indicateurs sont présents. Il résulte

⁷²² Sur le détail de ces exigences, voir *supra* (Section I ci-dessus).

⁷²³ Dans le même sens, Anthony CULLEN, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *op. cit.* note 514, p. 95.

potentiellement de cette difficulté à qualifier de lourdes conséquences pratiques. Les règles relatives à l'assistance humanitaire, par exemple, n'existent par définition que si le droit international humanitaire s'applique, c'est-à-dire si la situation relève d'un conflit armé. À l'inverse les règles relatives à l'usage de la force sont très défavorables aux personnes qui participent aux hostilités, dès lors que la situation n'est plus gouvernée par les droits de la personne seulement. La nécessité de qualifier la situation peut donc s'avérer vitale pour les personnes qui en sont affectées. Troisièmement, on constate que les qualifications prodiguées par certaines instances, fussent-elles particulièrement bien placées pour ce faire, ne sont pas dépourvues de considérations autre que juridiques. Sans revenir sur l'étrange qualification du Comité international de la Croix-Rouge du 8 mai dernier – qui interroge pour le moins l'applicabilité *ratione loci* du droit international humanitaire – il reste que cette prise de position est extrêmement tardive. Il se confirme donc ici que les enjeux opérationnels⁷²⁴ de l'institution entrent inévitablement en ligne de compte au moment d'examiner une situation et qu'il serait dangereux de se fier uniquement à ses déclarations pour procéder à la détermination du moment à partir duquel le droit international humanitaire s'applique.

⁷²⁴ Voir, dit plus trivialement, les enjeux politiques. En ce sens, Sylvie JUNOD, « Additional Protocol II: History and Scope », *op. cit.* note 236, qui estime que « le contexte politique affecte toujours la caractérisation des conflits dans une certaine mesure. », p. 38, nous traduisons.

« Alors que l'on pourrait dire qu'il est assez facile de déterminer le moment quand le DIH commence à s'appliquer, il semble plus difficile d'identifier le moment où son application prend fin, principalement en raison de différentes formules utilisées dans le droit conventionnel. »⁷²⁵

Deuxième partie : La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire

Le droit international humanitaire étant un *corpus juris* conçu pour le temps des conflits armés, une évidence devrait s'imposer ; le droit international humanitaire devrait naturellement cesser de s'appliquer dès lors que le conflit armé cesse. Si la situation qui l'a fait naître s'éteint, l'application du droit international humanitaire devrait s'éteindre avec elle. Comme pour de nombreux aspects du droit international humanitaire toutefois, l'évidence n'est qu'apparente et cache des problèmes juridiques complexes. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie l'a pour sa part constaté en ces termes dès sa première affaire : « [...] le champ temporel et géographique des conflits armés internationaux et internes s'étend au-delà de la date et du lieu exacts des hostilités. S'agissant du cadre temporel de référence de conflits armés internationaux, chacune des quatre Conventions de Genève renferme un langage indiquant que leur application peut se prolonger au-delà de la cessation des combats. »⁷²⁶ Ainsi, l'artifice de la simplicité s'affadit, premièrement, dès lors que l'on confronte les instruments de droit international humanitaire à la façon dont les conflits armés sont réputés prendre fin (CHAPITRE I) et, deuxièmement, en raison de l'existence d'un régime temporel dérogatoire spécifique à certaines dispositions du droit international humanitaire (CHAPITRE II).

⁷²⁵ Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II*, op. cit. note 275, p. 299, nous traduisons.

⁷²⁶ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 67.

Pour ce qui concerne la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, les conflits armés internationaux et non internationaux présentent des similitudes. Dans les deux cas, le formalisme n'a pas de prise sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire et c'est le principe d'effectivité qui prime. De même, les Conventions de Genève et le premier Protocole additionnel comme le deuxième contiennent des règles spécifiques créant des régimes d'applicabilité dérogatoires au bénéfice de certaines catégories de personnes. Aussi, les deux types de conflit seront abordés de façon transversale dans les deux chapitres qui suivent, sauf exceptions dument mentionnées.

Chapitre 1^{er} : La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de la fin du conflit (lorsque les armes se taisent)

En droit international humanitaire, la seule réglementation codifiée en matière de cessation générale de l'affrontement par le biais de forces armées se trouve dans le Règlement de La Haye de 1907. Ce texte prévoit deux possibilités à cet égard, la capitulation⁷²⁷ ou l'armistice⁷²⁸. Si les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, ou d'autres textes pertinents de droit international humanitaire, mentionnent quant à eux la fin du conflit armé, ou la fin des opérations militaires, aucun de ces textes ne détaille ce que recouvrent ces notions. Plus encore, alors que la capitulation et l'armistice dans le Règlement de La Haye font l'objet sinon d'une définition, à tout le moins de précisions techniques, il n'en est rien des notions de « conflit armé » ou « fin des opérations militaires » dans quelque texte que ce soit, alors que ce sont les notions qui prévalent aujourd'hui. Le Conseil fédéral suisse estimait ainsi en 2006 que « [l]aute d'une règle spécifique de droit international qui définisse la fin du conflit militaire, il faut recourir à des éléments formels et effectifs comme critères d'appréciation. Formellement, un conflit cesse avec un accord de capitulation ou, selon les circonstances, avec un cessez-le-feu. En fin de compte, ce qui est déterminant, c'est que les hostilités soient effectivement terminées. Cela peut par exemple se passer lorsqu'une partie n'est plus en mesure de se défendre militairement (*debellatio*) ; la défaite peut conduire à une occupation militaire. »⁷²⁹ Cette appréciation ne présente rien de particulièrement novateur. Toutefois, telle qu'elle est formulée, elle résume parfaitement les ambiguïtés qui se font jour lorsqu'on cherche à déterminer quand le droit international humanitaire cesse de s'appliquer de façon générale. En effet, la question de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans une situation donnée pose immédiatement celle de savoir si le conflit est terminé. Si tel est le cas, *a priori*, il n'existe aucune raison pour que le droit international humanitaire continue de s'appliquer⁷³⁰. Or, plusieurs éléments entrent en ligne de compte. Comme l'analyse justement le Conseil fédéral suisse, certains sont d'ordre formel (**Section I**), d'autres

⁷²⁷ Règlement de La Haye, article 35.

⁷²⁸ *Ibid.*, articles 36 à 41.

⁷²⁹ Lucius CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public 2006 », *Revue suisse de droit international et européen*, n° 5, 2006, pp. 743-801, p. 654, reproduction partielle de l'étude intitulée « La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak », datée du 2 décembre 2005 préparée par le Conseil fédéral, note de bas de page omise.

⁷³⁰ On verra qu'en réalité cette présomption ne résiste pas à certaines situations dans lesquelles bien que le conflit soit terminé, le droit international humanitaire continue de s'appliquer, pour le moins dans certaines situations particulières et/ou à certaines catégories de personnes.

reposent sur l'effectivité (**Section II**). En outre, bien que les situations d'occupation fassent partie de la qualification plus large de conflit armé international, ce qui justifierait de les traiter simultanément, elles feront l'objet d'une section particulière (**Section III**), tant les paramètres permettant de conclure à la fin de ces situations y sont spécifiques.⁷³¹

⁷³¹ Ceci s'inscrit du reste dans la droite ligne de l'articulation générale de la quatrième Convention de Genève, telle que la souhaitent ses rédacteurs qui ont eu l'occasion de souligner : « *Concernant la fin de l'application [de la Convention], le problème est plus complexe [que pour le début de son application]. Pour le clarifier, nous avons décidé de distinguer suivant qu'il s'agit du territoire d'une Partie au conflit ou d'un territoire occupé* », *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III - Civils, Rapport à l'Assemblée plénière, p. 799.

Section I L'inaptitude des actes juridiques formels tendant à mettre fin à un conflit armé à produire des effets sur l'applicabilité du droit international humanitaire

Les belligérants souhaitant mettre un terme au conflit armé qui les oppose, et en régler les conséquences, disposent d'un éventail plutôt large d'instruments juridiques internationaux pour ce faire : au-delà de la capitulation et de l'armistice, expressément mentionnés⁷³² dans le *Règlement de La Haye* de 1907 (I), il s'agit notamment du cessez-le-feu et du traité de paix (II)⁷³³. Tous ont le même but : faire taire les armes. À l'évocation de ces termes c'est bien la notion de fin du conflit armé qui vient à l'esprit. En ce sens, il convient de se poser la question des effets qu'ils produisent ou non sur l'application du droit international humanitaire. Car, s'ils ont pour but de mettre fin à l'usage de la force armée, la conclusion logique qui devrait en découler est que le droit international humanitaire cesse de s'appliquer dès lors que ces instruments entrent en vigueur. Pourtant, sans qu'il soit nécessaire d'aborder en détail les spécificités propres à chacun d'eux, c'est une conclusion inverse qui s'impose (III). En outre, il existe un moyen particulier de mettre fin à l'applicabilité du droit international humanitaire. Il s'agit de la faculté pour les États de dénoncer formellement les traités de droit international humanitaire ; elle fera également l'objet de brefs développements (IV).

À titre liminaire il convient de souligner qu'il existe d'autres types d'accords qui peuvent intervenir au cours d'un conflit armé et produire des conséquences sur la poursuite des hostilités.⁷³⁴ Il s'agit par exemple des

⁷³² Si toutes deux sont mentionnées, seul l'armistice fait l'objet d'une définition. Dans le même sens, Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 149, 1976, pp. 355-414, p. 358. Voir également, Alfons KLAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 225.

⁷³³ Christine Bell quant à elle opère une distinction différente dans son étude sur la nature et le statut juridique des accords de paix : « À mesure que les processus de paix évoluent, une large variété de documents qui peuvent recevoir la dénomination d'« accord de paix » sont produits. Ils peuvent être utilement classés en trois grandes catégories qui tendent à émerger à différents stades d'un conflit : les accords de pré-négociation [prenegotiation agreements], accords cadre/substantiel [framework/substantive agreements], et accords de mise en œuvre/renégociation [implementation/renegotiation agreements]. », Christine Bell, « Peace Agreements: Their Nature and Legal Status », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 373-412, pp. 375-376, nous traduisons ; laquelle renvoie également pour plus de détails à son ouvrage : Christine BELL, *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 409 p. De façon générale sur les actes formels et leurs conséquences juridiques voir Yoram DINESTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.* note 89, pp. 30-61.

⁷³⁴ Pour une description détaillée de ces notions, voir Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732. Alfons Klafkowski souligne quant à lui que « [l]a variété de formes de fin de la guerre entraîne l'impossibilité d'énumérer d'une manière exhaustive toutes ces formes ainsi que leurs variantes. », Alfons KLAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 234.

notions, quoique désuètes, de « suspension d'armes » ou de « trêve »⁷³⁵. Une suspension d'arme ou une trêve n'a pour seule vocation que de permettre aux belligérants d'exécuter certains actes qui ne seraient pas exécutable sous le feu des hostilités. Temporaires par essence, ces notions n'affectent en rien la qualification de la situation et sont donc sans incidence sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Ce dernier reste entièrement applicable lorsqu'elles se produisent sans que cela ne soulève aucune controverse⁷³⁶. Ces concepts ne font donc pas partie du cadre de cette étude.

§ I. Les actes juridiques formels mentionnés dans le Règlement de La Haye de 1907

La capitulation (A) et l'armistice (B) sont les deux seuls instruments ayant vocation à faire taire les armes explicitement mentionnés par un texte de droit international humanitaire, ils méritent donc d'être traités distinctement de ceux qui s'imposent, *proprio motu*, en droit international contemporain. De leur origine – le Règlement de La Haye de 1907 – il résulte que ces instruments ne concernent que les conflits armés internationaux⁷³⁷, aussi les développements qui suivent s'appliquent aux conflits armés internationaux seulement.

A) La capitulation

La capitulation est probablement le seul acte juridique formel qui a des répercussions déterminantes quant à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. En effet, lui seul a véritablement vocation à exclure « la possibilité d'une reprise des hostilités »⁷³⁸. Les éléments de fait qui conduisent un État à « capituler » sont sans appel à cet égard. Il s'agit de la domination totale d'une armée sur une autre.⁷³⁹ Dans cette hypothèse l'armée qui a

⁷³⁵ La notion de « trêve » fait l'objet des articles 32 à 34 du Règlement de La Haye de 1907, sous le Chapitre III « Des Parlementaires ».

⁷³⁶ Voir en ce sens notamment, Riccardo MONACO, « Les Conventions entre belligérants », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol. 75, 1949, pp. 273-362, p. 292 ; Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 461-473, p. 461.

⁷³⁷ Dans le même sens, pour ce qui concerne l'armistice, Yoram DINSTEIN, « Armistice », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010, § 1.

⁷³⁸ Riccardo MONACO, « Les Conventions entre belligérants », *op. cit.* note 736, p. 314.

⁷³⁹ Aussi la capitulation n'est envisagée ici que pour autant qu'elle implique l'ensemble des forces armées d'un État. Dans son sens originel, la capitulation est « une convention entre les forces armées des belligérants stipulant les termes d'une reddition de forteresses et autres places défendues, ou de « men-of-war », ou de troupes. [... En cela,] ses conséquences directes n'ont rien à voir avec la guerre au sens large, mais sont seulement locales, et concernent les forces s'étant rendues exclusivement. », Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, *op. cit.* note 92,

capitulé est dans l'impossibilité de mener des hostilités⁷⁴⁰. Cette incapacité emporte *de facto* la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, de façon générale. Cependant, si la capitulation est suivie d'une situation d'occupation, un nouveau régime juridique entrera en vigueur, à savoir le droit de l'occupation⁷⁴¹. Ce constat n'a pas pour autant de grandes conséquences au regard d'une étude générale de l'influence des actes formels tendant à mettre fin aux conflits armés sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, dans la mesure où, depuis la capitulation sans conditions de l'Allemagne en mai 1945⁷⁴² et celle du Japon en septembre de la même année⁷⁴³, on ne trouve pas dans la pratique des États l'utilisation de ce procédé⁷⁴⁴. Autrement dit, le seul acte juridique formel avec lequel coïncide effectivement la fin du conflit armé international n'a, aujourd'hui, aucune répercussion opérationnelle sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire. Ce constat empêche de conclure de façon générale qu'un acte juridique conclu en forme solennelle, en l'occurrence la capitulation, produit des effets déterminants au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.⁷⁴⁵

pp. 543-544, § 226. Dans le même sens, Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *op. cit.* note 342, p. 857.

⁷⁴⁰ En ce sens, Riccardo MONACO, « Les Conventions entre belligérants », *op. cit.* note 736, p. 313.

⁷⁴¹ Pour les conséquences temporelles attachées à ce régime juridique particulier, voir *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II, et *infra*, Titre II, Chapitre I, Section III.

⁷⁴² Il existe en réalité deux actes de capitulation, le premier signé à Reims le 7 mai 1945, le second signé à Berlin le 8 mai 1945 : *Act of Military Surrender Signed at Rheims at 0241 on the 7th day of May, 1945* et *Act of Military Surrender Signed at Berlin on the 8th day of May, 1945*, tous deux disponibles en ligne sur : <http://avalon.law.yale.edu/wwii/g33.asp> et <http://avalon.law.yale.edu/wwii/g311.asp>, respectivement, dernier accès le 28 janvier 2012. À cet égard, il est important de noter qu'alors que dans le langage commun on parle parfois de l'« armistice » de 1945, il s'agit en fait juridiquement d'un autre acte formel qui ne revêt pas les caractéristiques de l'armistice. Ce que Riccardo MONACO, par exemple, explique de la manière suivante : « Dans la pratique internationale, on veut parfois présenter une capitulation comme un armistice. La raison en est que le mot capitulation porte avec lui quelque chose qui se réfère directement à la violence par laquelle un des deux belligérants est tombé à la merci de l'autre : on veut alors employer un mot, comme celui d'armistice, qui ne rappelle pas directement la réalité des choses. », Riccardo MONACO, « Les Conventions entre belligérants », *op. cit.* note 736, p. 314.

⁷⁴³ *Acte de capitulation du Japon*, signé le 2 septembre 1945 dans la baie de Tokyo, Recueil des Traités, vol. 139, RTNU n°II-465, pp. 389-393.

⁷⁴⁴ À l'exception toutefois de l'exemple pakistanais de 1971, mais qui s'inscrit cependant dans un contexte plus large de modalités destinées à mettre fin au conflit entre l'Inde et le Pakistan. Voir en ce sens, Philippe BRETTON, « De quelques problèmes du droit de la guerre dans le conflit indo-pakistanaï », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 18, 1972, pp. 201-224, en particulier aux p. 211 et s. pour une comparaison entre les contenus des actes de reddition relatifs à la seconde guerre mondiale et de l'acte de reddition pakistanais.

⁷⁴⁵ À l'évocation de la capitulation, une situation proche peut venir à l'esprit. Il s'agit de ce que la doctrine décrit sous le terme *debellatio*. La *debellatio* est une situation de fait qui « sans qu'intervienne un acte juridique quelconque, [consiste en] l'occupation complète du territoire d'une Partie, accompagnée de la fin effective de toutes hostilités ». Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, p. 67, § 152. Voir également note 351.

B) L'armistice

Le Règlement de La Haye de 1907 dispose que « [l']armistice suspend les opérations de guerre par un accord mutuel des Parties belligérantes »⁷⁴⁶. Cet accord peut être partiel (local) ou total (général). Ici, seule sa version générale est envisagée, dans la mesure où un armistice local n'a absolument pas l'ambition de produire d'effets généraux ; seuls effets qui sont ceux que l'on recherche ici⁷⁴⁷. Depuis certains instruments relatifs à la Seconde Guerre mondiale⁷⁴⁸ et ceux concomitants à la création de l'État d'Israël⁷⁴⁹, il n'y a plus guère qu'en doctrine que l'on trouve ce terme employé⁷⁵⁰. Il y a bien l'armistice de 1953⁷⁵¹ entre les deux Corées, mais celui-ci présente un caractère particulier dans la mesure où il ne s'agit pas à proprement parler d'une Convention signée entre États belligérants. En effet, la Corée du Sud n'en est pas signataire ; c'est simplement en tant que force armée intégrée au Commandement unifié des Nations unies qu'elle est affectée par ce document.

⁷⁴⁶ Article 36. Pour une étude historique très détaillée de l'évolution de l'armistice, sous l'angle du destin des prisonniers de guerre, voir Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, pp. 84-96. Voir également de façon plus générale Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, op. cit. note 92, pp. 546-558.

⁷⁴⁷ Un armistice local, document militaire conclu par des membres des forces armées, peut avoir des répercussions relativement à l'applicabilité du droit international humanitaire du fait de disposition spécifique. Puisqu'il en résultera une suspension des hostilités à un endroit donné pendant une période de temps préétablie, il permettra la mise en œuvre de dispositions spécifiques : la collecte des blessés par exemple.

⁷⁴⁸ *Convention d'armistice entre les Etats-Unis d'Amérique, l'Union des Républiques socialistes soviétiques et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'une part, et la Bulgarie, d'autre part*, signée le 28 octobre 1944 à Moscou, Recueil des Traités, vol. 123, RTNU n°II-414, pp. 239-244, par exemple, ou encore *Convention d'Armistice entre l'Union des Républiques socialistes soviétiques, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les Etats-Unis d'Amérique, d'une part, et la Hongrie, d'autre part*, signée le 20 janvier 1945 à Moscou, Recueil des Traités, vol. 140, RTNU n°II-471, pp. 407-419.

⁷⁴⁹ *Convention d'armistice général entre l'Égypte et Israël*, signée le 24 février 1949 à Rhodes, Recueil des Traités, vol. 42, RTNU n°I-654, pp. 253-285 ; *Convention d'armistice général libano-israélienne*, signée le 23 mars 1949 à Ras en Nakoura, Recueil des Traités, vol. 42, RTNU n°I-655, pp. 289-301 ; *Convention générale d'armistice entre le Royaume hachémite de Jordanie et Israël*, signée le 3 avril 1949 à Rhodes, Recueil des Traités, vol. 42, RTNU n°I-656, pp. 305-325 ; *Convention d'armistice générale syro-israélienne*, signée le 20 juillet 1949 près de Mahanayim (Cote 232), Recueil des Traités, vol. 42, RTNU n°I-657, pp. 329-351.

⁷⁵⁰ Yoram Dinstein finit lui-même par le reconnaître après de longs développements sur le sujet dans sa contribution consacrée à cette notion, Yoram DINSTEIN, « Armistice », op. cit. note 737, § 28. Contrairement à ce que remarquait encore en 1956 Howard S. Levie pour qui « [...] l'accord d'armistice avait été la méthode la plus fréquemment employée [...] », Howard S. LEVIE, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, pp. 880-906, p. 880, nous traduisons.

⁷⁵¹ Le texte intégral se trouve notamment reproduit en français dans un document soumis au Conseil de sécurité des Nations unies : Conseil de sécurité des Nations unies, *Lettre du 7 août 1953 adressée au Secrétaire général par le représentant par intérim des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations unies pour lui transmettre, conformément à la Résolution adoptée le 7 juillet 1950 par le Conseil de sécurité (S/1588), un rapport spécial du Commandement unifié sur l'armistice en Corée*, 7 août 1953, S/3079, pp. 20-48.

Quoi qu'il en soit, de l'étude des quelques instruments à disposition, il ressort un paradoxe quant à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. En effet, d'une part, en tant qu'acte juridique, une convention d'armistice n'a clairement pas pour vocation de mettre un terme à l'état de guerre au sens originel du terme⁷⁵². En ce sens, le caractère résolument transitoire⁷⁵³ voire temporaire⁷⁵⁴ de cet instrument juridique ne devrait en rien

⁷⁵² Voir en ce sens Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732, pp. 372 et s. ; Howard S. LEVIE, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », *op. cit.* note 750, p. 884. Voir également, et Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, *op. cit.* note 103, pp. 725 et s.

⁷⁵³ La *Convention d'armistice général entre l'Égypte et Israël*, *op. cit.* note 755, par exemple, prévoit expressément que cet instrument a pour vocation de « [...] **favoriser le rétablissement de la paix permanente [...] en Palestine** », non pas d'établir cette paix permanente, nous soulignons. Toutes les autres conventions d'armistice signées par Israël et ses voisins arabes utilisent une formulation similaire. D'ailleurs la Résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, à l'origine de la signature de cette Convention d'armistice invitait « [...] **les parties directement impliquées dans le conflit de Palestine à rechercher immédiatement, en tant que nouvelle mesure provisoire, [...] un accord [...], aux fins de conclure immédiatement un armistice [...]** », Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution (62) 1948, du 16 novembre 1948, S/1080. Comme le constatait Sydney D. Bailey en 1977 : « **Plusieurs auteurs, avec essentiellement en tête les accords d'armistice relatifs au Moyen Orient, voient un armistice comme impliquant un engagement positif à ou comme une acceptation formelle d'un éventuel règlement pacifique (Mohn), une étape vers la cessation de la guerre (Stone), une première étape vers un Traité de paix (Dedjier), une étape importante sur le chemin du Traité de paix (Bastid) ; mais il n'y a aucune dissidence sur la conclusion qu'un armistice n'est pas la paix et ne met pas un terme à l'état de guerre** », Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, p. 472. Voir également Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732, pp. 373-374. En sens contraire, Yoram Dinstein estime que « **[e]n réalité, la pratique des États démontre que chaque instrument conclu depuis la Seconde Guerre mondiale – lorsque désignés par les parties contractantes comme étant un 'armistice' – véhiculait l'intention des parties non pas seulement de suspendre les hostilités mais de terminer l'état de guerre** », Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 4.

⁷⁵⁴ Pour Sydney D. Bailey originellement « **[le] but principal [de l'armistice] n'était pas de résoudre des problèmes politiques ou économiques mais de suspendre les hostilités pour un temps** », Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, p. 462. En sens contraire, se plaçant tout à la fois sur le terrain de la contemporanéité et citant Rosenne, Yoram Dinstein estime pour sa part qu'un armistice ne peut pas être temporaire : « **un accord d'armistice moderne, équivalent à la cessation de la guerre, doit être indéfini [...]** », Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 19. Même si rien n'empêche que la convention puisse finalement produire des effets pendant un temps extrêmement long, il reste que cet instrument n'a pas été conçu pour le long terme. L'armistice entre les deux Corées illustre ce paradoxe : conclu en tant qu'instrument transitoire, dans l'attente d'un instrument qui mettrait fin définitivement au conflit, et étant donné qu'aucun accord n'est intervenu depuis, on a pu lire à propos de la résurgence de la tension entre les deux pays au printemps 2009 à la fois que « **la Corée du Nord a menacé de plonger la péninsule coréenne en "état de guerre"** », ce qui suppose que l'état de guerre précédent avait pris fin, mais aussi qu'« **[i]l n'y a pas de traité de paix à proprement parler [sic] entre les deux pays. Les relations inter-coréennes se sont donc établies bon gré mal gré, mais dans un climat de défiance extrême puisque les deux pays sont techniquement toujours considérés comme en état de guerre.** », ce qui suppose au contraire que l'armistice de 1953 n'a pas mis fin à la guerre... Le Monde.fr, « La stratégie ambiguë de Pyongyang vis-à-vis de la Corée du Sud », disponible en ligne sur <http://www.lemonde.fr/imprimer/article/2009/05/27/1198815.html>, dernier accès le 28 mai 2009. Dans le même sens, un Rapport présenté au Conseil de sécurité des Nations unies le 1^{er} octobre 2004 fait état de ce que la « **capacité [du Liban] de déployer ses forces dans certains secteurs du Sud-Liban était entravée par les modalités de la Convention d'armistice générale entre Israël et le Liban, du 23 mars 1949, [...]** », si le Liban invoque cette Convention cinquante-cinq ans après sa conclusion, c'est bien qu'il considère qu'elle est toujours en vigueur, Conseil

affecter l'applicabilité d'une branche du droit conçue pour s'appliquer pendant tout le temps que dure un conflit, c'est-à-dire jusqu'à la conclusion de la paix dans la conception classique du droit international. Aussi, tout comme la « trêve » ou la « suspension d'armes », l'armistice pourrait être d'emblée exclu du champ de l'étude des actes formels tendant à mettre fin au conflit armé. Cependant, et d'autre part, toutes les conventions d'armistice présentent une caractéristique qui interpelle au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire : toutes supposent l'arrêt des hostilités⁷⁵⁵. Il a même été affirmé que « [a]lors que le moment d'une véritable 'cessation des hostilités actives' n'est pas toujours aisément apparent, il ne peut pas faire de doute que cela se produit une fois qu'un armistice arrive »⁷⁵⁶. Or, en droit international humanitaire, ce sont les faits qui sont déterminants, et si la convention d'armistice est respectée, c'est-à-dire si les hostilités cessent effectivement, on imagine que le droit international humanitaire va cesser de s'appliquer de façon générale. À la subtilité près que ce n'est pas la « fin des hostilités », mais la « fin générale des opérations militaires » qui est déterminante au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire⁷⁵⁷. Et, sans prétendre qu'un armistice est toujours inévitablement suivi d'effets, s'il l'est, l'applicabilité du droit international humanitaire prendra fin, non pas en raison de l'armistice lui-même, mais en raison de la constatation factuelle que le conflit armé est terminé ; s'il ne l'est pas en revanche, soit le droit international humanitaire continuera de s'appliquer car en réalité les hostilités n'auront jamais cessé soit il redeviendra applicable si, d'abord suivi d'effets, l'armistice est finalement violé⁷⁵⁸.

À la recherche d'indices propres à déterminer le moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de s'appliquer, les notions d'armistice et de capitulation – présentant de surcroît aujourd'hui un intérêt plus doctrinal qu'opérationnel – s'avèrent peu contributrices. Ce constat justifie de ne pas s'étendre davantage sur ces notions, mais de s'attarder plutôt sur celles auxquelles les États ont plus volontiers recours de nos jours.

de sécurité des Nations unies, *Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 1559 (2004) du Conseil de sécurité*, 1^{er} octobre 2004, S/2004/777, § 25.

⁷⁵⁵ Voir en ce sens Howard S. LEVIE, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », *op. cit.* note 750, p. 881 et pp. 889 et s.

⁷⁵⁶ Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 23, nous traduisons. Dans un sens similaire, Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *op. cit.* note 342, p. 850.

⁷⁵⁷ Sur cette distinction et ses conséquences, voir *infra*, Titre II, Chapitre I, Section II.

⁷⁵⁸ Du fait de son interprétation de l'armistice, Yoram Dinstein considère au contraire que tout acte d'hostilité faisant suite à un armistice devra être considéré comme un nouveau conflit armé. En effet, si l'armistice met sans conteste un terme aux hostilités comme il l'affirme, alors toute hostilité subséquente sera un nouveau conflit armé. Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 15. Toutefois, dans les deux cas indifféremment le droit international humanitaire s'appliquera : soit il continuera de s'appliquer, soit il recommencera à s'appliquer.

SII. Les autres actes juridiques formels tendant à mettre fin aux conflits armés

Si la tendance est plutôt à l'emploi généralisé de l'expression « cessez-le-feu » lorsqu'il s'agit de négocier la fin des hostilités (B), on trouve encore l'expression « traité de paix » (A). Cette pratique peut d'ailleurs se constater pour les conflits armés internationaux comme pour les conflits armés non internationaux. Par conséquent, sauf mention particulière, ces deux situations seront traitées simultanément dans les lignes qui suivent.

A) *Le traité de paix*

Une définition contemporaine du traité de paix pourrait être la suivante : « *Les traités de paix sont des accords conclus entre les parties [étatiques ou non] à un conflit armé qui met fin à l'état de guerre ou au conflit armé entre elles.* »⁷⁵⁹ Contemporaine car dans la conception traditionnelle du droit international, dans laquelle la « paix » est le miroir de la « guerre », un traité de paix permettait de constater formellement un retour à des relations normales entre deux ou plusieurs anciens États belligérants, là où la déclaration de guerre constituait le point de départ à des relations d'exception.⁷⁶⁰ Retour à la normale dont le point de départ pouvait varier selon que le traité de paix prévoyait une date déterminée et s'il était suivi d'une ratification ou non.⁷⁶¹ Le traité de paix était en quelque sorte l'instrument qui, par excellence, avait pour vocation à mettre un point final à un différend armé entre États.⁷⁶² En cela le traité de paix se distinguerait d'autres instruments tendant à mettre fin à un conflit armé international car il « *transcend[rait] la fin de la guerre en pourvoyant aussi à la normalisation des relations entre les anciennes parties belligérantes au travers de l'introduction ou de la*

⁷⁵⁹ Jann K. KLEFFNER, « Peace Treaties », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 30 janvier 2012, § 1, nous traduisons. Dans le même sens, Alfons KLAFFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 237. Voir également *ibid.* pp. 241 pour un historique détaillé du traité de paix. Pour une étude plus datée de la notion, voir Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, *op. cit.* note 92, pp. 605-616.

⁷⁶⁰ Voir en ce sens *supra*, les développements relatifs à la déclaration de guerre et à ses effets, Titre I, Chapitre I, Section I, I.

⁷⁶¹ Alfons KLAFFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, pp. 243-244. Dans le même sens, Isaac PAENSON, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, *op. cit.* note 91, p. 82, § 39 b.

⁷⁶² Dans le même sens, Alfons KLAFFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, pp. 226 et 229 ; et Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, *op. cit.* note 103, p. 730.

restauration des relations diplomatiques, économiques et autres »⁷⁶³. En tant que traité, il ne s'adressait d'ailleurs qu'aux États, qui seuls disposaient de la prérogative de faire la guerre. Dans son acception formelle, le traité de paix n'est plus l'instrument privilégié des parties qui souhaitent mettre un terme à leur lutte armée⁷⁶⁴. Mais on trouve aujourd'hui par analogie des accords de paix auxquels sont parties des groupes armés⁷⁶⁵, ce qui justifie l'adhésion à la définition actualisée suscitée⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 11, nous traduisons. Pour une vision complète des effets du traité de paix en tant qu'acte juridique formel, voir Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, *op. cit.* note 103, pp. 733 et s.

⁷⁶⁴ Si cette terminologie était effectivement celle qui prévalait encore au milieu du siècle dernier, puisque c'est celle qui a été adoptée pour beaucoup des instruments relatifs à la fin de la Seconde Guerre mondiale, puis pour l'accord mettant fin à la guerre entre la Chine et le Japon : **Traité de paix entre la République de Chine et le Japon**, signé à Taipei le 28 avril 1952, Recueil des Traités, vol. 138, RTNU n°I-1858, pp. 39-55, nous soulignons, on la trouvait encore utilisée un peu plus tard pour ce qui concerne la fin du conflit qui a opposé le Viêt-Nam aux États-Unis d'Amérique : **Accord sur la cessation de la guerre et le rétablissement de la paix au Viêt-Nam**, signé à Paris le 27 janvier 1973, Recueil des Traités, vol. 935, RTNU n°I-13295, pp. 36-200, nous soulignons. C'est enfin cette terminologie que l'on trouve employée concernant le conflit israélo-arabe, au moins en deux occasions : **Traité de paix entre l'État d'Israël et la République Arabe d'Égypte**, signé à Washington le 26 mars 1979, Recueil des Traités, vol. 1138, RTNU n°I-17855, pp. 143-160, ou encore **Traité de paix entre l'État d'Israël et le Royaume hachémite de Jordanie**, signé au point de passage Arava le 26 octobre 1994, Recueil des Traités, vol. 2042, RTNU n°I-35325, pp. 511-574, nous soulignons, bien qu'elle semble par la suite avoir disparu du langage des belligérants en général, voir en ce sens Jann K. KLEFFNER, « Peace Treaties », *op. cit.* note 759, qui constate que « [...] les conflits armés internationaux sont souvent terminés par des modes moins formalisés que les traités de paix. », § 9, nous traduisons. Dans le même sens, voir Andrej LANG, « "Modus Operandi" and the ICJ's Appraisal of the Lusaka Ceasefire Agreement in the Armed Activities Case: The Role of Peace Agreements in International Conflict Resolution », *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 40, 2007-2008, pp. 107-169, p. 114, en particulier note de bas de page 29. Bien que d'un genre particulier, on peut également mentionner les Accords de Dayton relativement au conflit de l'Ex-Yougoslavie à la fin des années quatre-vingt-dix parmi lesquels on trouve un **Accord cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine**, voir en ce sens Paola GAETA, « The Dayton Agreements and International Law », *European Journal of International Law*, 1996, vol. 7, pp. 147-163, nous traduisons, nous soulignons.

⁷⁶⁵ On ne saurait en effet parler de « traité » lorsqu'il s'agit d'un accord signé avec un groupe armé, lequel ne jouit pas de la personnalité juridique internationale nécessaire pour le faire, on parlera par conséquent dans ce cas d'un « Accord ». Jann K. Kleffner introduit d'ailleurs cette nuance dans sa définition. Il distingue deux types de traités de paix : ceux *stricto sensu* qui sont conduits par des États, et ceux auxquels peuvent être parties des acteurs non étatiques, Jann K. KLEFFNER, « Peace Treaties », *op. cit.* note 759, § 1 et §§ 22 et 23.

⁷⁶⁶ À titre d'exemple, on peut mentionner l'**Accord de paix** signé le 2 septembre 1996, à Manille, entre le gouvernement des Philippines et le Front de Libération Nationale Moro, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://fr.hdcentre.org/files/The%20Final%20Peace%20Agreement.pdf>, dernier accès le 26 février 2012, nous traduisons ; l'**Accord de paix** signé le 7 juillet 1999, à Lomé, entre le gouvernement de Sierra Leone et Front Révolutionnaire Uni de Sierra Leone, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://www.sierra-leone.org/lomeaccord.html>, dernier accès le 26 février 2012 ; ou encore l'**Accord de paix global** signé le 18 août 2003, à Accra, entre le gouvernement du Libéria, les Libériens unis pour la réconciliation et la démocratie et le Mouvement pour la démocratie au Libéria, et des partis politiques, dont une reproduction est disponible en ligne sur : http://www.usip.org/files/file/resources/collections/peace_agreements/liberia_08182003.pdf, dernier accès le 26 février 2012, nous traduisons. Voir également, Christine BELL, « Peace Agreements: Their Nature and Legal Status », *op. cit.* note 733, pp. 377 et s.

Quoi qu'il en soit, que l'on s'en tienne à une conception traditionnelle ou que l'on adopte une vision moderne, cet instrument devrait produire un effet rédhibitoire sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Si les relations redeviennent « normales », le droit international humanitaire, précisément conçu pour des relations belliqueuses, c'est-à-dire « anormales »⁷⁶⁷, n'a aucune raison de s'appliquer. Et s'il a pour fonction de mettre fin au conflit armé, théoriquement la disparition du conflit devrait emporter la disparition de l'application du droit international humanitaire pour ce qui est, à tout le moins, de ses dispositions générales⁷⁶⁸. Or, en réalité, pas plus que tout autre instrument juridique formel⁷⁶⁹, le traité de paix ne produit d'effets directs sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Si les anciens belligérants cessent effectivement les hostilités, cette branche du droit pourrait certes ne plus trouver à s'appliquer. En revanche, si les combats se poursuivent, elle demeurera applicable⁷⁷⁰. La conclusion d'un tel instrument, qu'il s'agisse d'un traité de paix pour ce qui est de la terminologie des conflits armés internationaux ou d'un accord de paix au sens des conflits armés non internationaux, ne met en elle-même pas automatiquement fin aux opérations militaires, ou en tout cas n'empêche pas que le conflit reprenne.

L'affirmation du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie relative au cadre temporel de l'applicabilité du droit international humanitaire soulève la question des effets d'un instrument de paix, au sens formel du terme, à la fois pour les conflits armés internationaux et pour les conflits armés non internationaux. Les juges ont en effet affirmé que « [l]e droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. »⁷⁷¹ Alors qu'aucun instrument de droit international humanitaire contemporain applicable dans les conflits armés internationaux ou non internationaux ne fait

⁷⁶⁷ Dans le même sens, Alfons KLAFFOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 233.

⁷⁶⁸ Le droit international humanitaire prévoit qu'il continue de s'appliquer aux personnes affectées par un conflit armé au-delà de la fin du conflit armé, voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre II.

⁷⁶⁹ La capitulation étant à cet égard mise à l'écart pour les raisons mentionnées *supra*, Titre II, Chapitre I, Section I, A.

⁷⁷⁰ Plus encore, le droit international humanitaire pourrait encore trouver à s'appliquer à l'occasion des dernières opérations militaires postérieures à la conclusion du traité de paix, mais nécessaires au retrait effectif des troupes par exemple. Si, à cette occasion, des personnes sont affectées par ces opérations militaires, si des personnes sont capturées ou si des destructions sont occasionnées, le droit international humanitaire devrait s'appliquer. Politiquement, ce choix ne semble pas opportun : exiger d'anciens belligérants qui viennent de convenir de la paix d'appliquer un *corpus juris* connoté avec la notion de conflit armé pourrait produire des effets délétères et raviver les tensions. On pourrait alors estimer préférable de ne pas faire référence au droit international humanitaire dans ces cas. Mais il faut alors bien distinguer entre ce choix, qui résulte d'une opportunité opérationnelle, et entre le droit applicable à ces faits.

⁷⁷¹ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, *op. cit.* note 152, § 70. Formulation reprise par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, *op. cit.* note 265, § 565.

appel au formalisme lorsqu'il s'agit de régler les questions relatives à son applicabilité dans le temps⁷⁷², cette exigence d'une « *conclusion générale de la paix* » ou d'un « *règlement pacifique* » conduit à réintroduire une dose de légalisme et penche incontestablement en faveur du formalisme plutôt que de l'effectivité. Ces expressions renvoient à des actes formels. Une « *conclusion générale de la paix* » comme un « *règlement pacifique* » ne reposent pas uniquement sur le constat que les armes se sont tues, mais supposent au contraire la conclusion d'un accord entre les parties⁷⁷³. Autrement dit, pour le Tribunal, le droit international humanitaire continuerait de s'appliquer jusqu'à la conclusion de tels instruments. Or, il existe de très nombreuses situations qui n'ont pas donné lieu à un traité de paix et pour lesquelles il serait pourtant impossible de conclure à la persistance de l'applicabilité du droit international humanitaire⁷⁷⁴. Cette jurisprudence, qui semble faire tout à la fois une analogie et une distinction entre la fin des conflits armés internationaux et la fin des conflits armés non internationaux, couplée au fait qu'originellement le traité de paix avait pour but de mettre fin à l'état de guerre – état qui, par définition, n'existe pas dans les conflits armés non internationaux – jette le trouble sur les conditions auxquelles le droit international humanitaire cesse de s'appliquer. Analogie, parce que le Tribunal semble exiger un acte juridique formel pour considérer que le droit international humanitaire cesse de s'appliquer pour les conflits armés tant internationaux que non internationaux, mais dans le même temps distinction, parce que le type d'instrument serait différent selon la qualification de la situation puisque ce sont deux expressions distinctes qui sont évoquées, une « *conclusion générale de la paix* » d'une part, un « *règlement*

⁷⁷² Sur le choix incontesté de l'effectivité par les instruments de droit international humanitaire, voir développements, *infra*, Titre II, Chapitre I, Section II.

⁷⁷³ Voir en ce sens Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 669, note de bas de page 3 : « Les termes employés [aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue] montrent bien qu'il s'agit de la conclusion formelle du traité de paix et non pas seulement de la fin des opérations militaires. En cas de conflit ne présentant pas un caractère international, ce sera le rétablissement effectif de l'état de paix ». Ce point de vue a été exprimé dans les mêmes termes pour toutes les dispositions relatives à la dénonciation de toutes les Conventions de Genève.

⁷⁷⁴ L'exemple emblématique en la matière est probablement celui du Moyen Orient, suite à la création de l'État d'Israël et du conflit qu'elle a occasionné. En 1949, plusieurs accords d'armistice étaient conclus entre Israël, le Liban, la Syrie, la Jordanie et l'Égypte, mais il n'existe qu'un seul traité de paix postérieur, avec l'Égypte. Dans le même sens, le commentaire du Premier Protocole additionnel explique notamment à propos de l'article 99 que : « On ne dit pas « aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue », comme dans l'article commun des Conventions, mais « jusqu'à la fin du conflit armé ou de l'occupation ». Cela tient compte du long délai qui peut s'écouler entre « la fin générale des opérations militaires et de l'occupation » (article 3 - ' Début et fin de l'application ', alinéa b) et la conclusion formelle d'un traité de paix, **qui n'a même parfois jamais lieu.** », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1133, § 3843, nous soulignons. Voir également, John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, n°1, 1989, pp. 73-86, p. 74. À propos du conflit entre l'Irak et l'Irak et du cessez-le-feu y relatif de 1988, John Quigley souligne que des négociations relatives à un traité de paix avaient été entamées mais qu'elles n'ont jamais abouties, *ibid.* p. 76.

pacifique » d'autre part, et non pas une seule qui serait valable dans tous les types de situation. Ainsi, alors que pour le conflit armé international il faudrait pouvoir constater l'extinction d'une notion juridique, la guerre, pour conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, « [...] l'affirmation que le droit des conflits armés non internationaux s'applique « jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint » ne vau[drai]t que dans la mesure où le 'règlement pacifique' n'est pas une simple question d'accord, mais est aussi une description fidèle de la situation factuelle sur le terrain. »⁷⁷⁵ Rien n'indique pourtant dans les traités de droit international humanitaire qu'il faille privilégier le formalisme dans les conflits armés internationaux et adopter une approche plus souple pour les conflits armés non internationaux. Tout au contraire, en 1949, comme en 1977, les rédacteurs des dispositions relatives à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire ont choisi des notions exigeant d'examiner la situation telle qu'elle peut être constatée sur le terrain⁷⁷⁶. Du reste, dans sa jurisprudence ultérieure, le Tribunal s'est livré à de minutieuses analyses des faits afin de parvenir à la conclusion de l'existence d'un conflit armé au moment de la commission d'infractions lorsqu'il avait à se prononcer sur l'existence de crimes de guerre, le préalable nécessaire à cette qualification étant de pouvoir constater l'existence, ou la persistance, d'un conflit armé. Parmi celles-ci deux précisions notables peuvent être soulignées. Tout d'abord celle qu'ont apportée les juges dans le jugement relatif à l'affaire *Boškoski* : « L'applicabilité temporelle des lois et coutumes de la guerre a été décrite par la Chambre d'appels dans le cas de conflits armés internes comme se poursuivant jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Cette constatation ne doit pas être comprise comme limitant la juridiction du Tribunal aux crimes commis jusqu'à ce qu'un accord de paix entre les parties ait été atteint ; mais plutôt, si la violence armée continue même après qu'un tel accord ait été conclu, qu'un conflit armé peut encore exister et les lois et coutumes de la guerre s'appliquer. »⁷⁷⁷ Plus encore, dans son jugement *Gotovina*⁷⁷⁸, la Chambre de première instance I a clairement distingué la fin du conflit armé de tout acte juridique formel. Les juges constatent que « [l]a preuve montre qu'une fin générale des opérations militaires n'était pas intervenue jusqu'au moins le milieu de septembre 1995. »⁷⁷⁹ Aussi, après avoir rappelé l'énoncé du paragraphe 70 de l'arrêt *Tadić* qui fait référence à la « conclusion générale de la

⁷⁷⁵ Puisque « [...] la simple adoption d'un accord de paix [...] ne met pas fin à l'existence d'un conflit armé non international et à l'applicabilité du cadre juridique international qui s'y rapporte. », selon Jann K. KLEFFNER, « Peace Treaties », *op. cit.* note 759, § 10, nous traduisons.

⁷⁷⁶ Voir en ce sens *infra*, Titre II, Chapitre I, Section II.

⁷⁷⁷ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, *op. cit.* note 55, § 293. Cette précision lui permet de conclure que le conflit armé qui l'intéresse s'était poursuivi au-delà d'un accord qui avait pour but de mettre un terme à la violence ; en l'occurrence l'accord d'Ohrd signé le 13 août 2001, voir *ibid.* § 7.

⁷⁷⁸ TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Affaire n° IT-06-90-T, Chambre de première instance I, jugement, 15 avril 2011.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, vol. II, § 1697, nous traduisons.

paix »⁷⁸⁰, la Chambre ne recherche pas la date à laquelle un accord de paix a été formellement conclu⁷⁸¹, mais la date à laquelle on peut estimer que les affrontements ont effectivement cessé, de façon générale. Plus spécifiquement, elle estime que « [l]es opérations de recherche qui ont continué tout au long de la période visée par l'acte d'accusation fournit une indication supplémentaire que pendant cette période il n'y avait pas de cessation du conflit armé international suffisamment **générale, définitive et effective** propre à mettre fin à l'applicabilité du droit international humanitaire. »⁷⁸² Plusieurs éléments résultent de cette perspective adoptée par les juges. Premièrement, des opérations de recherche suffisent à faire perdurer le conflit armé. Cette vision va dans le sens de reconnaître une signification très large à la notion d'« opération militaire » tel que semblent le souhaiter les instruments de droit international humanitaire⁷⁸³. Deuxièmement, pour pouvoir constater que le droit international humanitaire cesse de produire ses effets, il faut que la fin du conflit soit non seulement générale, mais encore définitive et effective. Si l'on peut émettre des doutes sur le bien-fondé de l'emploi du terme « définitive », dans la mesure où constater que les armes se sont tues de manière définitive oblige nécessairement à poser un regard *a posteriori*, et l'écoulement d'un certain laps de temps, l'utilisation du mot « effective » permet de confirmer que le formalisme n'a pas sa place en matière de fin d'applicabilité du droit international humanitaire.⁷⁸⁴ La Chambre en toute dernière analyse constate simplement que rien n'indiquait non plus « *qu'une conclusion générale de la paix avait été atteinte pendant la période couverte par l'acte d'accusation* »⁷⁸⁵, sans plus faire référence à un quelconque acte juridique pour ce faire.

⁷⁸⁰ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 70.

⁷⁸¹ En l'occurrence, il aurait pu s'agir de la date de la conclusion des Accords dits de Dayton, formellement signés à Paris le 14 décembre 1995, réputés adoptés pour mettre fin à ce conflit.

⁷⁸² TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, op. cit. note 778, vol. II, § 1697, nous traduisons, nous soulignons.

⁷⁸³ Voir en ce sens *infra* la tentative d'identification de ce que recouvre la notion de « *fin générale des opérations militaires* », Titre II, Chapitre I, Section II, III.

⁷⁸⁴ S'agissant de l'étude de critères liés à l'effectivité et non au formalisme, voir *infra* (III. ci-dessous). Dans l'affaire *Boškoski* précisément, la défense arguait du fait que le conflit était terminé au moment des faits reprochés à l'accusé, le Tribunal a donc dû examiner avec grandes précisions les éléments permettant de conclure à sa persistance. Voir en ce sens TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55 et les développements y relatifs *infra* (II ci-dessous). De même dans son jugement *Gotovina et al.*, la Chambre aborde la question de savoir si une baisse d'intensité de la violence ou une faille dans l'organisation d'un des participants est de nature à mettre fin au conflit. Bien qu'il y ait une ambiguïté en l'occurrence dans la mesure où elle examine cette question, semble-t-il, sous l'angle du conflit armé international, cette éventualité sera traitée *infra* à propos de la fin des conflits armés non internationaux (II. ci-dessous).

⁷⁸⁵ TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, op. cit. note 778, vol. II, § 1697, nous traduisons.

B) *Le cessez-le-feu*

Devant la disparition de la capitulation, le caractère inopérant de l'armistice à mettre fin à un conflit armé et donc au droit international humanitaire, et face à l'aléa que représente un traité de paix puisque, s'il peut emporter des conséquences définitives quant à l'applicabilité du droit international humanitaire, il peut ne jamais se produire, il reste une notion à examiner en tant que potentiel élément déterminant de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire : le cessez-le-feu, dont il n'existe, en droit, pas de définition⁷⁸⁶. Bien que n'étant pas entièrement juridique, une définition acceptable du cessez-le-feu pourrait néanmoins être la suivante : « [...] *Un cessez-le-feu peut être compris comme indiquant une suspension de la violence agréée dans le contexte d'un processus plus large de négociation de la fin du conflit en s'attaquant à ses causes sous-jacentes* »⁷⁸⁷. Le cessez-le-feu est enchâssé dans un acte juridique formel⁷⁸⁸, soit parce qu'il fait l'objet d'un accord entre les parties qui s'opposent par le biais de leurs forces armées, soit parce qu'il est appelé ou imposé⁷⁸⁹ par une organisation internationale ou régionale, ou un État tiers, par exemple. Quelle que soit son origine, ses conséquences sont les mêmes au regard du *jus in bello*.

De façon générale le cessez-le-feu « *signale un effort en vue d'atteindre un règlement plus complet et permanent du conflit armé* »⁷⁹⁰ ; il fait « [...] référence à la

⁷⁸⁶ Comme le souligne David M. Morris, « [*]le terme cessez-le-feu n'a pas de définition juridique, et était plutôt un ordre militaire donné par un supérieur aux troupes sous son commandement d'arrêter de tirer* », David M. MORRIS, « From War to Peace: A Study of Cease-Fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations », *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1996, pp. 801-931, p. 809, nous traduisons, lequel cite à cette fin Fred K. GREEN, *The Cease-fire*, Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, Bruxelles, Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Sixième Congrès International, La Haye - 22-25 mai 1973, vol. I, 1974, 475 p., pp. 199 et 201. Voir également, Christine BELL, « Ceasefire », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010, § 1.

⁷⁸⁷ Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, § 6, nous traduisons. Un cessez-le-feu peut également avoir un champ d'application restreint, lorsqu'il est conclu entre des autorités militaires opposées pour un temps et généralement un lieu déterminé, au cours du conflit armé pour permettre par exemple le relèvement de blessés ou l'accès de l'assistance humanitaire à une zone en particulier. Ces hypothèses, qui ne jouent aucun rôle sur l'applicabilité du droit international humanitaire ne font pas l'objet des présents développements qui s'attachent aux cessez-le-feu d'ordre général dont l'intention affichée est de mettre fin au conflit.

⁷⁸⁸ Seule hypothèse qui nous intéresse ici : la présente analyse ne fait évidemment pas référence à une *situation* de cessez-le-feu, c'est-à-dire une situation dans laquelle on constate que les parties au conflit ont cessé de s'affronter par le biais des armes, mais uniquement à un *accord* de cessez-le-feu, c'est-à-dire un texte adopté par les parties dans l'intention de mettre fin au conflit.

⁷⁸⁹ Selon que la Résolution du Conseil de sécurité qui traite d'un cessez-le-feu est adoptée sous le Chapitre VI ou sous le Chapitre VII de la Charte des Nations unies, il s'agira d'un appel au cessez-le-feu ou de l'imposition d'un cessez-le-feu. Voir en ce sens, David M. MORRIS, « From War to Peace: A Study of Cease-Fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations », *op. cit.* note 786, en particulier aux pp. 812-813.

⁷⁹⁰ Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, § 1, nous traduisons.

*suspension des hostilités [...] »*⁷⁹¹. De plus, expression résolument pratique⁷⁹², la notion est celle qui est la plus couramment employée aujourd'hui lorsqu'il s'agit de trouver un accord pour mettre fin à des hostilités⁷⁹³. De ce point de vue, on pourrait penser qu'elle produit des effets conclusifs sur l'applicabilité du droit international humanitaire. D'abord en tant qu'expression destinée à refléter la situation telle qu'elle se déroule sur le terrain, ensuite en tant qu'expression privilégiée en droit positif. Malgré cela, l'analyse démontre qu'au même titre que les autres instruments juridiques formels susmentionnés, le cessez-le-feu ne peut pas être le critère décisif de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Plus encore, il cumule les handicaps. En effet, non seulement, comme l'armistice, il n'a pas pour but de mettre fin au conflit armé, et en cela ses conséquences sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire sont douteuses, mais encore, comme le traité de paix, il repose sur un aléa, puisqu'il peut ne jamais intervenir alors que l'on peut objectivement estimer que le conflit armé a cessé, ce qui a pour conséquence de créer une incertitude quant à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Ce doute et cette incertitude interdisent d'utiliser le

⁷⁹¹ *Ibid.*, § 2, nous traduisons.

⁷⁹² Comme le souligne Christine Bell, « *[I]es termes du cessez-le-feu tendent à spécifier soigneusement le moment auquel il entre en vigueur, à la fois en termes de date et heure. Lorsque la durée du cessez-le-feu est limitée, le cessez-le-feu précisera également la date, et souvent l'heure, de fin* », Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, § 16, nous traduisons. Dans le même sens, Yoram Dinstein souligne qu'« *[e]n fait, un cessez-le-feu peut aller très loin* » et fait référence à la Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité des Nations unies qui constitue selon lui « [...] l'accord de cessez-le-feu le plus élaboré jamais travaillé [...] », Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 25, nous traduisons.

⁷⁹³ Richard Baxter le constatait déjà dans son cours de 1979, Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732, p. 364. Dans le même sens Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, § 10. Le cessez-le-feu continue d'avoir la préférence du Conseil de sécurité des Nations unies, lequel « *a toujours confiné ces résolutions relatives à la cessation des hostilités à des cessez-le-feu* », Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 13, nous traduisons, voir également dans le même sens § 26. Dans le même sens, voir également David M. MORRIS, « From War to Peace: A Study of Cease-Fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations », *op. cit.* note 786, pour qui trêve, armistice et traité de paix sont des « *antécédents historiques* », p. 809, nous traduisons, nous soulignons. Parmi quelques exemples, on peut citer : la situation entre l'Inde et le Pakistan en 1965 (comme en 1949 à propos du Cachemire) : *Accord relatif à un cessez-le-feu et au rétablissement du statu quo du 1er janvier 1965 dans la zone Gujارات/fronière du Pakistan occidental et concernant les arrangements à prendre pour la délimitation de la frontière dans cette région*, signé à New Delhi le 30 juin 1965, Recueil des Traités, vol. 548, RTNU n°I-7983, pp. 279-284, nous soulignons. C'est encore la terminologie adoptée à propos de la République Démocratique du Congo : *Accord pour un cessez-le-feu en République démocratique du Congo*, signé à Lusaka le 10 juillet 1999, Recueil des Traités, vol. 2312, RTNU n°I-41258, pp. 255-303, nous soulignons. Relativement à la situation au Darfour, a été signé à N'djamena le 8 avril 2004, un *Accord de cessez-le-feu humanitaire sur le conflit au Darfour*, entre le gouvernement du Soudan, le Mouvement/Armée de libération du Soudan, et le Mouvement pour la justice et l'égalité, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://fr.hdcentre.org/files/Darfur%20Humanitarian%20Ceasefire%20agreement%208%20April%202005.pdf>, dernier accès le 28 février 2012. On parle également d'un cessez-le-feu entre la Géorgie et la Russie, suite au conflit qui les a opposés au mois d'août 2008, mentionné dans certains documents, notamment dans le Rapport de la mission d'établissements des faits diligenté par l'Union européenne, Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volumes I-III*, disponibles en ligne sur le site de la mission d'établissement des faits : <http://www.ceiig.ch/Report.html>, dernier accès le 23 novembre 2010.

cessez-le-feu comme critère marquant la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire.

Trois exemples permettent d'étayer ces conclusions. Alors que l'on considère communément que la conclusion d'un cessez-le-feu ne signifie pas encore la fin du conflit armé⁷⁹⁴, les juges de la Cour internationale de justice ont eu l'occasion de considérer qu'un tel accord peut être propre à mettre fin à un conflit armé. À propos du conflit qui a opposé l'Iran et l'Irak au milieu des années quatre-vingts, la Cour a en effet estimé que les actions à l'origine d'une demande reconventionnelle dans cette affaire « [...] s'inscriv[ai]ent dans le contexte des événements survenus dans le golfe Persique entre 1980 et 1988, en particulier du conflit armé entre l'Iran et l'Iraq. Ce conflit débuta le 22 septembre 1980, lorsque des forces irakiennes pénétrèrent dans la partie occidentale du territoire iranien, et se poursuivait jusqu'à l'acceptation par les parties belligérantes, durant l'été 1988, d'un cessez-le-feu conformément à la résolution 598 (1987) du Conseil de sécurité de l'organisation des Nations Unies du 20 juillet 1987. »⁷⁹⁵ Or, tout comme certains documents attestent de l'entrée en vigueur officielle du cessez-le-feu entre la République Islamique d'Iran et l'Irak, d'autres démontrent que les hostilités ont perduré au-delà de cette date⁷⁹⁶. En effet, lors d'une intervention auprès de l'Assemblée générale des Nations unies, le Secrétaire général de l'époque informe les délégués que le cessez-le-feu doit produire ses effets dès le 20 août 1988, 3 heures GMT⁷⁹⁷. Pourtant, un groupe d'observateurs militaires dépêché sur place par les Nations unies constate ensuite que le cessez-le-feu fait l'objet de violations. Dans l'un des rapports produits par le groupe d'observateurs, on relève par exemple qu'un mois après la supposée entrée en vigueur du cessez-le-feu – et par conséquent la supposée fin du conflit armé selon les juges de La Haye – au cours du mois de septembre 1988 donc, les autorités iraniennes ont fait procéder à l'inondation d'une zone, « afin de séparer par un plan d'eau des positions avancées des deux armées [...] »⁷⁹⁸. Cette opération, effectuée en violation du cessez-le-feu selon le rapport, a alors généré un regain de tension entre les deux parties pour aboutir finalement « le

⁷⁹⁴ Voir en ce sens Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, qui parle de « suspension » d'hostilités, § 2, nous traduisons.

⁷⁹⁵ CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, 6 novembre 2003, Recueil 2003, p. 161, § 23. Le cessez-le-feu est précisément entré en vigueur le 20 août 1988.

⁷⁹⁶ À cet égard, les parties avaient deux visions opposées. Pour l'Irak le cessez-le-feu avait marqué « la fin des hostilités actives » (sic), alors que pour l'Iran le cessez-le-feu était trop instable pour qu'elle puisse arriver à cette conclusion. En ce sens, John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 75, rapportant les propos de l'ambassadeur irakien Wissam Al-Zahawie.

⁷⁹⁷ Assemblée générale des Nations unies, Quarante-deuxième session, *Compte-rendu sténographique provisoire de la 114^e séance, tenue au siège, à New York, le mardi 16 août 1988 à 10:00, A/42/PV.114*, 18 août 1988, Déclaration du Secrétaire général, p. 6.

⁷⁹⁸ Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq (pour la période allant du 9 août 1988 au 2 février 1989)*, S/20442, 2 février 1989, p. 6, § 14.

11 décembre 1988, à un échange de tirs d'artillerie et de tirs à l'arme légère et à la roquette, qui s'est soldé par deux morts du côté iranien [...] »⁷⁹⁹. Il en résulte qu'il est tout à fait douteux de conclure que le conflit armé entre la République islamique d'Iran et l'Irak était effectivement terminé à cette date, au sens du droit international humanitaire⁸⁰⁰. Et même à le considérer, il va sans dire que cette attaque est couverte par le droit international humanitaire. Que l'on considère que le conflit armé était terminé à cette date n'a en fait aucune importance ; l'utilisation de la force d'une armée contre une autre constitue en elle-même un conflit armé international au cours duquel le droit international humanitaire s'applique⁸⁰¹. En l'occurrence toutes les dispositions relatives à la conduite des hostilités s'appliquent à cette attaque, nonobstant la conclusion antérieure d'un cessez-le-feu⁸⁰².

Si cette conclusion juridique est bien celle qui s'impose, il est évident que, politiquement, il est préférable de continuer de considérer qu'un tel cessez-le-feu met fin au conflit. Le langage employé dans le premier rapport soumis par le groupe d'observateurs relativement à ce conflit au Conseil de sécurité des

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ C'est pourtant l'interprétation que semble en avoir également fait le Comité international de la Croix-Rouge, qui à propos de la question du rapatriement des prisonniers de guerre relativement à ce conflit estimait que le « *cessez-le-feu [...] avait mis fin au conflit entre les deux pays [...]* », Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport Complet*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1990, 119 p., p. 77. Dans le même sens John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 76, qui estime que le comportement des Parties vis-à-vis du cessez-le-feu emporte cessation des hostilités actives au en sens de l'article 118 de la troisième Convention. Cependant, son affirmation selon laquelle « [...] les parties n'ont manifesté aucune intention de reprendre les hostilités », *ibid.* p. 76, mérite d'être nuancée, au vu des faits rapportés.

⁸⁰¹ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I, II.

⁸⁰² Dans son rapport suivant, le groupe d'observateurs indiquera avoir enregistré au 31 août 1989 1435 violations confirmées du cessez-le-feu, parmi lesquelles « 80 % [...] concern[ai]ent des améliorations mineures apportées aux positions de défense et d'autres activités défensives de routine auxquelles se livrent les troupes », mais aussi « six incidents provoqués par des tirs – un en février, trois en mars, un en juin et un en juillet 1989. » Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq (pour la période allant du 3 février au 22 septembre 1989)*, S/20862, 22 septembre 1989, p. 5, § 16. Quelle que soit la qualification de la situation choisie, le droit international humanitaire s'applique chaque fois que l'on peut constater en l'occurrence le recours à la force d'une des parties contre l'autre. Ce rapport fait également état de la capture de prisonniers après l'entrée en vigueur du cessez-le-feu, les qualifiant lui-même de « prisonniers de guerre ». Il apparaît donc que ces personnes, non pas simplement détenues au-delà de la cessation des hostilités, mais même capturées après que le conflit ait été supposé terminé, sont néanmoins considérées comme ayant droit au statut de prisonnier de guerre et donc au bénéfice des protections accordées de ce fait par le droit international humanitaire ; c'est bien que ce dernier s'applique indépendamment de la qualification de la situation, mais dès lors que des actes hostiles entre deux parties peuvent être constatés. Le rapport précise en effet : « Le GOMNUII [groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq] a continué de faire des représentations à l'Iraq pour obtenir la libération de plusieurs centaines de soldats iraniens faits prisonniers lors d'un grave incident survenu les 23 et 24 août 1988, peu après le cessez-le-feu, à proximité d'Ein Kosh, ainsi que l'échange d'autres prisonniers capturés depuis le 20 août 1988, mais il n'a pas encore été possible d'obtenir l'accord des autorités irakiennes à ce sujet. », Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq (pour la période allant du 3 février au 22 septembre 1989)*, S/20862, 22 septembre 1989, p. 6, § 21.

Nations unies l'atteste. On y lit en effet que : « *Bien qu'il y ait eu quelques violations graves du cessez-le-feu, il est profondément satisfaisant de constater que, dans l'ensemble, celui-ci tient [...]* ». ⁸⁰³ Plus loin, les autorités des deux pays sont remerciées pour leurs efforts afin d'éviter que « *des accrochages locaux [ne] dégén[èrent] en véritables hostilités* ». ⁸⁰⁴ Sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur une distinction qui existerait entre des hostilités qui seraient « véritables » et des hostilités qui ne le seraient pas, le rapport se félicite notamment qu'au nombre des accrochages, parmi deux cent trente-cinq cas de violations établies du cessez-le-feu, « *il ne s'agissait que dans très peu de cas d'échanges de coups de feu et qu'il n'a confirmé que deux fois qu'un soldat avait été tué par balles* ». ⁸⁰⁵ Minimales ou pas, tous ces incidents sont couverts par le droit international humanitaire, à condition que les échanges de coups de feu correspondent aux éléments caractéristiques du conflit armé international. D'un point de vue politique ou diplomatique il se peut qu'il ne soit pas heureux de conclure que ces incidents sont caractéristiques d'une persistance du conflit entre l'Iran et l'Irak ou que ce conflit a resurgi à chacune des occasions au cours desquelles des soldats des deux camps se sont affrontés, d'une manière ou d'une autre. Pour autant, quelle que soit l'interprétation qui peut être faite sur ces plans, il n'en demeure pas moins que le droit international humanitaire s'applique à chacun d'eux.

On peut donc en conclure que même si, éventuellement, des violations du cessez-le-feu n'entraînent pas sa nullité, ni même sa suspension, et par conséquent une reprise « officielle » du conflit armé, le droit international humanitaire a tout de même vocation à s'appliquer. Il en résulte que le cessez-le-feu n'est pas un élément déterminant de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire.

L'accord conclu le 10 juillet 1999 à Lusaka (Zambie), relativement au conflit se déroulant sur le territoire de la République du Congo ⁸⁰⁶, offre lui aussi une parfaite illustration de ce que le cessez-le-feu est un instrument sans effet sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Signé « *sous une intense pression diplomatique* » ⁸⁰⁷, il « *n'a pas produit d'effet sur le terrain car les belligérants ont continué de chercher une solution militaire à la crise et le conflit s'est enlisé sur fond de pillage des ressources naturelles du pays et d'exacerbation de la violence contre*

⁸⁰³ *Rapport intérimaire du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq*, S/20242, 3 novembre 1988, p. 6, § 17.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, nous soulignons.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 4, § 11.

⁸⁰⁶ Il s'agissait notamment d'un conflit armé international, comme l'indique par exemple *in fine* l'Accord de cessez-le-feu lui-même dont le Chapitre IV de l'Annexe A est relative au « *Retrait ordonné de toutes les forces étrangères* » ; si des forces étrangères étaient supposées se retirer c'est bien que le conflit présentait en tout cas une dimension internationale, *Accord pour un cessez-le-feu en République démocratique du Congo*, *op. cit.* note 799, p. 296, nous soulignons.

⁸⁰⁷ Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, *République Démocratique du Congo, 1993-2003, Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo*, Août 2010, 573 p., p. 160, § 311.

les civils [...] »⁸⁰⁸ De fait, bien qu'au terme de l'article I paragraphe 2 de l'Accord, « le cessez-le-feu signifie [...] [l]a cessation des hostilités entre toutes les forces des Parties en République Démocratique du Congo [...] [et l]a cessation effective des hostilités, des mouvements et renforts militaires ainsi que des actes hostiles, y compris la propagande hostile [...] »⁸⁰⁹, un très grand nombre de crimes commis après la date du 10 juillet 1999 a été documenté par les Nations unies. Or, il ne fait aucun doute que leurs auteurs présumés pourraient être poursuivis pour crimes de guerre, crimes qui, par essence, sont ceux qui sont commis au cours d'un conflit armé⁸¹⁰, tant les faits tels qu'ils continuaient de se produire en République Démocratique du Congo après cette date correspondent à la définition du conflit armé.⁸¹¹ Aussi, l'existence du cessez-le-feu, inopérant en

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ *Accord pour un cessez-le-feu en République démocratique du Congo, op. cit. note 799, article 1 § 2, a. et b, p. 289.*

⁸¹⁰ Pour ce qui concerne le cadre des conflits armés internationaux, le Statut de la Cour pénale internationale prévoit : « [...] on entend par « crimes de guerre » : a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 [...], b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international [...]. », *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, op. cit. note 75, article 8, 2. a) et b)*. Pour les conflits armés non internationaux : « les violations graves de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 » et « [l]es autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international », articles 8, 2. c) et e) du Statut (pour une éventuelle distinction entre ces deux catégories, voir *supra*, Titre I, Chapitre II). Il ne fait aucun doute que les infractions et violations dont il est fait mention s'inscrivent en particulier dans le cadre d'un conflit armé international. Les éléments des crimes sont d'ailleurs univoques sur ce point ; pour chacune des infractions énumérées à l'article 8, l'un des éléments constitutifs des crimes est invariablement le suivant : « Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international. », *Cour pénale internationale, Éléments des crimes, op. cit. note 663*. Aussi, si des crimes de guerre pourraient être commis en lien avec un conflit armé, et non nécessairement pendant celui-ci, le lien de connexité avec le conflit est établi d'autant plus aisément si les faits se déroulent au cours du conflit armé. Pour toutes les nuances attachées aux crimes de guerre, voir par exemple Michael BOTHE, « War Crimes », *op. cit. note 503*, pp. 388 et s.

⁸¹¹ Voir par exemple l'énumération des crimes figurant aux §§ 345 à 347 du Rapport : « [...] les groupes Mayi-Mayi du Grand-Nord sont rapidement entrés en conflit. De violents affrontements ont notamment éclaté entre les Mayi-Mayi Vurondo du chef Lolwako Poko Poko et ceux du chef Mudohu. [...] En 2000, les tentatives faites par le RCD-ML pour reprendre le contrôle des Mayi-Mayi Vurondo et les intégrer dans l'Armée patriotique congolaise (APC), la branche armée du RCD-ML, ont échoué et débouché sur de nouveaux incidents. En août, les Mayi-Mayi Vurondo, qui avaient été regroupés par l'APR à Lubero afin de suivre une formation militaire dispensée par les militaires de l'UPDF, se sont révoltés. L'incident allégué suivant a été documenté : Les 25 et 26 août 2000, les affrontements entre les Mayi-Mayi Vurondo et les troupes de l'APC/UPDF dans le village de Lubero ont fait des dizaines de morts parmi les Mayi-Mayi ainsi qu'un nombre indéterminé de victimes parmi les civils. Certaines sources avancent le nombre de 17 civils tués et de 7 prisonniers Mayi-Mayi exécutés sommairement. [...] À la suite de ces incidents, les Mayi-Mayi ont repris et intensifié leurs attaques contre des convois de l'UPDF entre Beni et Butembo. En représailles, les forces de l'UPDF ont mené des opérations contre les villages soupçonnés d'abriter les groupes Mayi-Mayi. Au cours de ces attaques, les militaires de l'UPDF ont souvent fait un usage disproportionné de la force, tuant sans discrimination combattants et civils. [...] », *Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, République Démocratique du Congo, 1993-2003, Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, op. cit. note 813, §§ 345 à 347, notes de bas de page omises.*

pratique, ne saurait changer la qualification de la situation, ni par conséquent celle des crimes commis, pour autant qu'ils aient une relation avec le conflit.

De la même façon, plusieurs jours après le 12 août 2008 – date à laquelle était supposé entrer en vigueur un cessez-le-feu⁸¹² destiné à mettre fin au conflit qui avait opposé pendant quelques jours la Russie et la Géorgie à propos de l'Ossétie du Sud – les opérations militaires n'avaient pas encore cessé⁸¹³. Selon le cessez-le-feu, « *[l]es troupes russes devaient stopper leurs activités militaires à 15 heures le 12 août. Cependant, les forces russes et sud ossètes auraient continué leurs avancées pour quelques temps après que le cessez-le-feu du 12 août ait été déclaré et auraient occupé d'autres localités, dont Akhagori/Leningori (16 août).* »⁸¹⁴ Il va de soi que le droit international humanitaire s'applique sur le territoire ainsi occupé par la Russie et que les personnes de nationalité géorgienne qui s'y trouvent jouissent des garanties qui leur sont propres au regard de cette qualification. Interrompre ou mettre un terme définitif à l'application du droit international humanitaire à partir du 12 août dans ce cas, au prétexte de la conclusion d'un accord visant à mettre fin au conflit, ne saurait trouver aucune justification dans les instruments pertinents. Aucune disposition des traités de droit international humanitaire ne le préconise. La seule signature d'un tel accord ne signifie pas nécessairement la fin concrète des opérations militaires ; il n'a donc aucune incidence sur l'applicabilité du droit international humanitaire. En revanche, le constat selon lequel « *avec la mise en œuvre de l'accord conclu le 8 septembre 2008, le théâtre des événements a cessé de se situer dans la sphère militaire des opérations et est revenu dans le domaine des relations politiques et diplomatiques* »⁸¹⁵ est déterminant pour considérer qu'à partir de cette date, le droit international humanitaire a cessé de produire ses effets de façon générale, sauf éventuellement pour ce qui concernerait le droit de l'occupation, relativement à la persistance de la présence de la Russie en Ossétie du Sud postérieurement à cette date.

Aussi, si un acte formel peut mettre « officiellement » fin à un conflit armé – quelle que soit sa dénomination et quelles que soient les conséquences attachées à ce constat, il est sans répercussion aucune sur l'applicabilité du

⁸¹² Cessez-le-feu que l'on trouve mentionné dans certains documents, avec parfois des citations, mais qui n'est pas encore répertorié dans la base de données des traités des Nations unies.

⁸¹³ De façon générale en effet : « *Au-delà des actes commis durant les 5 jours d'hostilités du 7/8 au 12 août, des actes additionnels ont été perpétrés après que le cessez-le-feu soit entré en vigueur [...]* », Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume I*, September 2009, 43 p., p. 26, nous traduisons, disponible en ligne sur le site de la mission d'établissement des faits : <http://www.ceiig.ch/Report.html>, dernier accès le 23 novembre 2010, nous traduisons.

⁸¹⁴ Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II, op. cit.* note 284.

⁸¹⁵ Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume I, op. cit.* note 819, nous traduisons, disponible en ligne sur le site de la mission d'établissement des faits : <http://www.ceiig.ch/Report.html>, dernier accès le 23 novembre 2010.

droit international humanitaire.⁸¹⁶ Il est donc nécessaire d'opérer une distinction fondamentale entre les effets juridiques des instruments formels⁸¹⁷, en tant qu'instruments de droit international qui lient les parties qui les ont signés⁸¹⁸, et leurs conséquences sur l'applicabilité du droit international humanitaire.⁸¹⁹ La modification de l'acte d'accusation du Procureur du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dans l'affaire *Boškoski* vient le confirmer de façon magistrale. En effet, alors que dans une première version le Procureur estimait que « [l]e conflit armé a éclaté en janvier 2001 et s'est poursuivi jusqu'en août 2001 [...] »⁸²⁰ puis que « [l]a signature des accords de paix d'Ohrid le 13 août 2001 a mis officiellement fin au conflit, même si des affrontements isolés ont encore eu lieu par la suite »⁸²¹, dans la seconde version une modification sensible était apportée pour que cette considération se lise désormais comme suit : « Le conflit armé a éclaté en janvier 2001 et s'est poursuivi jusqu'à la fin septembre 2001 au moins [...] »⁸²², alors que l'affirmation selon laquelle « [l]a signature des accords de paix d'Ohrid le 13 août 2001 a mis officiellement fin au conflit, même si des affrontements isolés ont encore eu lieu par la suite »⁸²³ restait inchangée. Pour que les faits reprochés à l'accusé puissent constituer une violation des lois et coutumes de la guerre, pour laquelle le Tribunal est compétent, il doit préalablement être démontré qu'ils se sont déroulés dans le cadre d'un conflit armé. En l'occurrence, un grand nombre des faits en cause se sont produits à la veille de l'accord de paix, le 12 août 2001, mais certains d'entre eux se sont poursuivis au-delà⁸²⁴. Or si la date retenue était la signature des accords, ces derniers ne seraient pas réputés avoir été commis pendant un

⁸¹⁶ À titre indicatif, pour une mise en perspective historique, voir en sens contraire, Alfons KLAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 231.

⁸¹⁷ Pour un examen de ces effets, voir Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732 ; Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *op. cit.* note 351.

⁸¹⁸ Pour une analyse détaillée de cet aspect au travers de l'exemple des accords signés en marge du conflit armé de l'Ex-Yougoslavie, voir Paola GAETA, « The Dayton Agreements and International Law », *op. cit.* note 764, qui conclut de façon symptomatique : « L'Accord de Dayton a mis à la disposition des parties concernées un véritable «arsenal juridique» ; il leur incombe maintenant de transformer toutes ces potentialités juridiques en réalité. », p. 163, nous traduisons. Ceci distingue nettement entre ce qui peut être conclu et la réalité telle qu'elle peut continuer de se dérouler sur le terrain.

⁸¹⁹ Pour, à l'inverse, les conséquences d'une simple cessation des hostilités sur l'état de guerre, voir Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, *op. cit.* note 92, pp. 596-599.

⁸²⁰ TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, Affaire n° IT-04-82-T, Acte d'accusation initial, 22 décembre 2004, § 52, nous soulignons.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*, nous soulignons.

⁸²³ *Ibid.*, § 52.

⁸²⁴ Non seulement des actes allégués dans l'acte d'accusation ont été commis immédiatement après la conclusion de l'accord, le 13, le 14 ou encore le 15 août 2001, en particulier au Tribunal de Skopje, mais certains autres ont été commis à partir du 21 et jusqu'au 26 ou 28 août 2001 à l'hôpital de Skopje. Voir, TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, *op. cit.* note 820, pp. 20 et s, et p. 22, respectivement. Le descriptif des actes est inchangé dans la version modifiée.

conflit armé et ne pourraient donc pas recevoir la qualification de violation des lois et coutumes de la guerre ; d'où la nécessité de considérer que, malgré la signature d'un accord de paix, le conflit a perduré. Ainsi, les actes commis postérieurement à la signature de l'accord sont encore couverts par le droit international humanitaire qui continuait de s'appliquer. Si ces actes sont caractéristiques de violations de lois et coutumes de la guerre, leurs auteurs pourront donc être condamnés de ce chef.

L'examen au cas par cas de chacun des actes juridiques formels tendant à mettre fin au conflit armé met en lumière une incompatibilité avec la recherche de critères permettant de dégager des conclusions au regard du domaine d'applicabilité du droit international humanitaire. Une analyse transversale complète ce constat et dévoile deux contradictions d'ordre général qui obligent, au surplus, à considérer que le formalisme doit céder la place à l'effectivité.

§ III. Le formalisme supplanté par l'effectivité

Non seulement les instruments de droit international humanitaire ne prévoient pas que la fin de leur applicabilité dépende d'un quelconque acte juridique formel, mais de l'étude de ces actes juridiques formels se dégagent en outre deux raisons qui confortent cette conclusion : le flou qui entoure ces notions en droit positif, du fait de l'amalgame dont elles font l'objet (A) et leur incapacité à refléter fidèlement la situation telle qu'elle se déroule sur le terrain (B), et ce quelle que soit la nature du conflit, international ou non.⁸²⁵

A) *Amalgame entre les notions*

À l'issue de l'étude de ces instruments spécifiques, il convient de souligner que la doctrine s'accorde aujourd'hui pour considérer que les termes utilisés recouvrent des situations analogues⁸²⁶, au point que « *les concepts sont*

⁸²⁵ Encore empreint de formalisme, Alfons Klafkowski distinguait en 1976 pour sa part entre les formes classiques de cessation de l'état de guerre « *en règle générale, examinées dans le contexte de la première guerre mondiale* » et les formes non classiques « *en principe, liées au contexte de la seconde guerre mondiale* ». Alfons KŁAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 235.

⁸²⁶ Sydney D. Bailey, dont c'est la phrase d'accroche dans sa publication sur ces thèmes, considère lui que plus qu'une analogie il s'agit d'une confusion, Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, p. 461. Dans un sens similaire, Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732, lequel précise que « *ce sont largement des différences terminologiques et [que] l'emploi d'une expression ou d'une autre n'a normalement pas en lui-même de conséquences juridiques opératoires* ». », p. 358, nous traduisons. Dans un sens approchant, voir Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *op. cit.* note 342, p. 855.

maintenant devenus virtuellement impossible à différencier »⁸²⁷. La capitulation, l'armistice, le traité de paix ou le cessez-le-feu ayant évolué au fil du temps⁸²⁸ il est devenu malaisé de les distinguer et on constate des chevauchements entre eux⁸²⁹. Assurément, le langage adopté par les États eux-mêmes, comme par d'autres instances, contribue à maintenir un certain flou autour de ces notions.

Pour ce qui concerne le langage adopté par les Nations unies en particulier, il ressort trois éléments⁸³⁰. Premièrement, les organes des Nations unies utilisent indifféremment les notions. Dès sa toute première Résolution en la matière, en 1947, « *le Conseil de sécurité lui-même a ajouté à la confusion linguistique en appelant [...] à la cessation immédiate des hostilités, puis dans trois Résolutions subséquentes, en se référant à sa décision initiale en tant qu'appel à un cessez-le-feu, qui a un sens similaire mais non identique* »⁸³¹. De même, en 2000, à propos de la situation en République Démocratique du Congo, postérieurement à l'adoption des accords de Lusaka et Kampala, le Secrétaire général des Nations unies s'exprimait dans un rapport au Conseil de sécurité en ces termes : « *Je demande au MLC [Mouvement de Libération du Congo] et au Gouvernement [de République Démocratique du Congo] de collaborer avec mon représentant spécial pour rétablir sans retard l'armistice dans la province de*

⁸²⁷ David M. MORRISS, « From War to Peace: A Study of Cease-Fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations », *op. cit.* note 786, p. 810, repris par Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, § 3, nous traduisons, citant également dans le même sens, Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 1, qui va même jusqu'à considérer que les dispositions relatives à l'armistice dans le Règlement de La Haye de 1907 sont aujourd'hui plutôt applicables aux cessez-le-feu, § 3. Le même affirme toutefois un peu plus loin que l'armistice est assimilable à un traité de paix, en ce qu'il a vocation à mettre un terme à la guerre..., § 15, ce qui en définitive ajoute un degré supplémentaire de confusion. Et la confusion devient totale lorsque dans la même contribution on trouve l'affirmation selon laquelle : « *De façon irréfutable, un accord d'armistice n'est jamais l'équivalent d'un traité de paix.* », § 11, nous traduisons, nous soulignons. En résumé, l'armistice est devenu le cessez-le-feu ; l'armistice n'est jamais un traité de paix puisqu'il n'a pas vocation à normaliser les relations entre d'anciens belligérants, mais l'armistice est juste comme un traité de paix en ce qu'il met fin à la guerre (sic). Dans le même sens que Morriss et Bell, voir également Andrej LANG, « "Modus Operandi" and the ICJ's Appraisal of the Lusaka Ceasefire Agreement in the *Armed Activities Case: The Role of Peace Agreements in International Conflict Resolution* », *op. cit.* note 764, p. 114 et Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », *op. cit.* note 79, p. 67.

⁸²⁸ Voir Alfons KŁAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, pp. 264 et s. qui de façon assez symptomatique en 1976 encore ne consacre que deux pages de son cours à la cessation de fait des hostilités et à ses conséquences.

⁸²⁹ Selon les termes de Christine BELL, « Ceasefire », *op. cit.* note 786, § 3. Dans le même sens, voir Riccardo MONACO, « Les Conventions entre belligérants », *op. cit.* note 736, p. 314, qui montre que capitulation et armistice sont parfois confondus. Christiane Shields Delessert estime elle que tous ces instruments sont « *interchangeables* », Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 79, nous traduisons.

⁸³⁰ Sydney D. Bailey faisait état dès 1977 de cette confusion sémantique au sein des Nations unies : Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, pp. 467-469.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 465, notes de bas de page omises, nous traduisons, à propos de la Résolution du Conseil de sécurité 1947 (27) adoptée le 1^{er} août 1947, S/459, sur la question indonésienne.

l'Equateur. »⁸³² Or, l'accord de Lusaka est réputé être un cessez-le-feu⁸³³. Deuxièmement, les organes des Nations unies ne contribuent pas au développement d'une définition juridique des actes formels, lorsqu'ils existent. Par exemple, pour ce qui concerne l'armistice entre Israël et l'Égypte, alors qu'en 1949⁸³⁴ le Conseil de sécurité considère qu'il constitue une étape vers l'instauration de la paix, ce même Conseil estime en 1951 que ce même armistice présente un caractère permanent et qu'« aucune des deux parties ne peut raisonnablement affirmer qu'elle se trouve en état de belligérance active [...] »⁸³⁵. Du reste, cette Résolution, au-delà du fait qu'elle permet de relever que le Conseil de sécurité provoque une certaine confusion en donnant des attributs différents à un même instrument, soulève une difficulté supplémentaire. En effet, là où le texte français de la Résolution parle de « *suspension d'armes* », le texte anglais utilise le terme « *cease-fire* », que l'on traduirait aujourd'hui sans contester par « cessez-le-feu ». Troisièmement, les organes des Nations unies ne sont pas une source fiable et irréfutable pour constater que les hostilités se poursuivent ou ont repris suite à un accord relatif à leur cessation. On trouve par exemple la considération selon laquelle « [l]a situation dans le secteur Israël-Syrie est restée calme, d'une manière générale »⁸³⁶, dans un rapport présenté au Conseil de sécurité par la Force des Nations Unies chargée d'observer le désengagement pour la période allant du 1^{er} juillet au 31 décembre 2010 (FNUOD). On se demande ce que cela signifie ; cela pourrait-il sous-entendre que certains incidents particuliers se sont produits, auxquels le droit international humanitaire serait applicable ?

On ne saurait toutefois accabler les Nations unies pour ces imprécisions de langage. En effet, la doctrine n'est pas beaucoup plus secourable lorsqu'il s'agit de distinguer entre les différents instruments qui pourraient avoir des

⁸³² Conseil de sécurité des Nations unies, *Troisième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, 12 juin 2000, S/2000/566, § 72, nous soulignons.

⁸³³ Son titre est en effet le suivant : *Accord pour un cessez-le-feu en République démocratique du Congo*, *op. cit.* note 799, nous soulignons. Ainsi contrairement à ce que notait Sydney D. Bailey en 1977, à savoir que l'opprobre jetée sur Conseil de sécurité pour avoir créé une confusion sémantique n'était valable que pour un temps révolu (les années 1948-1949) puisqu'il avait par la suite utilisé une terminologie cohérente, on peut souligner que les Nations unies continuent d'utiliser une terminologie variable, voir Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, p. 469.

⁸³⁴ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 73 (1949), adoptée le 11 août 1949, S/1376, II.

⁸³⁵ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 95 (1951), adoptée le 1^{er} septembre 1951, S/2322. À propos de cette Résolution Howard S. Levie relève que le Conseil de sécurité n'avait pas véritablement l'intention de « [...] changer une règle de droit international bien établie », mais plutôt de mettre un terme à une situation qui présentait un « [...] danger potentiel pour la paix [...] ». Il n'empêche que le résultat, sur le papier, est que la qualification juridique de l'armistice s'en trouve fragilisée. Voir Howard S. LEVIE, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », *op. cit.* note 750, p. 886, nous traduisons.

⁸³⁶ Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur la Force des Nations Unies chargée d'observer le désengagement pour la période allant du 1^{er} juillet au 31 décembre 2010*, S/2010/607, 1^{er} décembre 2010, § 12, nous soulignons.

conséquences sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Un exemple significatif étaye cette démonstration⁸³⁷. À propos de la Résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations unies sur la situation de l'Iraq et du Koweït⁸³⁸, on trouve deux qualifications distinctes. Selon le point de vue, cette Résolution « *ser[voirait] un rôle similaire à celui d'un **Traité de paix*** »⁸³⁹ ou constituerait « [...] *l'accord de **cessez-le-feu** le plus élaboré jamais travaillé [...]* »⁸⁴⁰ !

Ainsi, intrinsèquement porteurs de suspicions au regard de leur capacité à fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de produire ses effets de façon générale, ces instruments sont en outre l'objet d'une telle confusion sémantique qu'il devient absolument impossible de se fier à n'importe lequel d'entre eux pour conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Si ces divergences ont probablement eu pour résultat que toutes les autorités concernées par la mise en œuvre de la fin des conflits armés privilégient désormais l'expression « cessez-le-feu », c'est-à-dire une notion qui donne plus résonance à l'effectivité qu'à d'éventuels aspects formels, ce moment ne s'en trouve pas clarifié pour autant. Beaucoup plus que l'emploi de tout autre terme, la notion de « cessez-le-feu » désigne en elle-même la situation à laquelle elle aspire ; une situation dans laquelle le feu a cessé, c'est-à-dire lorsque les armes se sont tues. À cet égard, il faut souligner que, franchissant un pas supplémentaire vers l'effectivité⁸⁴¹, l'Érythrée et l'Éthiopie ont signé un accord « relatif à la **cessation des hostilités** » le 18 juin 2000 à Alger⁸⁴². De même, l'Indonésie et le Mouvement pour la libération d'Aceh concluaient, en 2000 également, une « Entente conjointe de **pause** humanitaire pour Aceh »⁸⁴³. Mais, l'adoption de ces termes n'empêche pas que les faits, tels qu'ils peuvent être constatés sur le terrain, sont parfois en contradiction avec la terminologie adoptée par ces instruments ; terminologie

⁸³⁷ Le constat, plus daté, de Howard S. Levie selon lequel un armistice réussi conduit à la cessation des hostilités actives et par conséquent que « *[s]ans cessez-le-feu, il n'y a pas, par définition, d'armistice.* » aurait également pu être mis en exergue, confortant la conception selon laquelle toutes ces notions sont finalement imbriquées, Howard S. LEVIE, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », *op. cit.* note 750, p. 882, nous traduisons.

⁸³⁸ Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution (687) 1991, adoptée le 3 avril 1991, S/RES/687(1991).

⁸³⁹ Jann K. KLEFFNER, « Peace Treaties », *op. cit.* note 759, § 6, nous traduisons, nous soulignons.

⁸⁴⁰ Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 25, nous traduisons, nous soulignons.

⁸⁴¹ Ou opérant un drastique retour en arrière si on se réfère à Sydney D. Bailey qui mentionne que si la toute première Résolution du Conseil de sécurité parlait de « *cessation des hostilités* », à propos de la situation en Indonésie, toutes les autres ont toujours utilisé l'expression « *cessez-le-feu* », Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, p. 465.

⁸⁴² *Accord relatif à la cessation des hostilités entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée*, signé à Alger le 18 juin 2000, Recueil des Traités, RTNU vol. 2138, n° I-37273, pp. 89-92, nous soulignons.

⁸⁴³ *Joint understanding on humanitarian Pause for Aceh*, disponible en ligne sur : <http://www.hdcentre.org/files/JoU%20FINAL.pdf>, dernier accès le 19 février 2012, nous traduisons, nous soulignons.

qui bien souvent servira davantage des buts politiques qu'elle n'aura pour intention d'être le reflet d'une réalité⁸⁴⁴.

B) *Contradiction entre formalisme et effectivité*

L'analyse des instruments relatifs à une pacification des relations entre parties à un conflit armé laisse entrevoir que le formalisme est sans effet au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire, qui par essence est toujours à la recherche de l'effectivité.

La question de savoir quel rôle peuvent jouer ces accords dans la résolution de conflits est une question de sciences politiques. Il s'agit là d'un débat qui sort du champ de l'étude des critères juridiques permettant de conclure à l'absence de conflit armé⁸⁴⁵. De la même manière, bien que l'on puisse se fier aux constatations de certains selon lesquelles plus les termes d'un instrument tendant à mettre fin à un conflit armé sont précis et plus ils prévoient des obligations spécifiques pour les parties, plus les chances qu'ils soient effectivement respectés sont grandes⁸⁴⁶, on ne saurait en déduire une conséquence juridique au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire. Le simple fait que, comme tout accord, un instrument de ce type puisse faire l'objet de violations emporte la conséquence qu'il ne peut pas produire d'effet incontesté sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Si la formulation employée dans un tel instrument pourra éventuellement servir au juriste dans son analyse de la situation pour conclure à la résurgence de la violence ou à la survenance d'un nouveau conflit armé et donc à l'applicabilité du droit international humanitaire, cet élément ne saurait en aucun cas constituer un *critère* de détermination de cette applicabilité. La conclusion d'un accord en vue d'interrompre ou de mettre fin au conflit aura cependant le mérite de constituer un *indicateur*⁸⁴⁷. Lorsqu'un tel instrument existe il conduit en tout cas à se poser la question de la continuation de l'applicabilité du droit international humanitaire. De la même manière, si

⁸⁴⁴ En ce sens on peut souligner que selon Jann K. Kleffner, l'accord entre l'Érythrée et l'Éthiopie présenterait toutes les caractéristiques du traité de paix, ce qui démontrerait que les États ont tendance à utiliser « [...] *des instruments qui de par leurs substance et forme ressemblent à des traités de paix classique dans le but de mettre fin à la guerre au sens matériel du terme [...]* », tout en adoptant une dénomination plus consensuelle, Jann K. KLEFFNER, « Peace Treaties », *op. cit.* note 759, § 8, nous traduisons.

⁸⁴⁵ Andrej LANG, « "Modus Operandi" and the ICJ's Appraisal of the Lusaka Ceasefire Agreement in the *Armed Activities Case: The Role of Peace Agreements in International Conflict Resolution* », *op. cit.* note 764.

⁸⁴⁶ Voir en ce sens Christine BELL, « Peace Agreements: Their Nature and Legal Status », *op. cit.* note 733, pp. 395 et s.

⁸⁴⁷ À cet égard, bien que l'ensemble du commentaire de cette disposition soulève quelques contradictions, on peut tout de même relever qu'à propos de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève de 1949 les commentateurs estiment qu'ils peuvent constituer un « *facteur* » permettant de conclure à la fin du conflit armé, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 69.

l'impression renvoyée depuis le théâtre des affrontements est que le conflit est en passe de cesser ou a effectivement cessé, rechercher si un accord de ce type existe permettra de la corroborer ou non. D'une certaine manière, l'existence d'un accord visant à la fin du conflit constituera tout au plus une présomption mais non la preuve formelle de l'arrêt des opérations militaires et donc de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire.⁸⁴⁸

À l'inverse, n'importe quelle violation d'un accord visant à la pacification des relations entre d'anciens belligérants ne produit pas d'effet automatique sur l'applicabilité du droit international humanitaire. Il se peut qu'un tel accord soit conclu et se révèle efficace en pratique ; que les opérations militaires cessent effectivement et que, par conséquent, pour ce qui concerne ses dispositions générales, le droit international humanitaire cesse de s'appliquer. Ce n'est pas parce qu'une disposition de cet accord ne serait pas respectée que le droit international humanitaire redeviendrait de ce seul fait applicable. Si la disposition en question concerne le ré-établissement de personnes déplacées par exemple, et que le délai fixé par l'accord pour leur retour n'est pas honoré, cela ne signifie pas pour autant que des activités hostiles ont repris entre les parties en cause qui justifieraient, le cas échéant, la (ré)application du droit international humanitaire⁸⁴⁹.

Toutes ces constatations montrent que les imprécisions entourant les conséquences juridiques que peuvent produire les actes formels propres à mettre un terme à un conflit armé incitent à ne pas se fier à leur seule existence pour adopter des conclusions quant à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Les effets de tout accord tendant à mettre fin à un conflit armé se situent au plan politique. Subsidiairement, il est intéressant de noter que l'évolution sémantique vers le choix de termes qui tendent supposément à décrire la situation telle qu'elle est vécue sur le terrain, plutôt que vers des termes empreints de conséquences juridiques, correspond également à l'évolution de la nature des conflits armés. Depuis plusieurs décennies, ce sont les conflits armés non internationaux qui sont de loin les plus nombreux, or dans ces situations les États continuent d'être extrêmement réticents à adopter tout acte formel qui pourrait avoir la moindre conséquence

⁸⁴⁸ Prenant le problème sous un autre angle et utilisant la notion de « *fin des hostilités* » plutôt que celle de « *fin des opérations militaires* », et se référant ensuite à la fin de l'état de guerre plutôt qu'à la fin du conflit armé, Wolff Heintschel von Heinegg estime quant à lui que le fait que les hostilités actives ont cessé « *ne dépend pas simplement de la situation de fait – plus d'échanges d'hostilités – mais de façon prédominante sur un accord exprès ou implicite entre les anciens belligérants.* » Plus loin, il ajoute « *s'il est vrai que la « fin générale des opérations militaires peut se produire après la fin des hostilités actives » [citant ici le commentaire de l'article 3 du Protocole I] aucune de ces situations de fait ne terminera la guerre sans un accord implicite ou explicite à cet effet.* », Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *op. cit.* note 342, p. 853, nous traduisons.

⁸⁴⁹ Plus encore, il se peut que l'on constate que certaines violations de l'accord tendant à mettre fin à un conflit armé relèvent du droit international humanitaire, mais que pour des raisons politique et diplomatique ou opérationnelle on préfère les ignorer.

sur le statut de la ou des partie(s) au(x)quelle(s) il est opposé. Le cessez-le-feu, non défini juridiquement, est extrêmement commode à cet égard. Essentiellement consensuelle, cette notion est celle qui produit le moins d'effets négatifs aux plans politique et diplomatique.⁸⁵⁰

Finalement, cessez-le-feu, armistice ou traité de paix ne marquent pas automatiquement la fin de l'application du droit international humanitaire.⁸⁵¹ Si les instruments qui entendent faire taire les armes peuvent servir d'indicateurs quant à une situation donnée, ils ne peuvent pas servir de critères objectifs à la détermination de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire⁸⁵². Il se peut très bien qu'un cessez-le-feu ait été agréé mais que des combats, même sporadiques, continuent de se dérouler sur tout ou partie du territoire en question.⁸⁵³ Tous les actes qui s'inscrivent dans ces combats sont soumis au droit international humanitaire, pour autant que la situation corresponde à une situation de conflit armé international ou non international, selon le cas. Ce n'est pas parce qu'un accord est en vigueur que des crimes de guerre ne peuvent plus être commis ou que les règles relatives à la conduite des hostilités deviennent inopérantes. Ceci est également valable pour le laps de temps qui se situe entre la signature d'un accord mettant un terme aux hostilités et son entrée en vigueur effective. Si durant ce laps de temps, certaines conséquences juridiques propres à chaque instrument existent, aucune n'est déterminante pour l'applicabilité du droit international humanitaire.⁸⁵⁴

⁸⁵⁰ Ce consensualisme est confirmé par le fait que cette expression a fait son apparition dans l'enceinte des Nations unies, voir en ce sens Sydney D. BAILEY, « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *op. cit.* note 736, pp. 463 et s. et continue d'y avoir la faveur.

⁸⁵¹ Alfons Klafkowski le constatait déjà en 1976 lorsqu'il rappelait que « *la doctrine du droit international après la seconde guerre mondiale [...] a mis fortement l'accent sur la nécessité de faire la distinction entre l'état des hostilités et l'état de guerre.* », Alfons KLAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 227.

⁸⁵² Tout au plus, la signature d'un instrument ayant vocation à mettre un terme à un conflit confirmera que ce conflit existe ou a existé et donc que le droit international humanitaire trouve ou a trouvé à s'appliquer pendant la période de temps qui a précédé sa conclusion.

⁸⁵³ Le Comité international de la Croix-Rouge a eu l'occasion de le constater en ces termes : « *Bien peu de conflits armés ont été définitivement réglés par des négociations de paix et dans plusieurs cas, des conflits armés se sont rallumés entre d'anciens ennemis malgré les cessez-le-feu et les accords de paix conclus.* », Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1^{er} décembre 2011, *op. cit.* note 228, p. 8.

⁸⁵⁴ Il existe des études portant sur les effets que peuvent produire les instruments formels tendant à mettre fin à un conflit sur la pérennisation de la paix ou au contraire sur la résurgence de la violence, c'est-à-dire sur les facteurs qui pourraient être les garants que la paix s'installe durablement ou qui au contraire contribueraient à ce que les hostilités reprennent. Ces études relèvent ou du champ sociologique ou de la science politique, elles ne sont donc pas examinées dans le détail dans le cadre de ce travail. D'autant plus que comme le précise l'une d'elle : « *Bien que les chercheurs commencent à comprendre pourquoi la paix est plus difficile à maintenir dans certains cas que dans d'autres, il n'existe pour l'instant pas de bonne compréhension de ce qui est peut être entrepris pour faire en sorte que la paix soit plus susceptible de durer.* », Virginia Page

Par ailleurs, peu importe de savoir si, en cas de violation dudit accord, c'est le même conflit qui continue ou si c'est un autre qui voit le jour. Dans les deux cas indifféremment, le droit international humanitaire est applicable ; soit depuis le début du conflit initial si les hostilités n'ont en fait jamais cessé, soit depuis la résurgence de la violence si la signature avait bel et bien été suivie d'effets dans un premier temps. En effet, même si les affrontements sont sporadiques entre deux ou plusieurs États par exemple, le droit international humanitaire redeviendra automatiquement applicable du seul fait de leur existence.⁸⁵⁵ Que la partie qui est à l'initiative de la résurgence de la violence conteste être à l'origine d'une violation de l'instrument en vigueur, ou que les parties s'accordent entre elles pour « fermer les yeux » sur les événements et décider qu'ils sont sans effet sur cet instrument, n'a aucune conséquence au regard de l'application du droit international humanitaire. Conclure différemment reviendrait à considérer que du fait de l'adoption d'un instrument tendant à mettre fin au conflit le droit international humanitaire devient inapplicable en cas de reprise des hostilités. Autrement dit, on se trouverait face à une situation de violence typique d'un conflit armé sans que le droit international humanitaire soit applicable. Ce serait un non sens. Que l'on considère que le conflit initial connaît des sursauts, reprend, ou que l'on estime qu'un nouveau conflit voit le jour, peu importe pour ce qui concerne le champ d'application temporel du droit international humanitaire⁸⁵⁶. Tant que la violence présente les caractéristiques d'un conflit armé international ou non international, le droit international humanitaire pertinent est applicable.

FORTNA, « Scraps of Paper? Agreements and the Durability of Peace », *International Organization*, vol. 57, n° 2, 2003, pp. 337-372, p. 339, nous traduisons. Pour des études similaires, voir également par exemple : Virginia Page FORTNA, *Peace Time: Cease-Fire Agreements and the Durability of Peace*, Princeton University Press, Princeton, 2004, 243 p. ; ou Christine BELL, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 383 p. Dans le même ordre d'idée, les constats que peuvent faire les états-majors au regard de l'opportunité de conclure un accord afin de pérenniser la paix ne relèvent pas des problématiques liées à l'applicabilité du droit international humanitaire. Pour le point de vue militaire, voir Ary A. VAUGHN, « Concluding hostilities: humanitarian provisions in cease-fire agreements », *Military Law Review*, vol. 148, 1995, pp. 186-273, p. 273.

⁸⁵⁵ Pour les effets, moins tranchés dans certaines circonstances, que peut produire une baisse d'intensité de la violence dans le cadre d'un conflit armé non international, voir *infra* (II. ci-dessous).

⁸⁵⁶ La seule conséquence juridique qui découle des considérations relatives à la résurgence ou à la persistance de la violence – nouveau conflit, ou ancien conflit qui perdure – se situe au plan du *jus ad bellum* (comme le mentionne Yoram DINSTEIN, « Armistice », *op. cit.* note 737, § 15) et n'intervient donc pas dans le champ de cette étude.

§ IV. La « dénonciation »⁸⁵⁷

L'exhaustivité commande de traiter de la possibilité pour les États parties aux traités de droit international humanitaire de les « dénoncer ». Bien que cette faculté soit une hypothèse d'école, puisqu'aucun État partie n'a jamais usé de cette prérogative⁸⁵⁸, elle sera brièvement évoquée tant elle présente une spécificité du point de vue temporel.

En effet, toutes les dispositions réglant cette possibilité prévoient que la manifestation de l'intention de dénoncer ou de se retirer ne produit pas d'effets immédiats⁸⁵⁹. Formulées dans des termes divers, toutes énoncent en substance la même idée. Premièrement, un laps de temps est nécessaire entre la notification au depositaire de l'intention de se retirer ou de dénoncer et le moment auquel ce retrait ou cette dénonciation produit ses effets.⁸⁶⁰ Deuxièmement, si au moment de la manifestation de cette intention l'État en cause est engagé dans un conflit armé, la dénonciation ou le retrait ne sera effectif qu'à l'issue de ce conflit.

Dans une perspective strictement temporelle il est intéressant de relever que là où les Conventions de Genève parlaient encore de la conclusion de la paix, les Protocoles parlent de conflit armé. La notion formelle de paix présentant un caractère aléatoire, les rédacteurs de 1977 ont préféré abandonner cette notion juridique pour utiliser un concept plus descriptif. Une incertitude cède alors la place à une autre. Auparavant l'incertitude résultait

⁸⁵⁷ Le terme « dénonciation » est ici placé entre guillemets car si c'est bien la terminologie retenue par les rédacteurs des instruments de droit international humanitaire, s'agissant de traités multilatéraux, il serait plus heureux de parler de « retrait ». Voir en ce sens, Anthony AUST, « Treaties, Termination », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 10 août 2012.

⁸⁵⁸ Il convient également de souligner que la dénonciation ou le retrait de ces instruments est sans effet sur les dispositions conventionnelles qui sont de surcroît de nature coutumière. Celles-ci continuent de lier les États du seul fait de leur caractère coutumier.

⁸⁵⁹ Ces dispositions sont les suivantes : articles 63/62/142/158 des Conventions de Genève ; article 99 du Protocole I (dénonciation) ; article 25 du Protocole II (dénonciation) ; 14 du Protocole III (dénonciation) ; article 9 de la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, op. cit. note 22, (dénonciation) ; article 20 de la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, adoptée à Oslo, 18 septembre 1997, Recueil des Traités, vol. 2056, 2002, RTNU n° I-35597, pp. 251-265, (retrait) ; de l'article 11 du *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, op. cit. note 17 ; et article 20 de la *Convention sur les armes à sous-munitions*, op. cit. note 85, (retrait). Il s'agit également de l'article 37 de la *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, op. cit. note 16 ; de l'article 13. c) du *Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, op. cit. note 24 ; ou encore de l'article 45 du *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, op. cit. note 24, qui curieusement font eux référence à la « fin des hostilités » comme point de départ du délai et non à la « fin du conflit ».

⁸⁶⁰ La période de carence est d'un an pour ce qui concerne les Conventions et le premier Protocole additionnel et de six mois pour ce qui concerne le deuxième Protocole.

du fait que la paix pouvait ne jamais se produire, désormais l'incertitude résulte du fait qu'il est malaisé de déterminer avec précision le moment à partir duquel le délai court lorsqu'un État est impliqué dans un conflit armé pour que la dénonciation puisse produire des effets. La conclusion formelle de la paix avait le mérite de pouvoir être datée avec précision, il n'en est rien de la fin du conflit armé puisqu'aucun acte formel n'est propre à véritablement la sanctionner. La Convention sur les armes à sous-munitions⁸⁶¹ illustre cette difficulté. Formulée dans un langage qui montre l'évolution dans le choix des termes en droit international humanitaire – notamment on ne parle pas de dénonciation, mais de retrait, ni de paix, mais de conflit armé – elle contient une disposition similaire qui prévoit que si un État est engagé dans un conflit armé, la manifestation de son désir de se retirer de la Convention ne produira pas d'effet « *avant la fin de ce conflit armé* »⁸⁶². Or il est intéressant de noter à cet égard que les commentateurs de cette disposition relèvent qu'« [i]l pourrait y avoir désaccord, cependant, à propos de ce qui constitue un conflit armé »⁸⁶³. C'est le cas précisément, cette notion n'étant définie nulle part, et cela emporte de graves conséquences en l'occurrence : à partir de quand un État pourra-t-il s'estimer délié de ses obligations, et donc à partir de quand pourra-t-il à nouveau, par exemple, recommencer à utiliser des armes à sous-munitions ? De cette date controversée dépendra la conclusion selon laquelle l'État viole ses obligations internationales ou non. Si on considère le conflit armé en question terminé, alors l'État pourra à bon droit ultérieurement utiliser ce type d'arme – pour autant que cela n'enfreigne pas automatiquement d'autres normes du droit international humanitaire, tel le principe de distinction, notamment – dans le cas contraire sa responsabilité internationale pourra être engagée pour avoir enfreint le traité. Il est par conséquent heureux que les Conventions de 1949 comme leurs Protocoles contiennent une sorte de clause de sauvegarde prévoyant que, dans l'hypothèse d'une dénonciation, ces textes continueront de protéger les personnes concernées jusqu'à leur libération, rapatriement et établissement⁸⁶⁴, moment qui se veut beaucoup plus aisé à déterminer de façon objective.

⁸⁶¹ Convention sur les armes à sous-munitions, *op. cit.* note 85.

⁸⁶² *Ibid.*, article 20.

⁸⁶³ Gro NYSTUEN & Stuart CASEY-MASLEN, « Article 20. Duration and Withdrawal », in. Gro NYSTUEN & Stuart CASEY-MASLEN (éds.), *The Convention on Cluster Munitions, A Commentary*, Oxford University Press, New York, Oxford Commentaries on International Law, 2010, 820 p., pp. 536-540, p. 540, § 20.8.

⁸⁶⁴ Évidemment chacun des textes renferme une formulation qui lui est propre. Les trois premières Conventions de Genève de 1949 ne mentionnent que « la libération et le rapatriement », la quatrième et le Premier Protocole additionnel ajoutent « l'établissement », le deuxième Protocole évoque « la libération définitive [des personnes qui auront été l'objet d'une privation ou d'une restriction de liberté pour des motifs en relation avec le conflit], et le troisième n'évoque pas la question spécifique des personnes, son domaine d'applicabilité ne s'y prêtant pas. Pour la formulation exacte de chacune des dispositions, voir articles 63/62/142 des Conventions de Genève I à III, article 158 de la Convention IV, article 99 du Protocole I, article 25 du Protocole II et article 14 du Protocole III.

Du fait de l'attachement aux effets *ratione temporis* des dispositions du droit international humanitaire, un rapide *obiter dictum* s'impose ici à propos de la façon dont ces dispositions sont traitées dans les commentaires des Conventions de Genève proposés par le Comité international de la Croix-Rouge. La disposition quasi-commune⁸⁶⁵ à la dénonciation des Conventions de Genève contient une lacune. Elle ne prévoit pas l'hypothèse où le conflit armé dans lequel était impliquée la Puissance en cause se termine moins d'un an avant la notification, ni celle dans laquelle la dénonciation est notifiée moins d'un an avant l'ouverture du conflit⁸⁶⁶. Ainsi, dans ces cas, cela suppose que les effets de la dénonciation se produiront non pas un an après la manifestation de dénoncer, mais immédiatement à la fin du conflit, ce qui peut être, par exemple, huit mois seulement après la manifestation de cette volonté. Autrement dit, la formulation adoptée manque clairement son but puisqu'au lieu de différer les effets de la dénonciation, elle les fait se produire plus tôt. Ce qui fait dire aux commentateurs, plaidant « l'intérêt supérieur des victimes », que : « **Quand bien même**, selon la lettre de la Convention, la prolongation du délai n'affecte que les dénonciations prononcées en cours de conflits, il convient d'admettre que cette prolongation sera également applicable lorsque la dénonciation est notifiée moins d'un an avant l'ouverture du conflit ; les effets d'une telle dénonciation resteraient donc suspendus jusqu'à la fin de la lutte. »⁸⁶⁷ ou encore que « Si l'on s'en tient à la lettre de la Convention, la prolongation du délai n'affecte que les dénonciations notifiées « alors que la Puissance dénonçante est impliquée dans un conflit » et non pas celles qui ont été communiquées avant l'ouverture du conflit : ces dernières sont soumises au délai d'un an. **Mais** l'esprit de cet article, [...] engage à l'appliquer dans un sens plus large et à considérer que la dénonciation notifiée moins d'un an avant l'ouverture d'un conflit verra également ses effets suspendus jusqu'à la fin de ce conflit. »⁸⁶⁸ Très clairement, cette interprétation de la disposition lui fait dire, et veut lui faire produire des effets, qu'elle ne prévoyait pas. Si, bien sûr, l'économie générale du droit international humanitaire vise la protection des personnes, il ne faut toutefois pas d'un trait de plume occulter l'expression de la volonté des États. En matière d'applicabilité temporelle, les notions confinent à la subjectivité, il serait donc

⁸⁶⁵ Et non pas commune puisque la disposition de la Convention IV ajoute « l'établissement » des personnes là où les trois autres ne parlent, à dessein, que de « libération et rapatriement », voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

⁸⁶⁶ La disposition dit simplement : « La dénonciation produira ses effets un an après sa notification au Conseil fédéral suisse. Toutefois la dénonciation notifiée alors que la Puissance dénonçante est impliquée dans un conflit, ne produira aucun effet aussi longtemps que la paix n'aura pas été conclue et, en tout cas, aussi longtemps que les opérations de libération et de rapatriement [et si approprié d'établissement] des personnes protégées par la présente Convention ne seront pas terminées. », Articles 63/62/142/158 des Conventions de Genève de 1949.

⁸⁶⁷ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 287.

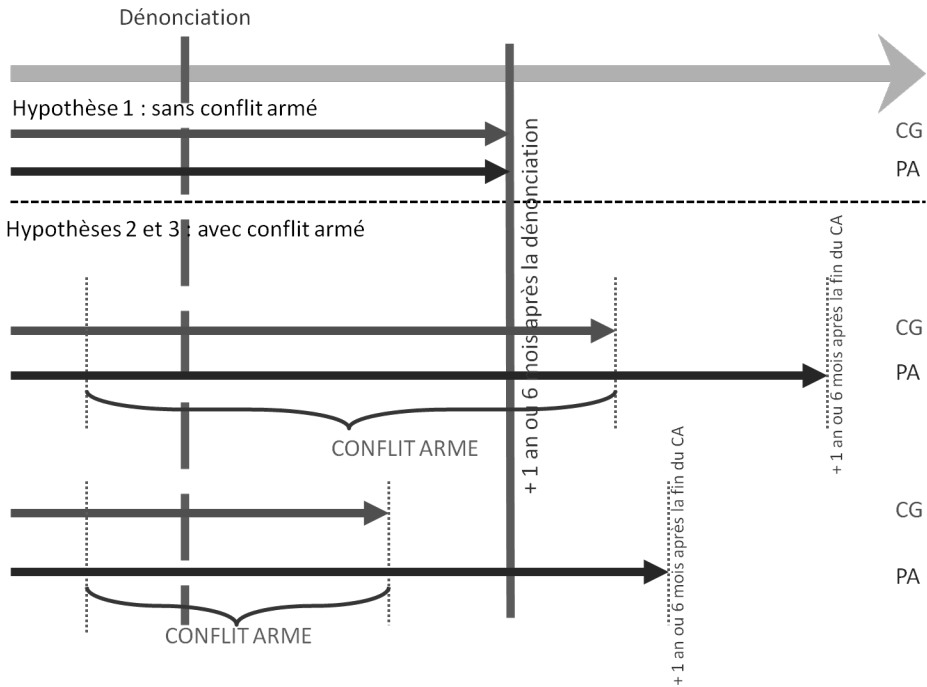
⁸⁶⁸ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 669.

tendant de le faire fréquemment. En l'occurrence, bien qu'on puisse regretter cet oubli, l'énoncé de la règle n'est pas ambiguë. Éventuellement, on pourrait argumenter que telle qu'elle est formulée la clause de dénonciation porte en elle une contradiction, mais alors ce n'est pas « *l'esprit de [l']article* » qui doit « *engager* » à une interprétation en faveur des victimes des conflits armés, mais une interprétation téléologique en bonne et due forme qui aboutirait du reste à la même conclusion. Pour conclure sur cet aspect, il convient de souligner que l'article 99 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève⁸⁶⁹ comble en partie cette lacune puisqu'il prévoit que, si à l'expiration de l'année qui suit la dénonciation l'État se trouve en proie à un conflit armé, les effets de la dénonciation sont différés au moment de la fin de ce conflit ou de la libération définitive, du rapatriement ou de l'établissement des personnes protégées par les Conventions ou le Protocole. Conscients de la faiblesse des Conventions sur ce point, les rédacteurs de 1977 ont donc corrigé la formulation. Toutefois la solution n'est que partielle puisqu'elle ne vaut que pour le Protocole et les États qui y sont parties⁸⁷⁰.

À titre de résumé, selon la lettre des instruments pertinents, les dispositions relatives à la dénonciation s'appliquent selon le schéma suivant :

⁸⁶⁹ Comme l'article 14 du troisième Protocole additionnel qui « *est (quasiment) similaire [sauf pour la mention des libération, rapatriement et établissement ; c]ette formule n'a pas été reprise dans le Protocole additionnel III car elle n'est pas apparue pertinente en l'espèce.* », Jean-François QUÉGUINER, « Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, 2006, pp. 313-348, p. 345. Subsidiairement, on peut s'étonner que l'article 20 de la *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires*, adoptée à New York, 4 décembre 1989, Recueil des Traités, vol. 2163, 2003, RTNU n° I-37789, pp. 103-109, adoptée postérieurement au Protocole de 1977 donc, prévoit simplement que « *[l]a dénonciation prendra effet un an après la date à laquelle la notification aura été reçue par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.* », faisant ainsi totalement abstraction du fait qu'un État en proie à un conflit armé puisse décider de se retirer de la Convention.

⁸⁷⁰ Sur cette discussion de l'articulation des effets de la dénonciation entre les Conventions et le Protocole, voir le commentaire de l'article 99 dont l'argumentation pour le moins alambiquée ne fait que souligner le malaise des commentateurs face à l'adoption d'une formulation lacunaire, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 1132-1133, §§ 3839-3841.



Au-delà de ces considérations particulières aux effets de la dénonciation, de façon générale, les actes formels tendant à mettre fin à un conflit armé présentent deux difficultés majeures. Premièrement, rien n'oblige des parties à un conflit de conclure de tels instruments. Un conflit peut prendre fin sans qu'aucun acte juridique formel ne le sanctionne. Deuxièmement, même si les parties à un conflit armé parviennent à s'asseoir à la même table pour signer un accord dont la finalité est de mettre un terme au conflit armé, il n'est pas rare que, quelle que soit la forme que prenne cet accord, ce dernier reste lettre morte. Le formalisme présente donc un double aléa, sur lequel il aurait été déraisonnable de se fonder pour déterminer le moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de produire ses effets. Conscients de cet état de chose déjà en 1949, les codificateurs du droit international contemporain ont tenté d'élaborer une notion reposant entièrement sur l'effectivité.

Section II La matérialisation du principe d'effectivité : quels éléments permettent de conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire de façon générale ?

Si les actes formels ne constituent pas le critère de fin d'applicabilité du droit international humanitaire, il convient d'identifier les éléments propres à conclure que cette branche du droit cesse de produire ses effets dans une situation donnée. Apparue en 1949 dans la quatrième Convention de Genève seulement, et reprise de façon plus générale dans le premier Protocole additionnel, l'expression « *fin générale des opérations militaires* » a pour but de fixer un terme à l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux (I)⁸⁷¹. Il convient de se poser la question du moment auquel se produit cette fin générale pour déterminer le moment à partir duquel, concomitamment, le droit international humanitaire cesse de produire ses effets.⁸⁷²

Pour ce qui concerne les conflits armés non internationaux (II), ni l'article 3 commun, ni le deuxième Protocole additionnel ne contiennent de disposition spécifique à la fin de leur applicabilité. Si le Protocole II contient bien une mention renvoyant à la « *fin du conflit armé* » à son article 2 paragraphe 2, celle-ci est attachée à la question spécifique de la privation de liberté. Aussi, pour ce type de conflits, il est nécessaire de s'interroger sur les éléments qui permettent de conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire propre à ces situations.

Dans tous les cas, l'absence de définition précise de ce que recouvrent ces notions oblige à les étudier de façon détaillée pour tenter d'en faire ressortir un dénominateur commun. Ainsi, une fois mis en lumière ce que recouvre la notion et mis en évidence qu'elle a vocation à s'appliquer aussi pour les conflits armés non internationaux, il sera possible de dégager quelques éléments utiles à la détermination du moment auquel se produit cette « *fin générale des opérations militaires* ». (III)

⁸⁷¹ Au contraire, l'expression « *fin des hostilités (actives)* » n'est utilisée que dans des dispositions spécifiques, dont la finalité est précisément de prévoir une applicabilité temporelle dérogatoire ; elle fait donc l'objet d'un examen dans un chapitre distinct. Voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁸⁷² Certains effets du droit international humanitaire se poursuivent au-delà de la cessation du conflit armé, quel qu'en soit le moment, voir *infra*, Titre II, Chapitre II.

§ I. Les éléments de fait mettant fin à l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux, ou la « *fin générale des opérations militaires* »

Si les termes « fin des hostilités » sont employés dès les premiers instruments de codification moderne du droit international humanitaire⁸⁷³, dans certaines dispositions spécifiques, ce n'est qu'en 1949 qu'apparaît une disposition relative à l'applicabilité *ratione temporis* générale de ce *corpus juris* ; c'est donc à cette occasion que l'expression « *fin générale des opérations militaires* » fait son apparition. Elle sera de nouveau utilisée par les rédacteurs des Protocoles additionnels de 1977.

Les quatre Conventions de Genève adoptées en 1949 s'appliquent, en vertu de leur article 2 commun, pendant le temps du conflit armé. Chacune contient de surcroît une disposition relative à son champ d'application. Toutefois, une seule des Conventions comporte un article relatif à son applicabilité temporelle *globale* ; il s'agit de l'article 6 de la quatrième Convention qui dispose entre autres que « [s]ur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires ». Les trois autres Conventions contiennent simplement chacune une disposition précisant un champ d'application qui leur est *propre*, en fonction des personnes qu'elles protègent⁸⁷⁴. En effet, s'il y a bien dans la première Convention de Genève un article 5 intitulé « *Durée d'application de la Convention* », tout comme un article 5 dans la troisième « *Début et fin d'application* », ces dispositions recouvrent en réalité des phénomènes relatifs à l'applicabilité de statuts dont peuvent bénéficier deux catégories distinctes de personnes, les blessés et malades d'une part, les prisonniers de guerre d'autre part, et non pas à l'applicabilité *générale* de la Convention du fait de l'existence d'un conflit armé. De la même façon la deuxième Convention contient une disposition, l'article 4, relative à son « [c]hamp d'application », mais celui-ci concerne la distinction entre les forces « *embarquées* » et « *débarquées* ». Il s'agit donc là encore d'une spécificité qui n'entre pas dans le cadre du présent développement relatif à la fin de l'applicabilité des instruments dans leur *globalité*.⁸⁷⁵

L'article 3 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève énonce quant à lui, de façon similaire à l'article 6 alinéa 2 de la quatrième

⁸⁷³ Voir les exemples mentionnés *infra* sous les développements relatifs à l'apparition de la notion de « fin des hostilités (actives) », Titre II, Chapitre II, Section I.

⁸⁷⁴ Pour les développements relatifs à ces dispositions, voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

⁸⁷⁵ Cette différenciation entre les dispositions relatives à l'applicabilité temporelle des Conventions de Genève n'est en général pas relevée. Voir par exemple Anna PETRIG, « The war dead and their gravesites », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 91, n° 874, 2009, pp. 341-369 qui estime que « [l]e champ d'application temporel des Conventions de Genève est prévu dans la CG I, arts. 2 et 5 ; CG II, art. 2 ; CG III, arts. 2 et 5 ; et CG IV, arts. 2 et 6. [...] », p. 363, note de bas de page 180, nous traduisons.

Convention, que « *l'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires [...]* ». Cette disposition remplace et/ou complète celle(s) de 1949⁸⁷⁶.

Enfin, malgré l'affirmation initiale des juges du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić* selon laquelle le droit international humanitaire s'appliquerait jusqu'à la conclusion de la paix⁸⁷⁷, ils se rallient aujourd'hui, notamment dans l'affaire *Gotovina*, à la position selon laquelle c'est la « *fin générale des opérations militaires* » qui est déterminante⁸⁷⁸.

Afin de pouvoir fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire des conflits armés internationaux cesse de s'appliquer du fait de la fin du conflit armé, il est donc nécessaire de rechercher la signification de l'expression « *fin générale des opérations militaires* ». Plus encore, pour savoir quand se produit cette fin générale, encore faut-il avoir préalablement identifié ce que constitue une « opération militaire »⁸⁷⁹ (A). Nous l'avons dit, les textes eux-mêmes sont muets sur la question. Toutefois, l'analyse des dispositions mentionnant ce terme, comme l'interprétation qui a pu en être donnée, constitueront un premier indice. Un indice seulement, il sera donc indispensable de compléter l'analyse grâce à d'autres éléments. À cet égard, l'analyse subséquente de manuels militaires contribuera à identifier ce que recouvre cette notion (B).

A) *L'utilisation de l'expression « opérations militaires » dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, ainsi que leur interprétation*

Le droit international humanitaire ne se résume pas aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels, ils sont toutefois la référence absolue en la matière, puisqu'aucun autre texte de droit international humanitaire ne contient de disposition générale fixant un terme à son applicabilité. Les Conventions de Genève et le premier Protocole additionnel serviront donc de base à l'analyse. Deux types de dispositions seront

⁸⁷⁶ Anna Petrig complète à bon escient son énumération comme suit : « *Cependant le libellé du PA I, art. 3(a) – les Conventions et le présent Protocole s'appliquent... – indique que les règles relatives au champ d'application du Protocole I régissent également les Conventions de Genève et remplacent leurs dispositions pertinentes.* », Anna PETRIG, « The war dead and their gravesites », *ibid.*, p. 363, note de bas de page 180, nous traduisons.

⁸⁷⁷ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 70.

⁸⁷⁸ TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, op. cit. note 778, vol. II, § 1697.

⁸⁷⁹ À cet égard, il convient de mentionner un ouvrage tout entier dédié au droit international des opérations militaires auquel le lecteur pourra utilement se référer s'il est à la recherche de littérature à propos de la variété de droits applicables aux opérations militaires : Terry D. GILL & Dieter FLECK (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 657 p. L'ouvrage ne donne toutefois pas une définition générale de ce que recouvre la notion d'opération militaire.

examinées successivement : les deux seules qui emploient précisément l'expression « *fin générale des opérations militaires* » (1) et certaines autres qui emploient les termes « opérations militaires » à d'autres fins (2), dans l'optique de mieux cerner le moment où il est possible de considérer qu'elles sont complètement terminées et donc le moment à partir duquel il est possible de considérer que le droit international humanitaire ne s'applique plus.

1) La « fin générale des opérations militaires » selon les articles 6 de la quatrième Convention et 3 du premier Protocole

a) L'article 6 alinéa 2 de la quatrième Convention de Genève

Dès l'ouverture des discussions à propos de ce qui allait devenir l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, qui proposait initialement la terminologie « fin des hostilités »⁸⁸⁰, s'engage un débat à propos du sens de cette expression. Les Actes de la Conférence Diplomatique de 1949 proposent un condensé des discussions entre les participants, mais examiner le *verbatim* de ce qu'ont précisément exprimé les délégations membres de la Commission III, en charge de ce texte, permet de mettre à jour pourquoi précisément telle expression a été utilisée plutôt qu'une autre (i), tout en laissant planer une ambiguïté (ii).

i) La fin des « opérations militaires » plutôt que la fin des « hostilités »

Alors que le projet de ce qui allait devenir l'article 6 de la quatrième Convention présenté aux délégations utilisait les termes « fin des hostilités », c'est finalement l'expression « *fin générale des opérations militaires* » que l'on trouve dans la version finale de la disposition. Si le commentaire donne son interprétation de ce qu'est censée signifier cette expression, c'est-à-dire le « *dernier coup de canon* »⁸⁸¹ ou plus largement « *la fin complète de la lutte entre tous les intéressés* »⁸⁸² – sans que soit pour autant précisés les éléments qui

⁸⁸⁰ Il s'agissait encore de l'article 4 au moment de sa discussion par la Commission III et se lisait comme suit : « *La présente Convention s'appliquera dès le début de tout conflit visé à l'article 2. Son application cessera à la fin des hostilités ou de l'occupation, sauf en ce qui concerne les personnes protégées dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu ultérieurement et qui, jusqu'à l'achèvement de ces opérations, resteront au bénéfice de la présente Convention.* », Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome I, 381 p., p. 112.

⁸⁸¹ Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome II, Section A, Commission III - Civils, Rapport à l'Assemblée plénière, p. 799.

⁸⁸² Ajout du commentaire de la quatrième Convention de Genève, article 6 alinéa 3, p. 69, lequel mentionne également qu'« [i]l y a cependant un certain nombre d'autres facteurs dont il faut tenir compte. Lorsque la lutte se déroule entre deux États, la fin des hostilités [sic] peut être assez facilement fixée : elle découle soit d'un armistice, soit d'une capitulation, soit d'une *debellatio pure et simple* », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 69, notes de bas de page omises. Or, pour ce qui concerne à tout le moins les deux actes formels auxquels il est fait référence (l'armistice et la capitulation), on a vu que ces éléments ne présentaient plus à l'heure actuelle un caractère suffisamment fiable pour qu'ils soient utilisés aux fins de fixer avec précision le moment où l'application du droit international humanitaire cesse. Précisément, si un acte formel peut

permettraient d'affirmer qu'un coup de canon est le dernier – il ne dit toutefois rien à propos du choix des termes.⁸⁸³ Pourtant, cette différence sémantique interroge suffisamment pour qu'il soit justifié d'explorer les travaux préparatoires à ce sujet.

Le choix de ces termes précis n'est pas explicité, en revanche il y a une raison très claire à l'abandon de la notion de fin des « hostilités ». Alors que les débats se sont engagés sur la notion d'hostilités, le Président de séance de la Commission III intervient pour « *indiquer, qu'au moins dans la législation française, le gouvernement a le droit par décret de fixer au point de vue interne la date à laquelle sont considérées comme cessées les hostilités. [...] Ce n'est plus la législation du temps de guerre qui s'applique, c'est un retour à la législation du temps de paix. [...] Si on laisse les mots "fin des hostilités" il peut donc - je me place dans mon pays - y avoir une certaine ambiguïté et on pourrait interpréter ces mots comme étant le jour fixé par le décret gouvernemental [...]* »⁸⁸⁴, ce que, précisément, l'ensemble des délégations cherche à éviter. Toutes sont en effet d'avis que la fin du conflit armé ne coïncide pas nécessairement avec l'acte juridique qui a vocation à y mettre fin. À l'issue de son intervention le président quitte les débats, laissant les délégations continuer de débattre sur le moment qu'il convient de considérer comme mettant fin au conflit. Il ne sera donc plus du tout fait référence à ce particularisme jusqu'à ce qu'on trouve subitement la notion d'« opération militaire » dans la bouche du rapporteur Du Pasquier lorsqu'il soumet son rapport portant sur les travaux de la Commission au vote, préalablement à sa présentation à l'Assemblée plénière⁸⁸⁵. Si un certain nombre de points du rapport fait l'objet d'après discussions au sein de la Commission III, aucune ne porte sur l'utilisation des mots « opération militaire », plutôt que « hostilité », aux fins de déterminer le moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de produire ses effets. Ce sont

éventuellement correspondre à la fin des hostilités comme le suggère le commentaire, il en va autrement des opérations militaires qui – presque nécessairement – vont se poursuivre au-delà des hostilités. Il est donc pour le moins inopportun que le commentaire emploie l'expression « fin des hostilités » que les rédacteurs des Conventions n'ont du reste conservé que pour des dispositions spécifiques, alors que la discussion porte sur une notion qu'on cherche justement à distinguer, à savoir les « opérations militaires ». Notons encore que le commentaire de l'article 3 du premier Protocole additionnel relatif au début et à la fin de l'application de l'instrument, se livrant à une interprétation de l'interprétation, croit bon de préciser que « la fin de la lutte entre tous les intéressés » correspond à la « *cessation complète des **hostilités** entre tous les belligérants* ». Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 68, § 152, nous soulignons. De nouveau il en résulte un amalgame malheureux entre les opérations militaires et les hostilités.

⁸⁸³ Tout au contraire il parle de la fin des hostilités pour expliquer ce nouveau concept de « fin générale des opérations militaires », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, pp. 69 et s.

⁸⁸⁴ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 21.

⁸⁸⁵ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III - Civils, Rapport à l'Assemblée plénière, p. 799.

donc ces mots qui figureront dans le rapport présenté à l'Assemblée plénière, laquelle ne revient pas sur le choix de ces termes.

Si l'on s'en tenait à cela, on devrait alors conclure qu'il y a identité de notion entre la notion d'« hostilités », que l'on trouve par ailleurs dans certaines dispositions spécifiques des instruments de droit international humanitaire, et les termes « opérations militaires », puisqu'on substitue simplement un terme à un autre par souci de pragmatisme. Ce serait ignorer l'adjonction du mot « générale », lequel est symptomatique de l'articulation de l'article 6 qui, pour sa première partie, renvoie à l'applicabilité générale de la Convention et non à son applicabilité en particulier à l'égard des internés civils, contrairement à ce qui avait initialement envisagé.⁸⁸⁶ Aussi, il est intéressant de rendre compte des débats qui ont eu lieu en Commission à propos de la fixation du moment auquel le droit international humanitaire cesse d'être applicable. Du fait de la substitution des termes par le Rapporteur en toute fin de session, les représentants étatiques continuent d'utiliser les mots « fin des hostilités » lorsqu'ils prennent la parole. Il convient donc de lire les lignes qui suivent en ayant à l'esprit qu'au moment où ils s'expriment le concept de « *fin générale des opérations militaires* », qui va les remplacer, n'a pas encore vu le jour.

C'est le Lieutenant-Colonel Hodgson (Australie) qui initie le débat à ce sujet, car il s'interroge sur ce qu'il faut entendre par « fin des hostilités » proposé par le texte en discussion et repris dans un amendement américain relatif à la fin de l'applicabilité de la Convention en territoire occupé. À cette occasion, il souligne d'ailleurs que les termes précédemment employés en anglais étaient « *close of hostilities* »⁸⁸⁷ et que c'est maintenant l'expression « *termination of hostilities* »⁸⁸⁸ qui a la faveur, or dans tous les cas il estime que cela renvoie à des questions administratives propres à chaque pays et coïncide mal avec la cessation de l'état de guerre au sens formel. Ainsi il conclut son intervention en ces termes : « *Qu'entend-on par « cessation [il emploie en anglais le terme « termination »] des hostilités » ? Cela signifie-t-il en effet le jour de l'armistice ?* »⁸⁸⁹. La réponse du délégué américain est extrêmement

⁸⁸⁶ Voir en ce sens *infra* (ii. ci-dessous) sur la nature hybride de l'article 6 de la quatrième Convention.

⁸⁸⁷ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 7. *A priori* traduits dans les Actes de la Conférence par « *fin des hostilités* », *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 608.

⁸⁸⁸ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 7. *A priori* traduite dans les Actes de la Conférence par « *cessation des hostilités* », *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 608.

⁸⁸⁹ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 8, nous traduisons. Ces propos sont également résumés dans les Actes de la Conférence, mais ceux-ci synthétisent son intervention là où certaines notions qui nous intéressent en particulier méritent un détour par le *verbatim* de la réunion, voir *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 608. Christiane SHIELDS

intéressante en ce qu'elle distingue catégoriquement entre l'état de guerre et les hostilités. M. Clattenburg précise en effet que « nous ne nous référons pas à l'état de guerre, nous nous référons aux hostilités réelles et, par exemple, en relation avec l'occupation de l'Allemagne nous imaginerions que cette période d'un an commencerait à courir à partir de 1945 lorsqu'il y a eu cessation [il emploie en anglais le terme « cessation »] générale des hostilités »⁸⁹⁰. S'entame alors une discussion sur la portée de la notion d'« hostilités ». Suite à l'intervention australienne, mais sans répondre directement à ses préoccupations, le Comité international de la Croix-Rouge apporte quelques précisions utiles. Il explique en effet que le souci d'insérer un article relatif à l'applicabilité temporelle de la quatrième Convention n'existait pas à l'origine, mais qu'il a simplement été jugé opportun de prévoir une disposition de ce type dans le projet soumis aux représentants présents à la Conférence de Stockholm, par analogie à ce que la troisième Convention énonçait à l'égard de la fin de la captivité pour les prisonniers de guerre. Logiquement les experts de l'époque considéraient que l'internement devait cesser en même temps que les hostilités : « [...] les mesures d'internement qui peuvent être prises sur le territoire national à l'égard de ressortissants ennemis doivent prendre fin au moment où cessent les raisons qui ont motivé leur internement. Dans [leur] conception, ce moment-là coïncide et doit coïncider avec la fin des hostilités. »⁸⁹¹

Cette clarification apportée, s'ensuit inévitablement la question du sens des termes choisis, tant l'esprit de l'époque est toujours empreint de formalisme. À cet égard, M. Pilloud apporte la précision importante suivante : « on peut penser que [le] moment [de la fin des hostilités] est celui de la conclusion d'un armistice, mais il se peut que même sans armistice les hostilités cessent en fait par l'occupation totale d'un État, donc sans qu'il y ait un acte juridique quelconque qui y mette formellement fin. »⁸⁹² Le principe d'effectivité est donc à cette occasion encore

DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, va plus loin et considère que les Actes contiennent en la matière « des lacunes et des incohérences » et précise que « [d]ans certains cas il aurait été utile de trouver des déclarations articulées expliquant pourquoi certaines propositions ont été négligées ou certaines questions laissées de côté. », p. 168, nous traduisons. Toutefois, le compte-rendu analytique des réunions existe, tant pour les débats de 1947, dont le Comité international de la Croix-Rouge avait par ailleurs proposé un compte-rendu simplifié : Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre* (Genève, 14-26 avril 1947), op. cit. note 202, que pour les débats de 1949 en Commission comme en plénière ; ce sont les sténogrammes cités ici.

⁸⁹⁰ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 9.

⁸⁹¹ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 11. Sur ce thème particulier et sur la notion de « fin des hostilités (actives) » qui lui est attaché, voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁸⁹² Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 11, nous soulignons. Si le délégué du Comité international de la Croix-Rouge n'envisage à cette occasion qu'une hypothèse de cessation des hostilités, à savoir l'occupation, en dehors de tout acte formel, il n'en reste pas moins que le principe d'effectivité est indiscutablement posé et que l'on

mis en avant. Cependant, dans l'esprit des délégués étatiques, animés par la conception du droit international qui est celle de la première moitié du vingtième siècle, le problème ne s'en trouve pas pour autant dissous. Et ce d'autant moins qu'ici la discussion porte sur une disposition qui vise l'applicabilité générale de la Convention et est intimement liée à la question de l'occupation. En l'occurrence, si les délégués abordent la notion de fin des hostilités, c'est principalement pour déterminer jusqu'à quand l'occupant doit avoir des obligations vis-à-vis de la population qui est sous son autorité⁸⁹³. Il en résulte que pour les délégations aux prises avec cet article la formulation proposée, la « *fin des hostilités* » correspond à la fin du conflit armé. Le délégué du Mexique par exemple « *aurait préféré qu'il fût [(sic) lire fut] fait allusion à la signature du traité de paix* »⁸⁹⁴. Il est en cela appuyé par le représentant de Monaco, M. de la Pradelle, qui précise que « *[l]es Conventions sont conçues pour le temps de guerre. En conséquence, la fin des hostilités, ce n'est pas l'armistice, qui n'en est que la suspension, c'est en réalité le traité de paix.* »⁸⁹⁵ Puis, le délégué norvégien, alors qu'il commence par rallier la position exprimée par le représentant de Monaco, affirme de façon surprenante que les termes « *cessation des hostilités* » doivent être distingués de la « *fin de l'état de guerre* »⁸⁹⁶. De même, le représentant de la Finlande « *ne pense pas que la fin des hostilités puisse être considérée comme coïncidant avec la signature du traité de paix* »⁸⁹⁷. Le délégué italien s'exprime longuement à cette occasion. Or, son intervention mérite une attention toute particulière dans la mesure où c'est précisément la délégation italienne qui a été à l'origine de la formulation qui sera finalement adoptée dans la troisième Convention de Genève, qui maintient la référence à la fin des hostilités actives. De tous les participants aux débats, c'est la seule personne⁸⁹⁸, parmi les délégations gouvernementales⁸⁹⁹,

peut considérer que les situations de cessation effective des hostilités, constatées postérieurement, autres que les situations d'occupation, répondent également à cette définition.

⁸⁹³ Et non pas à partir de quand des personnes doivent retrouver la liberté comme en 1947. Sur les conséquences de cette subtilité, voir *infra*.

⁸⁹⁴ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 608, dont le compte-rendu est en l'occurrence fidèle à sa pensée.

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 18.

⁸⁹⁷ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 609, dont le compte-rendu est en l'occurrence fidèle à sa pensée.

⁸⁹⁸ À cet égard on peut relever non plus une simple imprécision dans la retranscription des débats telle qu'on peut la trouver dans les Actes de la Conférence diplomatique. En effet, dans les Actes se serait M. Maresca qui ce serait exprimé, or les comptes-rendus *in extenso* des travaux de la Commission III mentionnent que c'est M. Baistrocchi qui s'exprime, lequel précisément siégeait à la XVII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge à l'occasion de laquelle il proposait la formulation de l'article 118 de la Convention III. Voir *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 609 à comparer avec

qui a également suivi de près les travaux relatifs à la révision de la Convention sur les prisonniers de guerre en 1947, il est donc à même de faire un lien opportun entre les deux textes. Or, selon son interprétation, et après avoir fermement rappelé que cette question est totalement dissociée de celle de la fin de l'occupation, « [l]a fin des hostilités se réfère à cette *partie* de la convention qui prévoit le pouvoir de la Puissance ennemie d'adopter des mesures restrictives relativement aux sujets ennemis qui se trouvent sur son territoire. Que devons-nous entendre par ces mots « fin des hostilités » ? Je crains fort que ce ne soit pas la conclusion des traités de paix. [...] C]es mots [...] devraient être interprétés dans le sens de la conclusion des opérations effectives. »⁹⁰⁰

Il y a donc à cette occasion deux niveaux de discussion. Celui qui a trait à la fin des mesures restrictives de liberté pour lequel l'expression « *fin des hostilités (actives)* » sera finalement retenu et celui qui concerne le moment où on doit considérer que le conflit armé a pris fin, et avec lui l'applicabilité du droit international humanitaire, matérialisé par l'émergence d'une notion nouvelle, la « *fin générale des opérations militaires* ». Si toutes les discussions à propos de la notion proposée dans les projets de Conventions ont le mérite de révéler l'abandon de tout acte juridique formel, elles ont également l'avantage de préciser le but recherché par le choix de ces termes : établir comme point de départ à la cessation des mesures restrictives de liberté le moment le plus rapide possible dès que les raisons qui y ont donné lieu ont disparu.⁹⁰¹ Cependant, cela n'explique pas encore comment identifier avec précision le moment auquel le droit international humanitaire cesse de s'appliquer dans son ensemble.

Avant de se livrer à une analyse du premier Protocole additionnel qui emploie également cette expression, mais aussi d'autres éléments, qui contribuent à la détermination de ce moment, il semble toutefois opportun, à

Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 24.

⁸⁹⁹ Parmi les représentants du Comité international de la Croix-Rouge, on retrouve M. Pilloud qui était présent lors des débats en Commission II en 1947 à propos du début et de la fin de l'applicabilité de la Convention relative aux prisonniers de guerre.

⁹⁰⁰ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 24, nous soulignons. Il est probablement anecdotique mais toutefois intéressant de relever une surprise supplémentaire offerte par le compte-rendu proposé dans les Actes de la Conférence diplomatique. En effet, le résumé proposé par les Actes met dans la bouche du délégué italien, s'exprimant à propos de la signification des termes « fin des hostilités », que ces derniers ne « *saurai[en]t signifier « signature du Traité de paix », mais uniquement « cessation des opérations militaires* » », alors qu'il avait utilisé précisément les termes « *opérations effectives* », selon les sténogrammes reproduisant mot-à-mot les débats. Est-ce que c'est *a posteriori*, au moment de la rédaction des Actes, qu'ont été interprétés ces mots dans ce sens ou s'agit-il d'une simple distorsion sémantique ? Voir *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 609, à comparer avec Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 24.

⁹⁰¹ Cette obligation étant mise en œuvre du fait d'une autre notion, la « *fin des hostilités (actives)* », elle est examinée *infra*.

la lumière de la complexité des circonstances dans lesquelles les travaux se sont tenus à propos de cette disposition, d'opérer une brève clarification relative à la structure de l'article 6 de la quatrième Convention, pivot de la fin de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux, en ce compris l'occupation.

ii) L'article 6 de la quatrième Convention, une disposition hybride

À propos de la structure actuelle de l'article 6 de la quatrième Convention, on peut parler d'un détournement de portée. En effet, parallèlement à tout le débat relatif à la signification des notions, se tient une discussion d'une résonance toute particulière pour les rédacteurs de l'époque, celle qui a trait à la fin de l'occupation et pour laquelle on s'entend qu'il faut prévoir un régime spécifique. Elle va venir concurrencer les considérations relatives à la fin des internements. Ainsi, le deuxième alinéa de l'article 6 a eu finalement pour but de différencier strictement la fin de l'applicabilité sur le territoire des Parties en conflit par rapport à la fin de l'applicabilité en territoire occupé, tel que prévu au troisième alinéa, et n'avait plus du tout pour fonction de préciser une applicabilité spécifique pour les internés, lesquels n'étaient plus pris en compte qu'à l'alinéa 4 de cet article.

Les précisions apportées par l'Italie, lors de l'examen de cette disposition en Commission pendant la Conférence diplomatique de 1949, permettent de mettre en lumière une certaine ambivalence. En effet, comme le Comité international de la Croix-Rouge avait mentionné que c'est par analogie à la troisième Convention qu'il avait finalement décidé de proposer aux délégués de la Conférence diplomatique l'inclusion d'une disposition similaire pour la quatrième, le délégué italien réaffirme que la disposition en débat renvoie aux mesures d'internement et non pas à l'applicabilité de la Convention de façon générale. Or, si l'article 5 de la Convention III apporte une précision par rapport à l'applicabilité temporelle générale de la Convention telle qu'elle est exprimée à l'article 2 commun, l'article 6 alinéas 1 à 3 de la Convention IV, lui, est aujourd'hui lu comme étant de portée générale⁹⁰². En effet, littéralement, ces trois alinéas ne mentionnent aucune spécificité pour les personnes protégées, par exemple, ou pour les internés⁹⁰³, alors que l'article 5 de la

⁹⁰² À titre d'exemple, le commentaire de cet article commence en ces termes : « *C'est la seule des quatre Conventions de Genève qui contienne des dispositions particulières visant la fin **générale** de son application. Les autres Conventions contiennent des dispositions visant le moment où l'application de la Convention cesse pour chaque personne protégée, ce qui existe également dans le dernier alinéa du présent article.* », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, pp. 65-66, nous soulignons.

⁹⁰³ L'article 6 de la Convention IV se lit en effet comme suit :

« *La présente Convention s'appliquera dès le début de tout conflit ou occupation mentionnés à l'article 2.*

troisième Convention est spécifique à la prolongation de l'applicabilité de l'instrument aux personnes privées de libertés.

Cette mise en perspective conduit alors naturellement à se demander quel était en réalité le bien-fondé de l'ajout d'une disposition de ce type, dès lors que l'article 2 commun rend la Convention applicable pendant un conflit armé international, c'est-à-dire dès son début et jusqu'à sa fin, ce que ne font que répéter dans d'autres termes les deux premiers alinéas de l'article 6. Dans la mesure où les situations d'occupation mobilisaient les esprits de l'époque avec une certaine acuité, on comprend le souci d'introduire l'alinéa 3 de l'article 6. En revanche, pour ce qui concerne les deux premiers alinéas, se pose la question de leur pertinence et de leur apport, au regard de ce que la Convention dit déjà par ailleurs. C'est davantage l'article 4 de la quatrième Convention qui est le miroir de l'article 5 de la troisième, puisqu'il prévoit que seront protégées les personnes à partir du moment où elles seront tombées « au pouvoir » de la partie adverse. C'est donc à l'article 4 de la quatrième Convention qu'on s'attendrait plus volontiers à voir mentionner que les personnes protégées sont au bénéfice de la quatrième Convention jusqu'à leur libération, rapatriement et établissement définitifs – plutôt qu'à l'alinéa 4 de l'article 6 – de la même manière que l'article 5 de la Convention relative aux prisonniers de guerre prévoit que ces derniers bénéficieront de sa protection jusqu'à leur libération et rapatriement.

Les difficultés des rédacteurs qui sont à l'origine de ce manque de clarté sont compréhensibles : contrairement à la troisième Convention, la quatrième protège non seulement des personnes qui sont au pouvoir de l'ennemi, mais aussi, plus généralement, les populations contre certains effets de la guerre. Pour la première catégorie, l'application spécifique de la Convention est tout à fait analogue à celle offerte par la troisième Convention à l'égard des prisonniers de guerre, à savoir dès qu'ils sont au pouvoir de l'ennemi et jusqu'à leur libération, rapatriement (ou établissement), mais pour la seconde, l'application de la Convention est générale et correspond simplement à ce qui est énoncé à l'article 2 commun, sans qu'il soit nécessaire d'apporter plus de précisions. Aussi, trois des quatre alinéas de l'article 6 auraient pu soit être économisés, soit trouver leur place ailleurs, et la difficulté supplémentaire

Sur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires.

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

Les personnes protégées, dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu après ces délais resteront dans l'intervalle au bénéfice de la présente Convention. »

Ce n'est donc uniquement à l'alinéa 4 qu'il est fait spécifiquement mention des personnes protégées.

apportée par les situations d'occupation aurait pu seule faire l'objet de l'article 6, qui aurait alors contenu un alinéa unique.

Ce détour par les travaux qui ont mené à l'adoption des quatre Conventions de Genève pour déterminer le sens de l'expression « *fin générale des opérations militaires* » peut paraître laborieux. Il semblait cependant incontournable, tant l'émergence de l'expression « *fin générale des opérations militaires* » résulte d'un imbroglio. Alors que le projet du Comité international de la Croix-Rouge utilisait la notion d'hostilités, celle-ci est écartée au profit d'une autre pour des raisons qui ne sont pas liées à la réalité qu'elle recouvre mais par crainte d'une résurgence du formalisme. De plus les délégations parlent sans les distinguer d'effets différents de la disposition en débat, à savoir de ses effets *généraux* sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire à la situation et de ses effets *spécifiques* à l'égard des personnes faisant l'objet de restriction de liberté. Au regard du moment auquel le droit international humanitaire cesse de produire ses effets, il convient simplement de retenir que l'expression a pour but de refléter l'effectivité, ce qu'a confirmé l'adoption du premier Protocole additionnel.

b) L'article 3 du premier Protocole additionnel

Le concept d'« opérations militaires » a de nouveau fait l'objet de débats lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui s'est tenue à Genève en différentes sessions de 1974 à 1977 pour aboutir à l'adoption des deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949. Les Actes de cette conférence révèlent que les délégués ont été aux prises avec cette notion à deux occasions distinctes ; à propos de ce qui allait devenir l'article 3 du Premier Protocole additionnel, relatif précisément au début et à la fin de son application, qui dispose que « [...] *L'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation, sauf, dans les deux cas, pour les catégories de personnes dont la libération définitive, le rapatriement ou l'établissement ont lieu ultérieurement. [...]* », et à propos de ce qui constitue aujourd'hui la disposition de l'article 49 de cet instrument, relatif notamment à la définition des attaques, qui énonce : « *L'expression «attaques» s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. [...] Les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale [...]* »⁹⁰⁴.

⁹⁰⁴ Il est intéressant de relever que l'on trouve mentionnés les termes « opération militaire » dans le commentaire des Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève à propos de ce qui allait devenir l'article 49 du premier Protocole additionnel : « *Chaque fois que le terme attaque est employé, il ne se rapporte qu'à une opération militaire déterminée et limitée dans l'espace et dans le temps.* » *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, octobre 1973, 182 p., p. 56. On en

Comme le soulignait le délégué italien dès 1974, les termes « opérations militaires » n'étaient pas autrement précisés dans les projets de textes soumis aux négociateurs⁹⁰⁵. Seuls les commentaires produits par le Comité international de la Croix-Rouge sur les projets de Protocoles additionnels, se référant en cela aux commentaires des Conventions de Genève de 1949, affirmaient : « *On peut sommairement définir l'expression « opérations militaires » comme les mouvements d'attaque ou de défense des forces armées en action.* »⁹⁰⁶ Le délégué italien y voyait un risque de confusion qu'il souhaitait que la Conférence clarifiât. Il est topique de relever son propos à cet égard : « [...] *il ne faut pas chercher à dissimuler les divergences de vues entre les délégations par des termes ambigus.* » Il ajoute que « *[l]a Conférence se doit de faire en sorte que les textes soient clairs, condition préalable à leur application correcte et effective.* »⁹⁰⁷ Or, précisément, la Conférence n'a pas autrement explicité ces termes⁹⁰⁸. On comprend donc que c'est à dessein. L'emploi de cette expression semblait garantir aux délégués d'éviter toute tentative ultérieure d'interprétation restrictive par les États, souhaitant en cela minimiser le champ d'applicabilité du droit international humanitaire⁹⁰⁹. Il en résulte que, lorsqu'on essaie de déterminer à partir de quand le droit international humanitaire cesse de s'appliquer, on est en butte avec une notion imprécise qui est en fait incapable de remplir ce rôle dans ce contexte et dont les travaux préparatoires ne sont

déduit que les « opérations militaires », de façon *générale*, englobent toutes les attaques qui se produisent au cours d'un conflit armé. La formulation finalement adoptée à l'actuel article 49 du Protocole I le confirme ; les Parties au conflit, aux termes de cette disposition, ne doivent diriger non pas leurs « attaques », mais leurs « opérations », exclusivement contre des objectifs militaires. Il n'est pas anodin que ce soit le terme « opération » qui ait été retenu et non celui d'« attaque » dans l'énoncé de cette règle fondamentale figurant dans la section relative à la protection générale de la population civile contre les effets des hostilités (*sic*).

⁹⁰⁵ Intervention de M. Badiali, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XIV, Comptes-rendus analytiques de la Commission III, 589 p., p. 20, § 5. Il y voyait déjà un risque de confusion et appelait à ce que la Conférence prenne soin de définir aussi précisément que possible cette notion.

⁹⁰⁶ *Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires, op. cit.* note 910, p. 10.

⁹⁰⁷ Intervention de M. Badiali, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XIV, *op. cit.* note 911, p. 20, § 5.

⁹⁰⁸ À l'occasion de l'amorce des discussions relatives à ce qui allait devenir l'article 3 du premier Protocole additionnel en Commission I, le délégué du Comité international de la Croix-Rouge « signale [...] que la Commission III est en train de modifier la définition des « opérations militaires » donnée dans le commentaire de l'alinéa 2. », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, *op. cit.* note 85, p. 66, § 10.

⁹⁰⁹ La représentante de la République arabe d'Égypte l'avait d'ailleurs souligné en ces termes : « les mots « opération militaire » qui figurent dans le texte original français de l'article 44 [qui sera finalement l'article 49 dans la version définitive du premier Protocole additionnel] sont acceptables [...] car ils évitent de définir la notion de guerre déclarée ou non, reconnue ou non. ». *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XIV, *op. cit.* note 911, p. 36, § 72. Ses propos confirment que cette expression est résolument tournée vers l'effectivité.

que très peu éclairants. Si ces derniers permettent d'assurer que cette notion a été choisie pour prendre le contre-pied du formalisme, ils ne disent pas du tout ce qu'elle recouvre.

C'est finalement le commentaire de l'article 3 du premier Protocole additionnel qui est le plus général et le plus évocateur en la matière. Ainsi, les commentateurs, pour expliquer pourquoi la fin générale d'applicabilité de la Convention ne correspond pas nécessairement avec la fin de l'applicabilité de certaines dispositions spécifiques, tranchent que « [l]a fin générale des opérations militaires peut intervenir *après la «fin des hostilités actives»* [...] si pour cette dernière un cessez-le-feu même tacite peut suffire, bien souvent les opérations militaires, *même sans affrontements*, continueront au delà de ce cessez-le-feu. Quel que soit le moment de cette fin générale des opérations militaires, les répercussions du conflit peuvent continuer à affecter certaines personnes [...] ».⁹¹⁰ Lors des discussions relatives à l'article 3 du Protocole I, les délégués n'abordent pas le sens général de l'expression « fin générale des opérations militaires », à l'exception notable d'une délégation qui proposait un amendement au projet présenté par le Comité international de la Croix-Rouge dans le sens de « *remplacer les mots "à la fin générale des opérations militaires" par "à la fin du conflit armé"* »⁹¹¹, arguant du fait que « *la fin générale des opérations ne signifie pas nécessairement la fin du conflit armé.* »⁹¹² Malheureusement, il ne précise pas davantage son propos.

Ainsi, ce sont d'autres dispositions employant le même concept qui vont permettre de préciser le moment que les rédacteurs de ce texte ont voulu désigner.

⁹¹⁰ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 68, § 153.

⁹¹¹ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume III, Liste des amendements aux Projets de Protocoles additionnels, Première partie, 416 p., p. 16, amendement proposé par la République arabe syrienne.

⁹¹² *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, op. cit. note 85, pp. 66-81, p. 73, § 3.

2) *La notion d'« opérations militaires »*⁹¹³ *selon certaines autres dispositions des Conventions de Genève et du premier Protocole additionnel*

a) Les dispositions employant les termes « opération militaire » dans les Conventions de Genève

À l'article 4 de la troisième Convention de Genève⁹¹⁴, au nombre des conditions exigées pour reconnaître le statut de prisonnier de guerre aux membres des autres milices et aux membres des autres corps de volontaires qui seraient tombés aux mains de l'ennemi, on trouve notamment celle « *de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre* ». L'emploi du mot hostilités aurait été restrictif. Les combattants doivent se conformer au droit international humanitaire non seulement pendant qu'ils font usage de la force armée, mais plus largement pendant tout le temps où ils se trouvent sur le théâtre du conflit. À cet égard, il convient de noter que l'usage de la force doit être compris non seulement comme impliquant l'usage des armes mais également comme par le seul usage de moyens de coercition. Lorsqu'un combattant capture un ennemi, il ne fait pas nécessairement usage de son arme à feu ; il exerce néanmoins une contrainte et en cela fait usage de la force, au sens de la position prédominante dont il jouit à l'égard d'un autre individu. Ici, il se confirme que l'on conçoit donc bien que le droit international humanitaire s'applique plus largement que pendant le temps spécifique des combats, c'est-à-dire pendant le temps circonscrit à l'usage des armes à feu.

Le commentaire de l'article 75 de la troisième Convention de Genève⁹¹⁵ estime quant à lui qu'« [i]l convient de prendre les termes « opérations militaires » non pas au sens étroit de « mouvement des armées », mais plutôt au sens large de « situation militaire telle qu'elle résulte de ces mouvements », ou même au sens de « circonstances de la guerre ». » Plus loin le commentaire poursuit : « Il suffit que, **du fait de la guerre**, l'acheminement des secours ne puisse plus s'effectuer dans des conditions normales, pour que les conditions du présent article soient réalisées. » Cette notion est donc extrêmement générale. Dans l'esprit des commentateurs,

⁹¹³ En plus des dispositions évoquant les « opérations militaires » dont la plupart sont évoqués sous ce point, il faut mentionner que l'article 37 de la Convention I et les articles 15, 17 et 40 de la Convention II utilisent une terminologie distincte : ces cinq dispositions utilisent les mots « opérations de la guerre », toutes à propos d'une situation particulière, à savoir celle qui prévoit que les États neutres qui recueillent des blessés, malades ou naufragés doivent le faire « *de manière qu'ils ne puissent pas de nouveau prendre part aux opérations de la guerre* ». On trouve également les termes « opération de guerre » à l'article 4 de la Convention II.

⁹¹⁴ On retrouve une formulation analogue aux articles 13 des Conventions I et II. De même, l'article 27 de la deuxième Convention emploie le terme « opération » sans autre qualificatif.

⁹¹⁵ Cet article, relatif aux *Transports spéciaux*, régit notamment les envois de secours en faveur des prisonniers de guerre et l'acheminement de leur correspondance ; et prévoit que si les opérations militaires ne permettent pas aux États de remplir leurs obligations à ce titre, le Comité international de la Croix-Rouge, entre autres, pourra prendre en charge les transports.

« opérations militaires » signifie « guerre », autrement dit dans le langage actuel une situation de violence qui serait qualifiée de conflit armé, international en l'occurrence. Cette interprétation est confirmée à l'occasion du commentaire de l'article 111 de la quatrième Convention de Genève – pendant, pour les civils, de l'article 75 pour les prisonniers de guerre – : « Cette dernière expression [les opérations militaires] doit s'entendre d'une manière large ; elle ne désigne pas seulement le mouvement des armées, mais les conséquences de ce mouvement et, d'une manière générale, les circonstances de la guerre active. »⁹¹⁶

L'article 20 de la Convention IV de Genève règlemente l'identification du personnel des hôpitaux, notamment dans les « zones d'opérations militaires », dont les commentateurs des Conventions de Genève ont proposé la définition suivante : « Par zones d'opérations militaires, on désigne en premier lieu la région où ont lieu les combats. Mais cette expression s'applique également aux régions dans lesquelles certains pouvoirs sont confiés à l'autorité militaire, et où il y a restriction à la circulation des civils, par exemple les régions dans lesquelles il y a des mouvements de troupes, **sans qu'il y ait de combats actifs**, et même celles où il n'y a pas actuellement de mouvements de troupes, mais dans lesquelles le commandement veut s'assurer la **possibilité** de faire de tels mouvements d'un instant à l'autre. »⁹¹⁷

Au commentaire de l'article 28 de la même Convention, la précision suivante est apportée : « [c]ette formule [les opérations militaires] vise ici l'ensemble des actes de guerre commis par les forces armées terrestres, aériennes ou maritimes de l'ennemi, qu'il s'agisse du bombardement sous toutes ses formes ou de l'attaque d'unités rapprochées. »⁹¹⁸ Précision extrêmement importante puisque la disposition en cause interdit l'emploi de personnes civiles en tant que ce que l'on qualifie aujourd'hui de boucliers humains. L'utilisation des civils à cette fin étant interdite pendant les « opérations militaires », il est absolument nécessaire de savoir très précisément ce que recouvrent ces opérations.⁹¹⁹

⁹¹⁶ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 497.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 176, nous soulignons.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p.224.

⁹¹⁹ On peut d'ailleurs noter ici que l'emploi du terme « hostilités » aurait été moins satisfaisant, dans la mesure où il aurait offert une protection moins large des personnes, puisque cette notion couvre un laps de temps moins important que les opérations militaires, voir en sens *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I. Il est en outre curieux de relever qu'alors que la troisième Convention de Genève prévoit la même disposition à l'égard des prisonniers de guerre (article 23 – *Sécurité des prisonniers*), les commentateurs n'ont pas jugé utile de définir à cet endroit ce qu'il faut entendre par « opérations militaires ». Certaines des précisions qu'ils apportent sont tout de même intéressantes au regard de leur appréhension de cette notion. Ils estiment en effet que « [l']interdiction d'utiliser les prisonniers en guise de bouclier conduit à les interner en dehors de tout objectif militaire, mais une distinction s'impose, entre les objectifs militaires proprement dits (concentrations de troupes, champs d'aviation, batteries de DCA, dépôts de munitions, stations de repérage, usines d'armement, industries lourdes, gares de triage, etc.) et les autres centres nerveux d'un pays qui, **sans être à caractère essentiellement militaire**, concourent forcément, par leur puissance économique, à accroître directement ou indirectement le potentiel de guerre. », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Commentaire, op.cit. note 39, p. 199,

L'article 51 paragraphe 7 du Protocole I, qui confirme le principe de l'interdiction des boucliers humains, emploie également la terminologie « opérations militaires » dans un sens révélateur. Aux termes de cette disposition, est interdit l'emploi de civils non seulement pour prodiguer une immunité aux « objectifs militaires », mais aussi en vue de « *de couvrir, favoriser ou gêner des opérations militaires* »⁹²⁰. Distinguer ainsi entre les objectifs militaires et les opérations militaires permet d'étendre le champ de la protection, et en particulier son champ temporel. Sauf ceux qui le sont par destination, par définition les objets qui étaient des objectifs militaires à un moment précis du fait de leur utilisation ou de leur emplacement peuvent perdre cette qualification en raison de l'évolution du conflit. Aussi, prévoir que les personnes ne doivent pas être utilisées pour couvrir les « opérations militaires », c'est la garantie de couvrir le plus de situations possibles, quelle que soit l'évolution des circonstances ; cela permet également d'englober des mouvements de troupes qui ne constituent pas à proprement parler des attaques et qui donc ne visent pas un objectif militaire prédéterminé.

Les dispositions relatives à l'encadrement du travail des personnes protégées par les Conventions de Genève contribuent à identifier ce que recouvre la notion d'« opération militaire ». L'article 50 de la troisième Convention n'utilise pas directement cette expression, mais prévoit une liste de tâches qui sont autorisées, c'est-à-dire des tâches qui sont réputées sans lien avec les opérations militaires. Or, le commentaire de cette disposition précise qu'il est difficile de savoir quand un prisonnier de guerre participe ou non à l'effort de guerre⁹²¹. La même affirmation sera répétée à propos de l'article 40 de la quatrième Convention, relatif lui aussi au travail : il est « [...] *difficile, étant donné la diversité des cas qui peuvent se présenter, de déterminer a priori la ligne de démarcation entre les activités qui sont ou non en relation directe avec la conduite des opérations militaires.* »⁹²² Cette appréciation laisse entrevoir combien les « opérations militaires » ont une acception large. Durant un conflit armé, la plupart des activités qui peuvent être entreprises sont en lien avec elles. Par ailleurs, l'histoire de l'article 51 de la quatrième Convention de Genève⁹²³, encore à propos du travail, révèle que les termes « opérations militaires » ont été choisis pour éviter toute controverse qu'avait pu susciter une expression adoptée dans le *Règlement de La Haye* de 1907 qui prohibait plus restrictivement « [...] *les travaux impliquant une participation des populations «aux opérations de*

nous soulignons, ce qui tend à confirmer que les opérations militaires couvrent un champ beaucoup plus large que les hostilités.

⁹²⁰ Article 51 par. 7.

⁹²¹ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire, op.cit.* note 39, p.

⁹²² Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit.* note 39, p. 273.

⁹²³ Cet article fait partie de la Section de la Convention relative à l'occupation. Il apparaît toutefois utile d'y faire référence ici en renfort de l'analyse d'autres dispositions connexes.

guerre contre leur patrie» [...] »⁹²⁴. Dès lors la terminologie « opérations militaires » entendait également couvrir un champ plus large et offrir une protection renforcée.

b) Les dispositions employant les termes « opération militaire » dans le premier Protocole additionnel

Le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève intègre les règles relatives à la conduite des hostilités jusqu'alors contenues dans le « droit de La Haye ». Les « hostilités » s'inscrivant dans le contexte plus large des « opérations militaires »⁹²⁵, cette dernière expression est abondamment employée dans cet instrument⁹²⁶. Les commentateurs ont donc eu à se prononcer de façon générale sur ce qu'il fallait entendre par ces termes.

Alors que l'article 3 est le premier à utiliser cette notion, il semble que les commentateurs aient mené leur réflexion sur ce point au moment de livrer leur interprétation de l'article 48. Cette précision, dans le contexte de cette recherche, est loin d'être anecdotique. Cela signifie en effet que la préoccupation de savoir ce que décrit cette expression n'est pas née à propos d'une disposition relative à l'applicabilité du droit international humanitaire dans le temps, mais à propos d'une disposition opérationnelle relative à la conduite des hostilités, puisque l'article 48 énonce le principe cardinal de distinction. La définition adoptée pour cette disposition n'a été qu'ensuite, semble-t-il, transposée au commentaire relatif à celle déterminant le cadre temporel de l'applicabilité du droit international humanitaire. Il en résulte deux considérations. La première confirme qu'à l'article 3 du Protocole le choix s'est porté sur des termes qui, bien que techniques, permettraient de

⁹²⁴ Voir en ce sens, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 319, nous soulignons.

⁹²⁵ Pour les développements relatifs à la distinction entre les notions d'« hostilités » et d'« opérations militaires », voir *infra* (III. ci-dessous).

⁹²⁶ Elle n'est pas la seule expression empruntée au langage militaire à être employée à de nombreuses reprises dans cet instrument. Aussi, afin d'éviter tout risque de confusion entre elles, un groupe mixte a été chargé lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977 de recommander « les termes qu'il conv[enait] d'utiliser pour couvrir les diverses situations militaires envisagées dans certain des articles des projets de Protocoles [...] et] les définitions [de ces] termes. », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève (1974-1977), Volume XV, Deuxième partie, Rapports de la Commission III, 553 p., p. 345. Or les termes recommandés et leurs définitions méritent d'être reproduits ici tant ils confirment que la notion d'« opérations militaires » est la plus large qui soit : « Zone de combat – Dans un conflit armé, cette expression désigne la zone où les forces armées des parties adverses [sont] réellement engagées dans le combat [...]. Zone de contact – Dans un conflit armé, cette expression désigne les zones où les éléments les plus avancés des forces armées des parties adverses sont au contact les unes des autres. Zone des opérations militaires – Dans un conflit armé, cette expression signifie le territoire où se trouvent les forces armées qui participent directement ou indirectement aux opérations militaires en cours. », *ibid.*, p. 351. Lues ensemble ces définitions attestent que les « opérations militaires » couvrent un champ très vaste. Alors que les autres notions renvoient nécessairement à une part d'affrontements entre des forces armées ennemies, les « opérations militaires » englobent des activités indirectes.

laisser une assez grande latitude au moment de leur mise en œuvre ; si les commentateurs sont elliptiques à cet endroit, c'est bien que, de concert avec les rédacteurs, ils entendaient laisser une marge d'appréciation importante à ceux qui auront ensuite à le faire respecter. Ne pas entrer dans le détail à l'occasion de la temporalité permet au Comité international de la Croix-Rouge, par exemple, ou à d'autres instances chargées de faire respecter le, ou de juger des violations du, droit international humanitaire, de se réserver par la suite la possibilité de prétendre étirer considérablement dans le temps l'applicabilité du droit international humanitaire ou à l'inverse de considérer très vite que le droit international humanitaire cesse de s'appliquer lorsque c'est préférable pour les personnes protégées par ce droit. Cette solution, peut-être satisfaisante du point de vue de la protection, laisse toutefois le juriste sur sa faim, lui qui affectionne les concepts clairs et qui se rassure de pouvoir déterminer avec certitude les effets d'une norme. La seconde observation qui vient à l'esprit une fois ce constat établi confirme qu'il est opportun d'examiner les autres dispositions qui mentionnent ces termes. Examiner le contexte dans lequel s'inscrivent les autres dispositions du droit international humanitaire recourant à ce concept contribue à faire la lumière sur ce qu'il faut entendre par cette notion.

Toujours est-il que le commentaire de l'article 48 fait appel aux dictionnaires⁹²⁷ pour fixer les contours des « opérations militaires ». C'est d'ailleurs ce qui laisse à penser que c'est à cette occasion que la réflexion a été menée, car on ne retrouve ces références nulle part ailleurs dans le commentaire du premier Protocole additionnel⁹²⁸. La conclusion qu'en tirent les commentateurs aux fins du droit international humanitaire est la suivante : « [...] on entend par « opérations militaires » tous les mouvements et actions en rapport avec les hostilités accomplis par les forces armées »⁹²⁹. Ils en profitent d'ailleurs pour préciser qu'en ce qui concerne le mot « opération », employé seul, « [...] il s'agit bien d'opérations militaires au cours desquelles on recourt à la violence et non pas de campagnes idéologiques, politiques ou religieuses. Pour des raisons qui ne

⁹²⁷ En effet, en note de bas de page, en soutien à leur argumentaire, on trouve la mention suivante : « P.-E. Littré, 'Dictionnaire de la langue française', Monte-Carlo, 1959, tome 3, p. 4203: « mouvement d'attaque ou de défense d'une armée qui agit » ; 'Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse', 1984, tome 7, p. 7592: « ensemble des combats et des manœuvres de toute sorte exécutés par des forces militaires dans une région déterminée en vue d'atteindre un objectif précis » ; P. Robert, 'Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française', Paris, 1971, tome 4, p. 746: « ensemble de mouvements, de manœuvres, de combats qui permet d'atteindre un objectif, d'assurer la défense d'une position, le succès d'une attaque ». », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 611, note de bas de page 13.

⁹²⁸ En note de bas de page, les auteurs renvoient à la lecture du commentaire de l'article 51 § 1, mais il semble bien que ce soit une référence croisée, puisque le commentaire de l'article 51 § 1 renvoie lui-même à l'article 48, et que c'est à l'occasion de l'article 48 que la définition a été posée.

⁹²⁹ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 610-611, § 1875.

résultent pas des débats de la Conférence diplomatique, on a omis d'accompagner le mot «opérations» du qualificatif «militaires», mais, en vérité, c'est bien comme cela qu'il faut comprendre ce terme. »⁹³⁰ À cet égard, il est précisé plus loin, à propos de l'article 49 paragraphe 3 qui emploie également le mot opération sans autre qualificatif, qu'« [i]l est manifeste que par «opération», il faut entendre opération de guerre - d'ailleurs le texte espagnol parle de «operación de guerra» -, c'est-à-dire une opération presque toujours militaire [...] » et que « le texte anglais n'a pas été modifié et le mot «warfare» a été maintenu [...] »⁹³¹. Outre que cette précision confirme que le mot opération doit s'entendre au sens de « opération militaire », elle révèle les aléas inhérents aux divergences de traduction qui peuvent exister à l'issue d'une Conférence diplomatique.

Ailleurs dans le commentaire, cette définition est reprise avec parfois quelques aménagements subtils. Pour ce qui concerne l'article 3 comme les articles 56 paragraphe 2 et 57 paragraphe 1 du Protocole, par exemple : « On entend par "opérations militaires" les déplacements, manœuvres et actions de toute nature, effectués par les forces armées en vue des combats »⁹³². La précision « en vue du ou des combats » permet de comprendre comment il faut entendre l'expression « opérations militaires » en droit international humanitaire, c'est-à-dire des actions qui ne sont pas nécessairement les combats eux-mêmes mais qui y sont tout au moins connexes. En effet les « opérations militaires » peuvent se produire à d'autres moments que « en vue des combats », voire à des moments sans lien avec des combats en dehors de tout conflit armé⁹³³. Si tel est le cas, elles sont exclues du champ d'application du droit international humanitaire.

Le commentaire des article 51 paragraphe 1 et 60 paragraphe I se réfère à la définition dégagée à l'article 48 mais propose une formulation quelque peu aménagée : « [...] le terme «opérations militaires», [...] signifie tous les mouvements et actions en rapport avec les hostilités accomplis par les forces armées » et précise qu'« [u]n groupe mixte de la Conférence diplomatique a donné de l'expression «zone des opérations militaires» la définition suivante : «dans un conflit armé, cette expression signifie le territoire où se trouvent les forces armées qui participent directement ou indirectement aux opérations militaires en cours» »⁹³⁴.

⁹³⁰ *Ibid.* p. 610, § 1875.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 619, § 1899.

⁹³² *Ibid.*, pp. 67, 689 et 698, §§ 152, 2161 et 2191, respectivement, notes de bas de pages omises. Le commentaire de l'article 56 2. a) renvoie expressément au commentaire de l'article 48 pour la compréhension de la notion.

⁹³³ Voir *infra* (B. ci-dessous) les développements issus de l'interprétation que les manuels militaires font de ce concept.

⁹³⁴ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 631 et 728, §§ 1936 et 2304, respectivement.

Enfin, le commentaire de l'article 44 paragraphe 3 du premier Protocole additionnel ne dit rien de la notion. Pourtant celle-ci prévoit que les combattants doivent se distinguer de la population civile, notamment lors d'une « *opération militaire préparatoire d'une attaque* ». Aussi si les hostilités sont les attaques, et font donc en tant que telles partie intégrante d'une opération militaire, les opérations militaires de façon générale englobent non seulement ces attaques, mais également tous les éléments qui concourent à la préparation de cette attaque et les conséquences de cette attaque. On dit bien participation directe aux *hostilités* pour distinguer le temps pendant lequel on peut légitimement attaquer une personne que le droit humanitaire protège en dehors de ce laps de temps. Bien que la notion ait été considérablement élargie⁹³⁵, il n'en reste pas moins qu'on ne dit toujours pas participation directe aux *opérations militaires*, qui engloberait une période de temps bien trop vaste pendant laquelle des personnes habituellement immunes d'attaque pourraient en faire l'objet.

Il paraît finalement opportun de mentionner que le commentaire du Protocole additionnel II adhère à la définition dégagée par les commentateurs du premier Protocole puisqu'il propose pour l'article 13 : « *Les opérations militaires désignent les mouvements ou les manœuvres de forces armées ou de groupes armés en action. Elles font courir à la population civile deux types de risques ; d'une part, celui des attaques, de l'autre, les effets d'attaques qui l'atteindraient incidemment.* »⁹³⁶ Cette interprétation reprend ce qu'avait exprimé le délégué du Comité international de la Croix-Rouge lors de la Conférence diplomatique qui allait conduire à l'adoption des Protocoles additionnels, lequel mentionnait les « *attaques ou les opérations militaires dirigées contre la population civile* »⁹³⁷ pour les interdire, ou les effets de ceux-ci pour les limiter. Le fait qu'il distingue ces deux notions confirme qu'elles ne recouvrent pas la même réalité et semble aller dans le sens que les « opérations militaires » ont une conception plus large que les « attaques » *stricto sensu*. Plus encore, ce représentant du Comité international de la Croix-Rouge précise ensuite qu'à chacune des notions « acte d'hostilité » et « opération militaire » correspond une définition qui lui est propre. La première signifierait « *acte de guerre que sa nature ou son but destine à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées de l'adversaire* »⁹³⁸, la seconde « *les mouvements d'attaque ou de défense de forces armées en action* »⁹³⁹.

⁹³⁵ Voir en ce sens, Nils MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2010, 88 p.

⁹³⁶ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1471, § 4769.

⁹³⁷ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XIV, op. cit. note 911, p. 14, § 4, nous soulignons.

⁹³⁸ *Ibid.*, pp. 14-15, § 8.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 15, § 8.

À cet égard, il convient de souligner qu'il s'exprime en l'occurrence à propos à la fois du Protocole I et du Protocole II. Ainsi il ne fait aucune différence entre le sens de ces notions, qu'elles soient utilisées dans l'un ou l'autre de ces instruments.

Si chacune des dispositions se référant à la notion d'« opération militaire » comporte les spécificités qui lui sont attachées, l'analyse successive de chacune d'elle permet toutefois d'affirmer qu'il se dégage une tendance : ce concept a une compréhension extrêmement large, ce que les interprétations qui ont pu en être faites ne démentent pas. Bien que le recours aux dictionnaires permette aux commentateurs des Protocoles additionnels d'adopter une vision transversale de la notion, il apparaît néanmoins nécessaire de préciser davantage ce que sont ces mouvements ou manœuvres de forces armées lorsqu'on cherche à déterminer le moment à partir duquel on peut considérer qu'elles sont terminées. Il est donc nécessaire d'explorer d'autres pistes, parmi lesquelles l'étude des manuels ou doctrines militaires tient une place privilégiée à un double titre. D'abord parce que l'apparition de règles dans la guerre est en partie le résultat de ceux qui se livraient aux combats eux-mêmes, c'est-à-dire des militaires, et que la codification contemporaine du droit international humanitaire a systématiquement associé les corps armés aux débats menant à l'adoption de nouvelles normes⁹⁴⁰, et continue de le faire aujourd'hui⁹⁴¹ ; ensuite parce que ceux qui doivent mettre en œuvre le droit international humanitaire pendant les conflits armés sont, au premier chef, les militaires eux-mêmes.

B) L'utilisation de l'expression « opérations militaires » dans certains manuels militaires

La portée des manuels militaires des forces armées fait l'objet de controverses. Ces publications sont vues par certains comme « *des preuves solides de la pratique étatique individuelle du droit des conflits armés de l'État qui les édictent* »⁹⁴², alors que d'autres considèrent qu'« *un manuel militaire formule souvent (et à juste titre) les exigences applicables à l'État en question en application des traités auquel il est*

⁹⁴⁰ À la Conférence diplomatique de 1949, par exemple, on comptait 23% de membres des forces armées à des grades divers, parmi les membres des délégations présentes ; notre comptabilité, selon la liste des délégués établie dans *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome I, 381 p.

⁹⁴¹ Aux réunions d'experts organisées notamment par le Comité international de la Croix-Rouge, non seulement gardien du droit international humanitaire, mais chargé de sa réaffirmation et de son développement sont généralement conviés des représentants des corps armés, voir en ce sens par exemple la liste des experts qui ont participé aux réunions relatives à l'occupation, *supra* note 373.

⁹⁴² Earle A. PARTINGTON, « Manuals on the Law of Armed Conflict », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 30 septembre 2012, § 4, nous traduisons. L'auteur ajoute plus encore que « *[c]e qui est important ici, c'est que ces manuels sont approuvés par les dirigeants politiques et militaires des pays qui les édictent au plus haut niveau.* »

partie »⁹⁴³. L'objet de ces lignes n'est pas de trancher ce débat, il était toutefois nécessaire de replacer le contexte qui entoure ces documents avant de se livrer à l'analyse. Dans le cadre de la présente recherche, examiner le sens ordinaire que certaines forces armées donnent à la notion d'« opération militaire » a pour but d'en déduire ensuite la conception qu'il convient d'en retenir en droit international humanitaire, dans l'optique de déterminer enfin ce que signifie la « *fin générale des opérations militaires* ». Or, selon l'appréciation qu'en font les forces armées citées en exemple ci-après, il apparaît que le concept d'« opération militaire » est vaste.

La définition que propose le manuel militaire tchèque de ce que sont les opérations militaires est extrêmement claire : « *Les opérations militaires représentent la méthode basique de l'utilisation concentrée et coordonnée des forces armées dans un lieu et pendant un moment donnés. [...] Les opérations militaires peuvent être exécutées en temps de paix, de crise ou de guerre, et leur caractère est influencé en particulier par l'environnement sécuritaire dans lequel elles sont menées.* »⁹⁴⁴ Ce même manuel se livre ensuite à une classification des opérations militaires particulièrement didactique. Celles-ci peuvent en effet être des « *opérations de combat* », des « *opérations de non-combat [non-combat operations]* », des « *opérations spéciales* », des « *opérations d'information* » ou des « *opérations psychologiques* »⁹⁴⁵. Le manuel détaille chacune d'elle mais, sans qu'il soit nécessaire d'en faire une analyse fouillée, on constate que, au-delà de la nature de ces opérations, certaines n'impliquent pas un emploi direct de la force armée. Les « *opérations psychologiques* » par exemple, sont des « *activités menées en temps de paix, en temps de crise et de guerre. Elles sont dirigées vers les forces armées et la population d'un adversaire dans d'autres pays avec le but d'influencer leurs attitude et conduite pour atteindre des objectifs politique et militaire. Elles incluent stratégie, combat et activités psychologiques consolidées.* »⁹⁴⁶ Par conséquent, non seulement des opérations militaires peuvent être menées en temps de paix mais encore, lorsqu'elles se déroulent en temps de conflit armé peuvent inclure notamment la stratégie. Si la planification et la stratégie

⁹⁴³ John B. BELLINGER III et William J. HAYNES II, « A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866, 2007, pp. 443-471, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 44, CICR, *Droit international humanitaire coutumier*, pp. 770-814, p. 797. John B. Bellinger et William J. Jones ajoutent que « *[l]es dispositions de manuels militaires conçus pour mettre en œuvre des dispositions de traités ne démontrent pas que les règles contenues dans des traités s'appliqueraient hors de ce contexte, en tant que dispositions de droit international coutumier.* » *Ibid.* Pour l'intégralité de la discussion entre le Comité international de la Croix-Rouge et le gouvernement américain autour de la normativité des manuels militaires, voir l'ensemble du cas.

⁹⁴⁴ *Doctrine of the Armed forces of the Czech Republic*, 2004, 144 p., disponible en ligne sur : http://www.army.cz/images/id_5001_6000/5766/ACR_Doctrine2004.pdf, dernier accès le 15 février 2012, p. 18, § 15, nous traduisons.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 26, §§ 29-32, nous traduisons.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 27, § 31, nous traduisons.

militaires de façon générale font partie des opérations militaires, on constate que des opérations militaires peuvent très bien se dérouler sans emploi direct de la force armée. Cette hypothèse est confirmée par la distinction entre les « opérations de combat », qui sont celles « *dans lesquelles des homologues tentent d'atteindre leurs objectifs par le combat, en utilisant les armes* »⁹⁴⁷ et les « opérations de non-combat [non-combat operations] » qui sont celles « *dans lesquelles la main d'œuvre et les ressources des forces armées sont employées sans l'utilisation calculée de la force (armes et munitions)*. »⁹⁴⁸ Les opérations militaires recouvrent à la fois des opérations qui impliquent nécessairement l'usage de la force armée et celles qui, sans l'exclure, ne le prévoient pas expressément. Les « opération de non-combat [non-combat operation] » n'excluent pas l'emploi de la force armée, mais seulement un emploi *calculé*, c'est-à-dire planifié, de la force⁹⁴⁹. Il en résulte que les forces armées peuvent être amenées à faire usage de leurs armes, alors que cela n'était pas initialement prévu, lors d'opérations militaires de cette nature. En conséquence, transposée au droit international humanitaire, l'emploi de l'expression « opérations militaires » permet d'inclure des situations dans lesquelles les forces armées sont impliquées sans qu'elles aient nécessairement recours à la force armée, tout en prenant en considération l'éventualité de l'usage de cette force armée, usage de la force armée auquel s'appliquerait les normes de droit international humanitaire. Ainsi, « *[d]ans une situation d'urgence, les armes peuvent être utilisées même à l'occasion d'une opération de non-combat [non-combat operation], en particulier pour la légitime défense de troupes attaquées alors qu'elles effectuent des tâches de non-combat [non-combat tasks] ou pour protéger la population civile attaquée par les armes* »⁹⁵⁰.

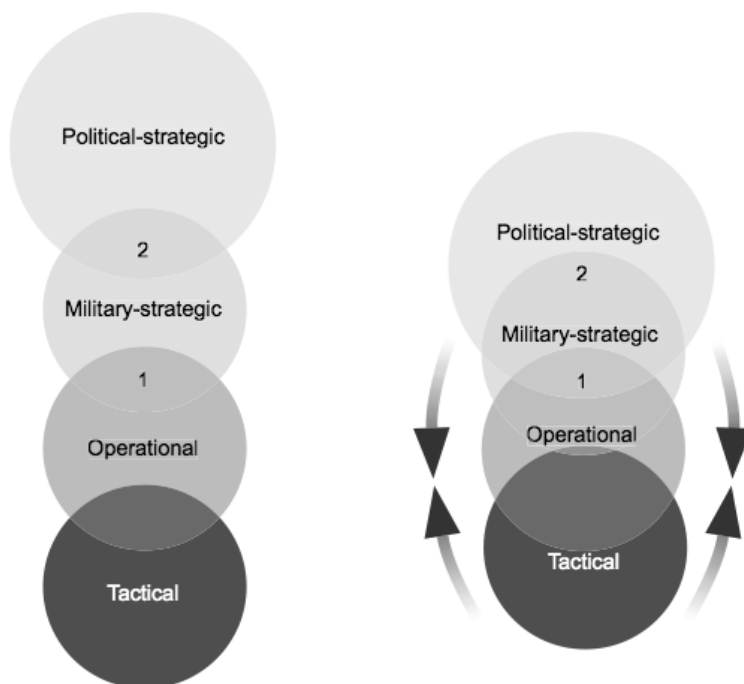
Si seule la doctrine militaire tchèque donne une définition tout autant claire qu'opérative de ce qu'il faut entendre par « opérations militaires », toutes les forces armées dans leurs manuels, d'après toutes les doctrines militaires qu'il a été possible de consulter dans le cadre de cette recherche, distinguent entre au moins trois niveaux d'opérations militaires : stratégique, opérationnel et tactique. Le schéma suivant permet de bien visualiser la conception de ces notions par les forces armées et de saisir ainsi combien elles sont imbriquées entre elles, ce qui a des répercussions sur la façon dont il faut les concevoir :

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 26, § 29, nous traduisons.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 26, § 30, nous traduisons.

⁹⁴⁹ Sans entrer dans le détail des opérations de non-combat, il est tout de même intéressant de souligner que la doctrine tchèque va dans le sens de la définition du conflit armé proposée plus haut dans ces lignes, lorsque dans un encadré elle souligne que : « *La différence significative entre les opérations de combat et de non-combat, mises en évidence ci-dessus, est qu'elles sont conduites avec l'approbation du gouvernement légitime ou avec l'approbation des représentants des parties en litige sur le territoire. Cette exigence d'approbation ne signifie pas que le commandant d'une force de paix ne peut pas faire usage de ses armes (force) dans des conditions prédéterminées.* », *Doctrine of the Armed forces of the Czech Republic*, op. cit. note 944, p. 26, § 30, nous traduisons.

⁹⁵⁰ *Doctrine of the Armed forces of the Czech Republic*, op. cit. note 944, p. 26, § 30, nous traduisons.



Examples of shifts in the levels of warfare

The orange area represents all activity which has military-strategic purposes, but within areas 1 and 2 also activity which has a direct impact on the operational and political-strategic levels respectively. The right-hand part of the picture illustrates how the overlap between the levels of warfare may change. The strictly military-strategic activity has contracted and has almost entirely direct political-strategic or operational effect. Some operational activity also has direct political-strategic consequences

Source : Manuel militaire suédois⁹⁵¹

L'étude des activités qui peuvent être entreprises par les forces armées à ces différents niveaux donnent ainsi quelques indicateurs de ce qu'il faut entendre par « opérations militaires » et confirme que cette notion couvre un très large spectre. La doctrine militaro-stratégique suédoise s'inscrit dans cette logique. Au chapitre dédié aux opérations militaires, celles-ci sont en effet décrites comme étant des « *missions militaires menées par des unités des forces armées au niveau militaro-stratégique, opérationnel et tactique* »⁹⁵². Or, s'il est évident que les opérations militaires se déroulent dans la phase « opérationnelle » d'un déploiement militaire, il est là encore bien spécifié

⁹⁵¹ Swedish Armed Forces, *Military-Strategic Doctrine*, Stockholm, 2002, 154 p., p. 103, nous traduisons, disponible en ligne sur : http://pksoi.army.mil/doctrine_concepts/documents/Sweden/militarydoctrine_2002.pdf, dernier accès le 15 février 2012, p. 73.

⁹⁵² *Ibid.*

qu'elles peuvent avoir lieu durant les phases stratégique et tactique, lesquelles n'emportent pas nécessairement recours à la force armée. Le droit international humanitaire sera pourtant applicable durant ces trois phases indistinctement, pour autant que la situation qui est à l'origine de ce déploiement puisse recevoir la qualification de conflit armé au sens du droit international humanitaire. Ce même manuel militaire précise à cet égard que les « [u]nités militaires peuvent également conduire des opérations qui n'incluent pas principalement des combats. [...] Cette activité peut s'illustrer par des opérations humanitaires, activités de secours, actions de consolidation de la paix ou opérations d'évacuation, et peuvent être menées durant toutes les phases d'un conflit ou en parallèle d'une guerre et ses multiples phases »⁹⁵³.

Un dernier exemple peut être mis en avant pour conclure sur cette notion. La doctrine militaire néo-zélandaise schématise le cadre dans lequel des opérations militaires peuvent être menées et va dans le sens d'activités qui nécessitent l'usage de la force armée, mais pas uniquement. Les opérations de combat sont distinguées des opérations de soutien et de stabilisation. Les premières sont bien entendu celles qui répondent à la définition d'« opérations militaires dans lesquelles l'usage ou la menace de l'usage de la force, dont la force létale, est essentielle pour imposer sa volonté sur un adversaire ou pour accomplir une mission »⁹⁵⁴. Il est intéressant de noter au passage l'incise « dont la force létale » dans cette phrase qui permet de créer une distinction dans cette définition. Ainsi, l'« usage de la force » inclut l'« usage de la force létale » mais n'est pas que cela. Ceci confirme que lorsqu'on parle d'usage de la force, il faut entendre non seulement la capacité de tuer ou blesser, et également, bien sûr, la destruction de biens, mais aussi l'usage de son autorité afin de mettre en œuvre une mission. Les opérations de soutien et de stabilisation quant à elles sont décrites comme incluant « à la fois des actions coercitives et de coopération. Elles peuvent se produire, avant, pendant, et après des opérations de combat offensives et défensives, ou en tant qu'objectif principal d'une campagne. [...] Les opérations de stabilisation et de soutien peuvent comprendre des combats dans le cadre de la

⁹⁵³ Swedish Armed Forces, *Military-Strategic Doctrine*, op. cit. note 951. Il faut ici préciser que la doctrine militaire suédoise, comme de nombreuses autres, prodigue une étrange typologie de « niveaux de conflits » : la paix (pendant laquelle des « conflits peuvent également se produire [...] mais sont souvent résolus grâce à des moyens non militaires, par exemple au travers de négociations ») le conflit armé (« caractérisé par la menace ou l'emploi effectif de la force ») et la guerre (qui « [d]ans le langage de tous les jours [...] est souvent décrite comme un conflit illimité [sic] où la survie de la nation est en danger et où de larges parts des ressources de la société sont impliquées »). Pour surprenante que soit cette hiérarchisation, elle est toutefois sans conséquence sur l'applicabilité du droit international humanitaire pendant les phases identifiées ici comme le « conflit armé » et la « guerre » puisque le manuel précise par ailleurs que « [l]e droit de la guerre gouverne les formes dans lesquelles la guerre **et** les conflits armés peuvent être menés » *ibid*, nous traduisons, nous soulignons.

⁹⁵⁴ New Zealand Defence Force, *Foundations of New Zealand Military Doctrine*, NZDDP-D, 2008, 123 p., § 5.17, p. 5-7, nous traduisons, disponible en ligne sur : <http://www.nzdf.mil.nz/public-documents/nzddp/default.htm>, dernier accès le 15 février 2012.

stabilisation globale »⁹⁵⁵. Par conséquent, ces dernières sont bien des opérations militaires, mais qui n'impliquent pas nécessairement l'emploi de la force létale.

Cette analyse de ce que sont les « opérations militaires » contribuera à déterminer quand la « *fin générale des opérations militaires* » se produit et par conséquent quand le droit international humanitaire des conflits armés internationaux cesse d'être applicable. Mais avant de parvenir à cette conclusion, il convient d'examiner ce qu'il en est pour les conflits armés non internationaux. Si le droit international humanitaire applicable dans ces situations contient certaines spécificités qui leurs sont inhérentes, il s'avère que la conclusion est la même pour ce qui concerne l'ensemble du droit international humanitaire au moment de constater la fin générale de son applicabilité.

§ II. Les éléments de fait mettant fin à l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux

Conventionnellement, ni l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ni le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève ne comporte de disposition relative à leur applicabilité temporelle générale. L'article 3 commun se contente de prévoir qu'il s'applique en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et le Protocole II n'apporte que quelques précisions succinctes à propos de l'applicabilité de certaines de ses dispositions, à savoir des articles 5 et 6 relatifs à la détention, en énonçant, dans une syntaxe singulière, que les personnes privées de liberté devront pouvoir bénéficier des protections offertes par ces dispositions « *[à] la fin du conflit armé [...] jusqu'au terme de cette privation ou de cette restriction de liberté.* » Or, en premier lieu, cette précision ne vaut que pour deux dispositions particulières, pas pour l'applicabilité du Protocole de façon générale, et, en deuxième lieu, ce paragraphe porte en lui même une ambiguïté puisqu'il parle à la fois du moment correspondant à la « fin du conflit armé » et du moment correspondant à la fin de la détention, les deux ne coïncidant pas nécessairement⁹⁵⁶.

L'affirmation la plus récente relative à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux se trouve une nouvelle fois dans la jurisprudence *Tadić*, toujours au paragraphe 70 de

⁹⁵⁵ *Ibid.*, § 5.18, p. 5-7, nous traduisons.

⁹⁵⁶ Pour ce qui concerne la fin de son applicabilité spécifique, en fonction de la situation des personnes une fois la fin du conflit armé constatée, quels que soient les critères retenus, voir *infra* (Titre II, Chapitre II, Section II) les développements relatifs à la libération qui s'appliquent par analogie à la fin des mesures privatives de liberté évoquées au paragraphe 2 de l'article 2 du deuxième Protocole additionnel.

l'arrêt de 1995, lequel affirme que les conflits armés non internationaux prennent fin lorsque les parties atteignent « *un règlement pacifique*. »⁹⁵⁷ Avant cette affirmation, cette conception avait déjà eu l'occasion de s'exprimer en d'autres termes (A). Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie confirme donc que la disparition des critères ayant conduit à la qualification du conflit armé non international n'est pas le facteur déterminant de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire (B).

A) *La persistance de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux malgré la disparition des critères ayant déclenché son applicabilité*

Puisque l'article 3 commun est réputé s'appliquer dans un conflit armé ne présentant pas un caractère international aux deux conditions cumulatives que les groupes armés présentent un niveau d'organisation suffisant et que l'intensité de la violence atteigne un certain seuil, on pourrait considérer que si l'organisation du groupe présente des faiblesses ou si l'intensité de la violence décroît progressivement il peut arriver un moment où le droit international humanitaire va cesser de s'appliquer, la situation ne pouvant plus être qualifiée de conflit armé. De la même manière, puisque le deuxième Protocole est mis en œuvre à deux conditions cumulatives, dont l'une en contient deux sous-jacentes⁹⁵⁸, on pourrait considérer que si le commandement responsable du groupe armé est affecté, ou si le contrôle du territoire est si mouvant que les insurgés ne sont plus en mesure que de mener des activités militaires sporadiques ou deviennent incapables de respecter les dispositions contenues dans le Protocole, cet instrument ne trouve plus à s'appliquer⁹⁵⁹, laissant éventuellement la place à l'article 3 commun seul, si les conditions de ce dernier sont toujours réunies, ou à l'inapplicabilité pure et simple du droit international humanitaire en raison de la disparition du conflit armé.

Le commentaire du deuxième Protocole prend un contre-pied magistral de ce raisonnement. Il estime en effet qu'« *[i]l faut logiquement [sic] [...] déduire [du fait que le texte ne contient aucune précision] que les règles relatives aux affrontements armés n'ont plus lieu de s'appliquer à l'issue des hostilités, tandis que*

⁹⁵⁷ TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 70. Formulation reprise par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, op. cit. note 265, § 565.

⁹⁵⁸ L'existence d'un commandement responsable et le contrôle du territoire, cette dernière condition devant permettre aux insurgés de mener des activités militaires continues et concertées et de respecter le Protocole. Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre II, Section I.

⁹⁵⁹ En ce sens, Dietrich SCHINDLER, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », op. cit. note 86, qui estime par conséquent que « *durant un conflit donné, la question de l'applicabilité du Protocole II pourrait être répondue de manière variable, en fonction des circonstances*. » p. 148, nous traduisons. Dans le même sens, Djamchid MONTAZ, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », op. cit. note 275, p. 50.

les garanties fondamentales reconnues aux personnes privées de liberté [...] »⁹⁶⁰ continuent de s'appliquer tant que les mesures privatives de liberté n'ont pas pris fin. Si c'est la notion d'hostilités qui est utilisée dans le commentaire, là où le concept de « *fin générale des opérations militaires* » aurait été préférable⁹⁶¹, il n'en demeure pas moins que le principe est posé. Ce n'est pas l'étiollement de l'organisation du groupe armé ou son incapacité à appliquer le Protocole, par exemple, qui est déterminante de la fin de l'applicabilité de cet instrument, mais la fin des affrontements armés, s'exprimeraient-ils par un niveau de violence très abaissé. Autrement dit, le parallélisme des formes n'opèrerait pas pour ce qui concerne le début et la fin des conflits armés non internationaux. Le conflit peut continuer, et donc le droit international humanitaire s'appliquer, même si l'intensité de la violence baisse ou si l'organisation du groupe présente des défaillances. Il en résulte qu'une situation ne répondant plus objectivement à la qualification de conflit armé non international pourrait voir se poursuivre l'applicabilité du droit international humanitaire, pour autant qu'elle ait à un moment donné reçu cette qualification. Plus encore, on peut se poser la question de l'opportunité de cette théorie dès lors qu'elle permet que le Protocole II continue d'être opposable à un groupe armé simplement parce qu'à un certain moment il a été en mesure de le respecter.

Si l'on adhère à la logique mise en lumière par le commentaire du Protocole II, il y a tout lieu de l'appliquer également aux situations couvertes par l'article 3 commun. Du reste, la jurisprudence pénale internationale, qui s'est développée sur les fondements de cette disposition, s'inscrit dans cette tendance.

⁹⁶⁰ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1384, § 4492.

⁹⁶¹ D'ailleurs, comme le commentaire le précise lui-même, « *[u]n amendement, qui n'a pas été retenu, proposait que l'application du Protocole cesse «à la fin générale des opérations militaires»* », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1384, note de bas de page 11. En effet, la délégation brésilienne avait proposé un article tout entier dédié au champ d'application temporelle du Protocole II, mais surtout dans le sens que « *le projet de Protocole II ne [reçoive] d'application que si la Haute Partie contractante a l'assurance que les conditions mentionnées dans ce Protocole ont été remplies* », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, op. cit. note 85, p. 312, § 7. Le texte de l'amendement brésilien, référencé CDDH/I/79 est disponible dans *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume IV, Tableau des amendements aux projets de Protocoles additionnels, deuxième partie, 299 p., p. 12. C'est donc plus le début de l'applicabilité qui pose problème à cette représentation gouvernementale que sa fin. Sans plus de détails sur ses intentions on peut toutefois affirmer qu'il est probable que le délégué brésilien ait proposé dans son amendement une formulation qui rappelle la terminologie des conflits armés internationaux, c'est-à-dire la fin générale des opérations militaires, par souci d'uniformité. Il est regrettable que le commentaire n'en fasse pas autant et utilise en l'occurrence la notion d'hostilités. Sur cette notion, voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

B) La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux en raison de la pacification de la situation

Dans l'affaire *Tadić*, le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie considère clairement que c'est le « *règlement pacifique* » de la situation qui marque le coup d'arrêt de l'applicabilité du droit international humanitaire, non pas la disparition graduelle des critères qui ont concouru à la caractérisation du conflit armé non international et donc au début de l'applicabilité du droit international humanitaire.⁹⁶² Le juge de La Haye ont eu l'occasion de réitérer explicitement cette position, laquelle peut certainement se lire de façon la plus magistrale dans leur jugement relatif à l'affaire *Haradinaj* : « *selon la définition Tadić, un conflit armé interne se poursuit jusqu'au règlement de paix. [...] La Chambre n'a donc pas à s'enquérir des variations d'intensité du conflit armé pendant le reste de la période considérée.* »⁹⁶³ Il se confirme donc, qu'au sens du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, la fin des conflits armés non internationaux, et avec elle la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire attaché à ces situations, se produit lorsqu'au sens matériel du terme un « *règlement pacifique* » de la situation est atteint.⁹⁶⁴

À cet égard, le raisonnement de la Chambre de première instance dans le jugement *Gotovina* mérite d'être relevé. Dans cette affaire, les juges entendaient répliquer à un argument de la défense qui avait initialement pris pour acquis, dans ses conclusions, que la situation en cause était un conflit armé non international, puis qui avait par la suite évoqué, dans sa plaidoirie, la même situation comme étant un conflit armé international.⁹⁶⁵ Les juges choisissent de répondre sur le terrain du conflit armé international. Ils conservent toutefois comme point de départ les éléments constitutifs du conflit armé non international. Ce qui les conduit à produire l'affirmation selon laquelle ils « *compre[n]ent* » que la soumission de la défense de Markač est que le conflit était terminé du fait d'une diminution drastique du niveau d'intensité, et/ou du niveau d'organisation de l'un de ses participants, dont il résulte l'inapplicabilité du droit international humanitaire. Cette position ne reflète pas fidèlement le droit. En tant que règle, la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 cesse de s'appliquer à la fin

⁹⁶² TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias "Dule"*, op. cit. note 152, § 70.

⁹⁶³ TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimi*, op. cit. note 584, § 100. Dans le même sens, TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač, Zoran Vuković*, Affaires n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Chambre d'appels, arrêt, 12 juin 2002, § 57 ; TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković, Johan Tarčulovski*, op. cit. note 55, § 293.

⁹⁶⁴ Voir également sur ce point *supra*, à propos des accords de paix, Titre II, Chapitre I, Section I.

⁹⁶⁵ Voir en ce sens la constatation de la Chambre : « *Dans son mémoire final, la défense de Markač place ses arguments dans le cadre d'un conflit armé non international, mais les a partiellement étendus à un conflit armé international dans ses arguments conclusifs lors de sa plaidoirie.* », TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, op. cit. note 778, vol. II, § 1694, nous traduisons, note de bas de page non reproduite.

générale des opérations militaires. »⁹⁶⁶ Le raisonnement de la Chambre est donc empreint d'ambiguïté dès son postulat. Elle commence en effet par évoquer une baisse d'intensité et/ou de l'organisation – comme l'avait fait la défense initialement, c'est-à-dire les éléments caractéristiques du conflit armé non international, pour finalement conclure sur l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève, c'est-à-dire une Convention dont le champ d'application relève des conflits armés internationaux. Soit il fallait se placer sur le terrain du conflit armé non international et examiner les conséquences de la disparition de ses éléments constitutifs au regard de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, soit il fallait se placer sur le terrain du conflit armé international et éventuellement s'interroger sur les dispositions pertinentes des Conventions de Genève. Mais, prendre comme point de départ de l'analyse le droit international humanitaire applicable dans les conflits armés non internationaux pour conclure en utilisant des dispositions contenues dans un instrument applicable dans les conflits armés internationaux ajoute de la confusion. La conclusion de la Chambre est toute entière fondée sur les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés internationaux, il est donc difficile d'en retirer quelque position que ce soit au regard de l'éventualité de la disparition des éléments constitutifs du conflit armé non international comme élément déterminant la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire applicable dans ces situations. Abstraction faite toutefois de la référence à la quatrième Convention de Genève, il semble cependant que la Chambre dans cette affaire s'inscrit dans la ligne dégagée précédemment par le Tribunal. Dire que la position selon laquelle une baisse d'intensité ou de l'organisation emporte l'inapplicabilité du droit international humanitaire ne « *reflète pas fidèlement le droit* », c'est bien reconnaître que ces deux éléments sont utiles pour constater la survenance d'un conflit armé non international, mais pas pour constater sa disparition. De même, les juges utilisent explicitement le concept de « *fin générale des opérations militaires* », marquant de nouveau la fin des événements dans leur globalité. Enfin, un *dictum* se situant dans ce passage du jugement, qui lui ne fait plus aucune référence à la nature du conflit armé, internationale ou non. La Chambre en profite en effet pour poser que : « *[u]ne fois que le droit des conflits armés est devenu applicable, on ne devrait pas conclure à la légère que son applicabilité cesse. Autrement, les participants à un conflit armé pourraient se trouver dans une porte tambour entre applicabilité et non applicabilité, conduisant à un degré considérable d'incertitude et de confusion.* »⁹⁶⁷ Ce dernier argument de sécurité

⁹⁶⁶ TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, op. cit. note 778, vol. II, § 1694, nous traduisons, note de bas de page non reproduite. Elle ajoute même : « *Toutefois, la Chambre d'appel a souligné que les Conventions de Genève contiennent un langage laissant entendre que leur application peut s'étendre au-delà de la cessation des combats.* », ce qui n'apporte rien en l'espèce. *Ibid.*

⁹⁶⁷ TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, op. cit. note 778, vol. II, § 1694, nous traduisons.

juridique est un argument séduisant. D'un point de vue opérationnel toutefois, il se peut qu'il soit à l'origine de difficultés s'il s'agit d'opposer le respect du droit international humanitaire à un groupe armé complètement déstructuré qui continue de mener des actions sporadiques.

Malgré tout, ces quelques éléments concordants invitent en droit positif à conclure à une fin de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux en raison d'une fin globale du conflit armé et non à une fin fonctionnelle de son applicabilité qui serait liée à la disparition des éléments constitutifs du conflit armé non international.⁹⁶⁸ En cela, le conflit armé non international rejoint le conflit armé international. Ce qui détermine la fin de l'applicabilité générale du droit international humanitaire, quelle que soit la situation, c'est la « *fin générale des opérations militaires* ».

§ III. La détermination du moment auquel se produit la « fin générale des opérations militaires »

L'examen détaillé qui précède, de l'apparition puis de l'emploi de l'expression « *fin générale des opérations militaires* », permet d'affirmer que c'est la survenance de ce moment qu'il convient de rechercher afin de pouvoir conclure, ou non, à la fin de l'applicabilité générale du droit international humanitaire. Si l'expression choisie renvoie à la fin du conflit armé, ce qui importe ici, au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, c'est de déterminer le moment auquel elle se produit. En effet, alors que d'un point de vue politique il est parfois plus opportun d'affirmer que le conflit est terminé même si certaines opérations militaires perdurent éventuellement, d'un point de vue juridique cette proclamation n'a pas de conséquence sur l'applicabilité du droit international humanitaire ; ce qui est déterminant c'est que la « fin générale des opérations militaires » soit intervenue.

S'il est impossible de dégager un principe général universel permettant de dater avec exactitude le moment auquel se produit la « *fin générale des opérations militaires* », il est néanmoins possible de mettre en exergue un certain nombre d'indicateurs contribuant à la détermination du moment auquel elle

⁹⁶⁸ De façon surprenante, alors que l'International law Association commence dans son rapport par affirmer que « *le conflit armé cesse quand les critères ne sont plus présents* » (tout en concédant de façon plus générale, apparemment sur les conflits entre groupes armés : « *Nous avons trouvé qu'il s'agissait de questions compliquées nécessitant des recherches approfondies* ») elle cherche ensuite les facteurs qui permettent de conclure à la fin du conflit. Pour ce faire elle estime que les questions pertinentes à se poser sont notamment les suivantes : « *les parties maintiennent-elles des positions de bataille* », « *les forces ont-elles été repoussées ou même renvoyées chez elles* », « *les activités du temps de paix, telles que les échanges, le commerce, l'agriculture et l'industrie, reprennent-elles* », « *les réfugiés qui avaient fui les combats rentrent-ils chez eux* » ?, International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, pp. 30 et 31, nous traduisons.

survient, et avec elle la fin de l'applicabilité générale du droit international humanitaire. D'abord, la notion choisie, la « *fin générale des opérations militaires* », a intrinsèquement vocation à se produire tardivement (A). Ensuite, l'épithète « *générale* » joue un rôle important dans la compréhension de l'expression (B). Enfin, il ne peut s'agir que d'un constat progressif et *ex post* (C). Subsidiairement, la notion se distingue du concept de « *fin des hostilités (actives)* » (D).

A) *L'emploi d'une notion propre à étirer considérablement dans le temps l'applicabilité du droit international humanitaire*

L'étude de l'utilisation du concept d'« opérations militaires », au travers les instruments de droit international humanitaire et certains manuels militaires, démontre qu'il englobe un très grand nombre d'activités. Les opérations militaires se distinguent subsidiairement des « hostilités » et couvrent un champ d'action extrêmement vaste. Ce que l'on peut en déduire pour la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire est incident. En effet, il en résulte que, même si le conflit est apparemment terminé entre deux belligérants, un certain nombre d'opérations militaires peuvent se poursuivre et avec lui l'applicabilité du droit international humanitaire. Faisant parties intégrantes des opérations militaires, des opérations dans lesquelles continuent d'être impliquées des forces armées, même alors qu'elles ne font plus directement usage de leurs armes, sont couvertes par le droit international humanitaire, dès lors qu'elles sont en lien avec un conflit armé préexistant. À cet égard une distinction peut être opérée en fonction du territoire sur lequel se produisent les opérations militaires à l'étude ; soit sur un territoire étranger, soit sur le territoire dont sont ressortissantes les forces armées qui s'y livrent. Les conséquences pour la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire peuvent être assez sensibles. S'il s'agit de l'examen de mouvements de troupes sur un territoire étranger, tant que les forces armées sont présentes sur ce territoire et entendent y mener des combats, c'est-à-dire à condition qu'elles ne soient pas positionnées uniquement en vue de l'administration du territoire, le droit international humanitaire continue de s'appliquer⁹⁶⁹. Aussi la « *fin générale des opérations militaires* » devrait intervenir dans cette situation au moment concomittant où les forces armées quittent le territoire. L'examen se complique dès lors que des mouvements de troupes

⁹⁶⁹ Pour autant que la présence de troupes sur un territoire ait été préalablement justifiée du fait d'un conflit armé. La présence de l'armée suite à une catastrophe naturelle dans un pays étranger, ou sur son propre territoire, par exemple n'est bien entendu pas une situation couverte par le droit international humanitaire ; la présence de l'armée dans ce cas étant consentie et non hostile. En outre, si la présence militaire qui se poursuit sur un territoire étranger est caractéristique d'une occupation, c'est le droit international humanitaire applicable dans ces situations qui continuera de produire ses effets. Sur la notion d'occupation, voir *supra* Titre I, Chapitre I, Section II et *infra*, Titre II, Chapitre I, Section III.

continuent d'être observés sur le territoire dont sont ressortissantes les forces armées, soit après qu'elles aient regagné leur territoire comme dans l'hypothèse précédente, soit parce qu'elles ne l'ont en fait jamais quitté et que le conflit international s'est déroulé sans qu'elles ne déploient jamais de troupes sur le sol du territoire ennemi, soit parce qu'il s'agit d'un conflit armé non international. Si tout mouvement de troupes se déroulant sur leur propre territoire était indifféremment couvert par le droit international humanitaire, celui-ci jouirait d'une applicabilité sans fin. Aussi, pour pouvoir considérer que les opérations militaires ont pris fin, il faut se référer à un conflit en particulier. Si postérieurement au retrait d'un territoire étranger limitrophe, par exemple, des troupes continuent de mener des activités à des fins hostiles sur leur territoire, la « *fin générale des opérations militaires* » n'est pas intervenue et le droit international humanitaire continue de s'appliquer. Si, en revanche, les activités militaires qui se déroulent sur ce territoire ne présentent plus aucun lien de connexité avec le conflit dont on cherche à déterminer s'il a pris fin, on peut considérer que la « *fin générale des opérations militaires* » s'est produite et par conséquent que le droit international humanitaire ne s'applique plus.

Grâce à la notion d'« opération militaire », finalement choisie dans les deux seules dispositions du droit international humanitaire qui traitent de l'applicabilité générale de cette branche du droit, on peut alors étendre considérablement le temps pendant lequel les personnes affectées par ces situations bénéficient des protections qu'elle offre. C'est ce que souhaitait le Comité international de la Croix-Rouge ; disposer de la plus grande latitude possible au moment de négocier avec les gouvernements, dans son rôle d'intermédiaire neutre ou de Puissance protectrice. Il peut se féliciter d'y être parvenu. Toutefois, pour satisfaisante qu'elle ait pu être dans un contexte précis la formule de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, reprise à l'article 3 du premier Protocole additionnel et qui produit également ses effets dans le cadre de conflit armé non internationaux, bute aujourd'hui sur deux considérations au moins qui conduisent à s'interroger sur la persistance de son opportunité. En effet, premièrement si maintenir l'applicabilité du droit international humanitaire signifie effectivement continuer d'offrir une protection spécifique aux personnes qui en ont besoin, cela signifie également prolonger une situation d'exception dans laquelle les parties en cause peuvent continuer de justifier l'adoption de mesures dérogatoires et attentatoires aux libertés individuelles à l'égard d'étrangers « ennemis ». Or, deuxièmement, depuis 1949 le droit international des droits de la personne s'est considérablement développé. Par conséquent, aujourd'hui, admettre que la « *fin générale des opérations militaires* » est intervenue et que le droit international humanitaire ne s'applique plus ne devrait plus créer un risque de

lacune dans la protection des personnes⁹⁷⁰. Le droit international des droits de la personne applicable en tout temps contient un très grand nombre de protections qui vont considérablement plus loin que le droit international humanitaire. Ainsi, au contraire de ce qui pouvait être constaté au milieu du siècle dernier, dire que la « *fin générale des opérations militaires* » est réalisée, c'est-à-dire en définitive que le conflit armé est terminé, et que le droit international humanitaire ne s'applique plus ne signifie pas nécessairement une protection amoindrie.

B) Le mot « générale », pivot de l'expression

Pour compléter cette conclusion sur la détermination du moment auquel se produit la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, il faut prendre un aspect supplémentaire en compte. Il résulte de la présence de l'épithète « *générale* » dans l'expression. Dans le contexte d'un conflit mondial, source d'inspiration majeure pour les participants à la Conférence diplomatique de 1949, ou impliquant un certain nombre de protagonistes, comme c'est souvent le cas dans les conflits armés contemporains, il se peut que les hostilités cessent entre deux ou plusieurs des acteurs mais perdurent entre l'un de ceux-là et un ou plusieurs autres. Dans cette hypothèse, alors que les acteurs A, B et C se sont affrontés, aussitôt que les hostilités cessent entre A et B, si ces derniers sont des États ils doivent procéder, notamment, au rapatriement de leurs prisonniers de guerre respectifs, ceux-ci ne représentant plus aucun potentiel nuisible dans leurs relations réciproques.⁹⁷¹ Cependant, tant que les affrontements se poursuivent entre B et C on ne pourra pas considérer que les opérations militaires ont cessé de façon *générale*. C'est ce que traduit le commentaire de l'article 6 de la quatrième Convention qui évoque la « *fin complète de la lutte entre tous les intéressés* »⁹⁷². Si les opérations militaires ont opposé plus de deux protagonistes, tant que celles-ci ne sont pas terminées entre quelques-uns d'entre eux le droit international humanitaire doit continuer de s'appliquer dans sa globalité, nonobstant leur cessation entre certains autres. Ainsi, ce qui est déterminant c'est que les affrontements liés à un conflit armé en particulier aient cessé de façon généralisée.⁹⁷³ C'est

⁹⁷⁰ Il faut également noter qu'une partie de ce risque est pris en compte par le droit international humanitaire lui-même qui prévoit que certaines protections offrent pendant le conflit armé perdurent au-delà de la constatation qu'il a pris fin. Voir en ce sens les développements *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

⁹⁷¹ Sur le point de départ précis de cette obligation, matérialisé par la fin des hostilités actives, voir *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁹⁷² Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, *op. cit.* note 39, p. 69.

⁹⁷³ En effet, puisque jamais les Conventions ne distinguent véritablement entre les notions, lorsqu'on cherche à déterminer si le droit international humanitaire a cessé de s'appliquer dans une situation donnée on recherche la plupart du temps si les hostilités ont pris fin, or il appert que c'est véritablement faire fausse route. Recherche si les hostilités ont pris fin permettra uniquement de

pourquoi les constatations de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du Mur*⁹⁷⁴, selon lesquelles l'élément à prendre en considération serait la « *fin générale des opérations militaires qui conduisirent en 1967 à l'occupation [...]* »⁹⁷⁵ et non pas simplement la « *fin générale des opérations militaires* », ont suscité un vif débat en doctrine.⁹⁷⁶

C) La constatation que la « fin générale des opérations militaires » est intervenue, un constat progressif et nécessairement ex post

Il sera toujours nécessaire qu'un minimum de temps, incompressible mais non quantifiable dans l'absolu, s'écoule avant de pouvoir affirmer qu'un conflit armé a pris fin et par conséquent que le droit international humanitaire ne s'applique plus. En cela, une situation ne retourne pas à la « normale » subitement mais progressivement. Il est donc incontournable de prendre un certain recul vis-à-vis de la situation avant de pouvoir dire que le droit international humanitaire ne s'applique plus et à partir de quand cette assertion est vérifiée.

Non seulement le constat que la « *fin générale des opérations militaires* » est intervenue est inévitablement progressif, mais aucune règle de droit international ne dit « *combien de temps la cessation nécessite de durer pour qu'un conflit soit juridiquement considéré comme ayant pris fin* »⁹⁷⁷. C'est par conséquent un faisceau d'indices qu'il faut prendre en compte pour pouvoir arriver à la conclusion que les opérations militaires ont cessé. Aucun de ces indicateurs pris isolément ne peut à lui seul être déterminant, ce ne sont qu'adjoints les uns aux autres que ces indicateurs produisent des effets. Parmi ceux-ci le retrait d'une armée d'un territoire étranger est peut-être l'élément le plus

fixer le moment à partir duquel certaines dispositions spécifiques entrent en œuvre (voir les développements y relatifs *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I), alors que pour savoir si le droit international humanitaire a cessé de produire des effets de façon générale il faudra rechercher si les opérations militaires sont terminées.

⁹⁷⁴ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.* note 164.

⁹⁷⁵ *Ibid.* § 125.

⁹⁷⁶ Dans la mesure où ces constatations sont intimement liées à la question de la fin de l'occupation, elles seront examinées en détail *infra* dans la Section qui suit. Ce débat est notamment reflété dans un numéro spécial de l'*American Journal of International Law* : « Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 1-141.

⁹⁷⁷ International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, *op. cit.* note 85, p. 31. Bien que comme point de départ à sa réflexion sur la fin du conflit armé, la Commission utilise la notion de « fin des hostilités », dont on a vu qu'elle sert de point de départ à la mise en œuvre de certaines règles et non pas à déterminer la fin du conflit dans son ensemble, c'est partie de son raisonnement peut être reprise à bon compte lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le moment à partir duquel le conflit a cessé et donc le droit international humanitaire de s'appliquer.

direct et le plus probant que les opérations militaires à l'étude sont en voie d'achèvement : si plus aucun acte d'hostilité n'est posé suite à ce retrait, il sera relativement rapide de conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. La signature d'un accord prévoyant la fin des hostilités et réglant certaines conséquences du conflit armé, ou, dans la même veine, une déclaration unilatérale témoignant de la volonté de déposer les armes, auront quant à eux pour effet de conduire à se poser la question de la fin du conflit armé et d'inciter à vérifier si ceux-ci sont suivis d'effets, c'est-à-dire si la « *fin générale des opérations militaires* » peut être observée. Là encore, si les volontés exprimées à travers eux se vérifient effectivement, la constatation de la « *fin générale des opérations militaires* » peut intervenir rapidement et se dérouler sur un laps de temps relativement bref. Il peut alternativement se produire que l'intensité de la violence baisse peu à peu pour finalement cesser complètement. Dans cette hypothèse, la « *fin générale des opérations militaires* » pourra être constatée *ex post*, après qu'un certain temps se soit écoulé et que l'on ait pu constater que les manœuvres qui se poursuivent éventuellement sont décontextualisées du conflit dont il était question. Il se peut encore qu'une situation d'occupation se substitue aux affrontements armés. L'analyse est dès lors troublée et le droit international humanitaire continuera de s'appliquer, mais à un autre titre. Il y a donc une variété de combinaisons d'éléments qui permet d'aboutir à la conclusion que le droit international humanitaire a cessé, ou au contraire continue, de s'appliquer. À cet égard, il convient de souligner que si la « *fin générale des opérations militaires* » dans les conflits armés internationaux ou non internationaux présentent des similitudes, la progressivité sera presque inévitablement plus longue pour ce qui concerne les conflits armés non internationaux. Puisque la baisse de l'intensité de la violence ou du niveau d'organisation ne sont pas pertinents, il se peut qu'une violence sporadique perdure, voire s'installe durablement, et que parce que la situation a, à un moment donné, atteint le niveau du conflit armé non international elle continue de recevoir cette qualification pendant un temps extrêmement long. Même si le groupe armé présente des faiblesses, tant qu'il n'y aura pas eu démobilisation générale de ses membres, le constat de la « *fin générale des opérations militaires* » sera extrêmement difficile à opérer.

Il en résulte que si le début de l'applicabilité générale du droit international humanitaire des conflits armés internationaux est immédiat, provoquée par un seul événement, la fin de son applicabilité générale peut être progressive et nécessiter le constat de la réalisation d'une conjonction d'indicateurs. À l'inverse, alors que la réalisation des conditions d'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux peut s'étaler sur un temps relativement long – du fait de la matérialisation progressive des éléments requis – ce n'est pas la disparition un à un de ces éléments qui met un terme au conflit armé non international et donc à l'applicabilité du droit international humanitaire dans ces situations, mais un

moment qui serait caractérisé par un événement indépendant, à savoir la pacification de la situation, matérialisée par la « *fin générale des opérations militaires* ».

Ainsi, la référence à la « *fin générale des opérations militaires* » qui se veut synonyme de « fin du conflit armé » ne permet pas de fixer une date incontestée à partir de laquelle le droit international humanitaire n'est plus le *corpus juris* applicable. Dans la très grande majorité des cas, ce n'est que petit à petit, à la lumière d'éléments concordants, que l'on sera en mesure de considérer que les opérations militaires s'achèvent et par là-même que le droit international humanitaire est en passe de cesser de s'appliquer. Et ce ne sera que *ex post* qu'il sera finalement possible de dire le moment à partir duquel cet événement s'est produit avec le plus de précision possible.

L'adoption d'une vision d'ensemble du phénomène temporel en droit international humanitaire oblige subsidiairement à apporter une précision qui fait appel à une notion qui sera examinée en détail plus loin dans ces lignes.

D) La « fin générale des opérations militaires » par opposition à la « fin des hostilités (actives) »

Finalement, on peut aujourd'hui opposer les termes « *fin des hostilités (actives)* »⁹⁷⁸ et « *fin générale des opérations militaires* » de la même manière que l'on opposait autrefois armistice et traité de paix. L'armistice ne signifiait pas la fin de la guerre mais permettait de régler certains problèmes liés au conflit en voie d'achèvement, comme le rapatriement des prisonniers de guerre par exemple, et le traité de paix avait vocation à régler définitivement tous les effets du conflit et à permettre un retour à des relations normalisées entre d'anciens belligérants, en mettant fin à l'« état de guerre »⁹⁷⁹. Les termes contenus aujourd'hui dans les Conventions de Genève servent exactement le même intérêt tout en adoptant un langage totalement réaliste, c'est-à-dire affranchi de tout acte juridique formel. La « *fin des hostilités (actives)* » ne signifie pas la fin du conflit armé mais permet de procéder à certaines démarches prévues dans des dispositions spécifiques, alors que la « *fin générale des opérations militaires* » permet de constater que le conflit armé est complètement terminé et que le droit international humanitaire ne s'applique plus (à l'exception des dispositions qui le prévoient expressément⁹⁸⁰).

⁹⁷⁸ Sur cette notion spécifique, voir les développements y relatifs *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁹⁷⁹ En ce sens, Riccardo MONACO, « Les Conventions entre belligérants », *op. cit.* note 736, p. 310 ; ou Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, *op. cit.* note 92, § 275, p. 613.

⁹⁸⁰ Voir les développements détaillés sur cette hypothèse *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

En résumé, les « hostilités », par essence, renvoient à l'usage de la force⁹⁸¹, alors que les « opérations militaires » renvoient à tout ce qui concourt à l'usage de la force⁹⁸². Ainsi, contrairement à ce qui a pu être affirmé, la notion d'hostilités n'est pas employée là où on veut marquer la fin de la guerre⁹⁸³, mais là où l'on veut marquer une spécificité temporelle⁹⁸⁴. Le rappel du délégué norvégien à la Conférence diplomatique de 1949 confirme l'intention des auteurs des Conventions en ce sens depuis les débats de 1947 : « [En 1947], nous avons tenu à distinguer entre la cessation des hostilités et la fin de l'état de guerre. Je crois qu'il est absolument inévitable de maintenir cette distinction. Il y a encore d'autres articles dans ce projet qui nécessairement doivent parler de la cessation des hostilités. »⁹⁸⁵ Et en effet, de l'état de projets les dispositions en question sont finalement passées à l'état de droit positif et la façon dont les instruments de droit international humanitaire reprendront la notion de « *fin des hostilités (actives)* » va confirmer cette volonté, même si certaines interprétations qui ont été données de certaines des dispositions employant ces termes dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève font au contraire parfois douter de la distinction.

⁹⁸¹ Pour définir ce que signifient les termes « hostilités actives », Howard S. Levie utilise pour synonyme « *shooting war* » en anglais. L'expression est difficilement traduisible en français. On pourrait proposer « *le temps pendant lequel on utilise les armes pendant la guerre* ». Toujours est-il que Howard S. Levie considère que la fin des hostilités ne signifie pas la « *[p]aix, au sens juridique, [qui] peut toujours intervenir plusieurs mois ou années après ce moment* », Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *International Law studies*, vol. 59, United States: Naval War College, 1978, 529 p., p. 418, note de bas de page 113.

⁹⁸² Là encore, ce que disent les manuels militaires est évocateur. Selon le manuel militaire canadien par exemple, « [I]e DCA [droit des conflits armés] [...] détermine [...] la façon dont ils [les États] peuvent mener les hostilités pendant les conflits armés. », il y a donc une distinction très nette entre les « hostilités » et le « conflit armé » puisque les premières peuvent se dérouler pendant le second, Cabinet du Juge-avocat général, *Le droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique*, Chapitre 1 – Introduction au droit des conflits armés, disponible en ligne sur : <http://www.forces.gc.ca/jag/publications/oplaw-loiop/loac-ddca-2004/chap01-fra.asp>, dernier accès le 12 avril 2012, p. 1-1, § 3. Le manuel militaire tchèque quant à lui explique que « [s]i la planification et la stratégie militaires de façon générale font partie des opérations militaires, on voit bien que des opérations militaires peuvent très bien se dérouler sans emploi direct de la force armée. », *Doctrine of the Armed forces of the Czech Republic*, op. cit. note 944.

⁹⁸³ Dans le même sens, Yoram DINSTEIN, « Armistice », op. cit. note 737, § 26.

⁹⁸⁴ Voir les conséquences de l'emploi de cette notion *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I.

⁹⁸⁵ Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 27 avril 1949, p. 18.

Section III La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation

Au moment d'examiner la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation vient immédiatement en tête l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention de Genève, qui introduit une exception pour ces situations. En effet, cette disposition prévoit qu'en territoire occupé la Convention cessera de s'appliquer un an après la fin générale des opérations militaires et ensuite qu'un certain nombre de dispositions seulement continueront de s'appliquer. Si le premier Protocole additionnel unifie les modalités de cessation d'applicabilité du droit international humanitaire en prévoyant que le Protocole et les Conventions s'appliquent désormais jusqu'à la fin de l'occupation, l'examen des effets spécifiques que produit l'article 6 alinéa 3 reste incontournable (II). Toutefois, avant d'examiner l'exception il convient de se pencher sur le principe. Or, si celui-ci peut paraître aisé à mettre en œuvre il apparaît que certaines questions liées à des situations d'occupation emblématiques suscite un débat conséquent sur les effets généraux que produit le concept d'occupation lui-même sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans ces situations (I).

§ I. Les effets généraux que produit le concept d'occupation lui-même sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation

La fin de l'occupation se lit au travers du prisme des éléments caractéristiques de son commencement.⁹⁸⁶ En ce sens, une situation d'occupation cessera d'en

⁹⁸⁶ Dit autrement, certains auteurs ont écrit que les conditions relatives à la fin de l'occupation sont le reflet des conditions dans lesquelles elle débute. Voir en ce sens Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, op. cit. note 342, p. 56 ; Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, Legal and Policy Brief prepared by Claude Bruderlein, Novembre 2004, 23 p., disponible en ligne sur : <http://www.dci-pal.org/english/Doc/GUA/DisEng/LegalDiseng.pdf>, dernier accès le 11 août 2012, p. 8 ; Yuval SHANY, « The legal status of Gaza after the Disengagement Plan », op. cit. note 366, et Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 28. En sens contraire voir, Iain SCOBIE, « An intimate disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the law of occupation and of self-determination », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 3-31, p. 7 ; ou encore Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », op. cit. note 67, qui considère que la question de la « fin de l'occupation est intimement liée à la question du début de l'occupation. Ce qui ne signifie pas nécessairement que les critères pour les deux soient cependant identiques », p. 100, nous traduisons. Toutefois à la différence de ce que nous avançons ici, ces auteurs sont capables d'identifier des critères fixes propres à qualifier la situation, parmi lesquels notamment la présence

être une dès lors que l'autorité militaire ne sera plus en mesure de s'exercer sur le territoire⁹⁸⁷. Les causes de cessation de l'exercice de l'autorité sont multiples et nombreuses. La résurgence d'un certain niveau de violence peut empêcher la Puissance étrangère de continuer à être en mesure de faire régner l'ordre et la vie publics, l'armée étrangère peut d'un commun accord avec l'autorité souveraine lui remettre l'exercice de toutes ses prérogatives, l'armée peut quitter le territoire emmenant avec elle tous les éléments propres à l'administration du territoire, etc. Il n'y a aucun critère fixe et définitif qui permettrait de dire avec certitude qu'une occupation a pris fin. Il y a, éventuellement, seulement quelques indicateurs qui sont utiles au raisonnement conduisant à qualifier la disparition de la situation. Ainsi, pas plus que la présence d'une armée ennemie ou le (non)consentement ne sont des critères objectifs du début de l'occupation, bien qu'ils soient sous-jacents et implicites à la réalisation de l'occupation telle que conçue par l'article 42 du Règlement de La Haye, le retrait de l'armée ennemie ou l'apparition du consentement ne sauraient constituer des critères absolus de la fin de l'occupation. Il est toutefois avéré que lorsque l'un de ces deux derniers événements se produit la question de la fin de l'occupation se pose. Sans présence continue sur le territoire en cause, l'armée ennemie est-elle encore en mesure de continuer à l'administrer ? Si le souverain territorial consent finalement à la présence étrangère, l'ancienne armée d'occupation peut-elle encore être qualifiée de « Puissance occupante » ? Ces deux questions sont centrales au regard de deux cas controversés récents en la matière. Elles ne sont toutefois pas les seules. Et de façon générale les questions à se poser lorsqu'il s'agit de déterminer le moment à partir duquel une occupation a pris fin sont davantage les suivantes : à partir de quand est-il possible de conclure qu'une armée ennemie n'est plus capable d'exercer son autorité ? À partir de quand est-il possible de considérer que le souverain territorial exerce cumulativement ses prérogatives ? etc.

Dans le débat actuel relatif à l'occupation, l'analyse de la fin de cette situation, plus encore que le début, est presque exclusivement orientée sur le retrait israélien de la bande de Gaza et sur la qualification de la présence américaine en Irak. En effet, alors que l'armée israélienne s'est unilatéralement « désengagée » de la bande de Gaza en 2005, la très grande majorité de l'abondante doctrine s'étant prononcée, tout comme le Comité international de la Croix-Rouge, estime que le territoire continue d'être occupé par Israël ; de même, alors que l'administration du territoire irakien avait solennellement été

physique de l'armée ennemie et l'apparition d'un consentement, en tant qu'élément distinct de la constatation de la capacité de l'armée ennemie à exercer son autorité.

⁹⁸⁷ Voir en ce sens, Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol. II)*, op. cit. note 103, p. 317, pour Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, op. cit. note 92, § 168, p. 436, en revanche, le critère déterminant est le départ, quelles qu'en soient les raisons, des troupes ennemies.

remise aux autorités intérimaires irakiennes, la position dominante considère que les États-Unis ont continué d'être une Puissance occupante. Chacun de ces cas présente la disparition de l'un ou l'autre des éléments qui ont contribué à qualifier la situation d'occupation. Pourtant, alors qu'il pourrait apparaître souhaitable de considérer qu'une situation d'occupation prend fin – la population cessant d'être sous le joug d'une Puissance étrangère – les conséquences que cela implique en terme de protection pour les personnes affectées par ces situations ont conduit à rechercher des arguments juridiques en faveur de la pérennisation de ces situations, poussant ainsi le paradoxe à l'extrême dans la mesure où l'occupation a de surcroît vocation à être temporaire. Il semble par conséquent inévitable d'aborder ces deux situations particulières (B). Toutefois, l'objet principal du propos étant de rechercher de façon générale les éléments indicateurs de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire prévu pour les situations d'occupation, cette dernière sera d'abord envisagée en dehors de l'évocation de tout contexte particulier (A).

A) Les éléments indicateurs de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire prévu pour les situations d'occupation

Si la fin de l'occupation est le miroir du début de l'occupation, cela signifie que dès lors que la Puissance étrangère cesse, ou n'est plus en mesure, d'exercer son autorité la situation n'est plus caractérisée. C'est le seul principe général qui puisse être dégagé du Règlement de La Haye.⁹⁸⁸ Il serait d'ailleurs probablement tout simplement utopique de prétendre être en mesure de décrire tous les modes de cessation de l'occupation.⁹⁸⁹

À cet égard, la circonstance dans laquelle les hostilités reprennent, en tant qu'élément caractéristique d'un défaut d'exercice d'autorité entraînant la requalification de la situation d'occupation en conflit armé, soit international si la lutte se déroule entre l'armée étrangère et les forces armées territoriales, soit non international si la lutte se déroule entre l'armée étrangère et des insurgés⁹⁹⁰ – et à condition que ces situations répondent aux propositions de

⁹⁸⁸ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, *op. cit.* note 342, p. 56.

⁹⁸⁹ Il peut s'agir par exemple, mais pas exclusivement, de l'exercice couronné de succès du droit à l'auto-détermination, de l'annexion du territoire, d'une occupation dite transformative, de la reconquête du territoire ou des institutions par le souverain territorial, ou encore du transfert du territoire occupé par la conclusion d'un traité, etc. Dans tous les cas, le test est factuel et réside dans l'examen de la poursuite ou non de l'exercice de l'autorité sur le territoire. Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, *op. cit.* note 342, p. 56 ; Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 986, p. 9.

⁹⁹⁰ En sens contraire voir Antonio CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2005, 558 p., p. 420, repris par la Cour suprême israélienne, notamment dans

définitions données les concernant⁹⁹¹ – ne saurait davantage que tout autre être érigé en principe général. En effet, dans cette hypothèse il conviendra d'examiner si la Puissance étrangère présente sur le territoire est en mesure d'exercer son autorité, malgré la survenance ou la résurgence d'hostilités. Si la réponse est positive elle devra alors continuer de remplir ses obligations en tant que Puissance occupante, si elle est au contraire négative elle ne sera plus tenue « que » par ses obligations en tant que Puissance partie à un conflit armé, international ou non international. Le fait que l'armée d'occupation rencontre occasionnellement des poches de résistance, quand bien même cette résistance parviendrait, dans une certaine mesure, à reprendre l'ascendant sur la Puissance occupante, ne signifie pas par automatisme que l'occupation a pris fin.⁹⁹² Il se peut en effet que, à intensité de violence égale, dans un cas la Puissance occupante soit en mesure de continuer à exercer son autorité⁹⁹³ sur le territoire alors que dans un autre cette violence soit un obstacle

l'arrêt *Comité public contre la torture en Israël c. le Gouvernement israélien*, cas n° HCJ 769/02, 13 décembre 2006, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 143, Israël, Affaire des opérations meurtrières ciblées, pp. 1438-1462, p. 1439, lorsqu'elle estime que le conflit entre Israël et les « terroristes », encore appelé *intifada*, est régi par le droit international humanitaire des conflits armés internationaux. Pour Nicholas Stephanopoulos « *le conflit à Gaza est survenu suite de la guerre de 1967 entre Israël et l'Égypte, tous deux signataires [des Conventions de Genève]* » pour considérer que « *les relations entre Israël et Gaza sont toujours gouvernées par la quatrième Convention de Genève.* », Nicholas STEPHANOPOULOS, « Israel's Legal Obligations to Gaza After the Pullout », *The Yale Journal of International Law*, vol. 31, 2006, pp. 524-528, p.527, nous traduisons.

⁹⁹¹ Voir les développements sur ces différents points *supra*, Titre I, Chapitre I. Ces situations incluent les guerres de libération nationale. Concernant les affrontements entre Israël et l'Autorité palestinienne, cette qualification a, entre autres, été envisagée, malgré toutes les réserves requises dues en particulier au fait qu'Israël a toujours objecté cette possibilité. Voir en ce sens, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Review of the Applicability of International Humanitarian Law to the Occupied Palestinian Territory*, *op. cit.* note 376, p. 8.

⁹⁹² Voir en ce sens, TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, *op. cit.* note 44, § 217, qui statue « [...] le statut de territoire occupé n'est pas remis en cause par une résistance locale sporadique, même couronnée de succès » ; Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, qui distingue entre les « [z]ones de bataille [qui ne sont] pas considérées comme occupées, [et] une résistance locale sporadique, même si parfois couronnée de succès, [qui] ne rendra pas l'occupation ineffective. », § 8 ; ou encore Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, *op. cit.* note 349, p. 151.

⁹⁹³ Il s'agit bien ici de la question de *continuer* à exercer son autorité, non pas de *l'établir*. En effet, c'est la capacité à exercer l'autorité qui est déterminant. Aussi si pour que le *début* de l'occupation puisse être constaté il faudra presque à coup sûr que les hostilités aient cessé au moins dans une certaine mesure pour permettre à la Puissance étrangère de *mettre en place* son autorité, rien n'empêche qu'elle puisse *maintenir* cette autorité, même si des actes de violence sont posés *au cours* de son occupation. La situation en Irak suite à l'invasion de l'armée américaine en témoigne. Les actes de violence n'ont pas cessé, ils auraient même au contraire augmenté, après l'établissement de l'Autorité par la coalition, sans qu'il soit contestable que la situation répondait à la définition de l'occupation au sens du Règlement de La Haye. En ce sens, Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 27-48, p. 28.

insurmontable pour qu'elle puisse faire régner l'ordre.⁹⁹⁴ Plus encore, l'article 43 du Règlement de La Haye impose à la Puissance occupante d'assurer l'ordre et la vie publics « *autant qu'il est possible* », ce qui laisse entrevoir que les circonstances puissent ne pas lui permettre d'y parvenir. Ainsi si l'exercice de l'autorité est lié aux obligations contenues à l'article 43, le fait que ces obligations ne puissent pas être assumées pendant un certain temps n'empêche pas de pouvoir continuer de considérer que l'occupation perdure. « *[A]ussi longtemps que le territoire comme un tout est au pouvoir et sous le contrôle de l'occupant et aussi longtemps que ce dernier a la capacité de faire régner sa volonté partout sur le territoire dans un délai raisonnable, l'occupation militaire existe d'un point de vue juridique.* »⁹⁹⁵ Il suffit donc de vérifier pour chaque espèce si les circonstances permettent de conclure en ce sens.⁹⁹⁶ Deux cas contemporains mettent en lumière les difficultés à mettre en œuvre ce principe.

B) Les éléments indicateurs de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire prévu pour les situations d'occupation à l'épreuve des controverses du début des années 2000

Comme il a été précédemment évoqué, deux situations ont suscité une littérature extrêmement abondante sur l'occupation depuis le début des années 2000, laquelle pose en particulier la question de la fin de l'occupation. Dans les deux cas, le comportement de l'armée d'occupation, dans l'optique de se dégager de ses responsabilités envers la population vivant sur le territoire qu'elle administrait, a conduit à réexaminer les conditions dans lesquelles l'occupation prend fin. Dire que la littérature est foisonnante en la matière relève de l'euphémisme et on ne saurait avoir la prétention au travers ces lignes d'apporter des éléments nouveaux non encore évoqués par les nombreux experts qui se sont prononcés sur ces situations, et encore moins de trancher le débat entre les tenants de la poursuite de l'occupation et ceux qui estiment au contraire que l'occupation n'est plus caractérisée. Il semblait toutefois inévitable de refaire ici état des controverses relatives à ces situations particulières tant elles intéressent la perspective temporelle d'un régime juridique du droit international humanitaire. L'une de ces controverses a trait

⁹⁹⁴ Sans qu'elle ait tranchée, cette question a été débattue lors de la réunion d'experts convoquée par le Comité international de la Croix-Rouge. Voir Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, p. 31.

⁹⁹⁵ Gerhard VON GLAHN, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, 350 p., pp. 28-29, nous traduisons.

⁹⁹⁶ Dans le même sens, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 15, n° 2, 2010, pp. 211-243, qui s'appuient sur cette citation, p. 242.

aux conséquences liées au retrait de l'armée ennemie (1), l'autre au consentement du souverain territorial à la présence des troupes anciennement ennemies sur son territoire (2).

1) Le retrait de l'armée ennemie

Traditionnellement, le retrait de l'armée ennemie était désigné comme étant le mode unique de terminaison de l'occupation.⁹⁹⁷ Il est toutefois acquis aujourd'hui qu'il est une des possibilités parmi d'autres.⁹⁹⁸ Si la présence matérielle de l'armée ennemie sur un territoire est requise pour conclure à la réalisation de l'occupation, c'est-à-dire pour que son autorité soit en mesure de s'exercer, une fois le retrait de l'armée ennemie complété, et même pendant les manœuvres liées à ce retrait, la situation d'occupation ne devrait plus être caractérisée. En effet, on voit mal comment pendant ce retrait, et d'autant moins une fois achevé, l'armée en cause pourrait encore être en mesure d'exercer son autorité effective sur le territoire, au-delà du fait que ce retrait est la manifestation de sa volonté de ne plus exercer son autorité.

La décision unilatérale d'Israël de retirer ses troupes⁹⁹⁹ de la bande de Gaza, prise en 2004 et mise en application en 2005, a toutefois conduit à réévaluer cette condition relative à l'extinction de la situation d'occupation.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁷ Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, *op. cit.* note 92, § 168, p. 436.

⁹⁹⁸ En ce sens, notamment, Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, *op. cit.* note 349, p. 166 ; Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », *op. cit.* note 366 ; Adam ROBERTS, « Prolonged Military Occupation », in. Emma PLAYFAIR, *International Law and the Administration of Territories, Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 534 p., pp. 25-85, p. 84 ; Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », *op. cit.* note 993, p. 28. Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, *op. cit.* note 342, p. 56 ; En sens contraire voir, Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, qui, dans cette contribution, fait de la présence ennemie la première condition de l'occupation et donc par effet miroir le premier élément à prendre en compte lorsqu'il disparaît pour considérer que l'occupation est terminée, p. 380.

⁹⁹⁹ En même temps qu'Israël retirait ses troupes, il évacuait ses colonies de peuplement. Cet élément étant sans incidence sur l'applicabilité temporelle du droit de l'occupation, elle ne sera pas évoquée ici.

¹⁰⁰⁰ Le postulat de départ à l'analyse est ici que la bande de Gaza était un territoire occupé en tout cas jusqu'au 12 septembre 2005. Cela signifie que l'hypothèse selon laquelle ce territoire ne faisait déjà plus l'objet d'une occupation, du fait de la redistribution de l'autorité sur ce territoire dans le cadre du processus d'Oslo depuis 1993, ne sera pas rediscutée dans ces lignes. En effet, au-delà du « désengagement » de l'armée israélienne, le processus dit d'Oslo, au cours duquel l'Autorité palestinienne et Israël, sous l'égide d'autres Puissance internationales, ont tenté de négocier une issue pacifique à la situation, pose question au regard de la fin de l'occupation. Parmi les effets de ce processus, un certain nombre de prérogatives ont été remises à l'Autorité Palestinienne. De même, les territoires dits occupés ont fait l'objet d'un découpage aboutissant à une classification en trois catégories – A, B et C, chacune correspondant à un degré d'autorité exercée soit par l'Autorité palestinienne presque exclusivement, soit par Israël exclusivement, soit conjointement par l'Autorité palestinienne et Israël. Or, la définition proposée de ce que signifie l'autorité au sens du droit de l'occupation exclut notamment que l'exercice de l'autorité soit partagée. Ici, non seulement certains territoires font l'objet d'une autorité partagée mais certains autres sont même réputés être exclusivement administrés par les Palestiniens. Pour ces deux catégories, peut-on encore parler d'Israël en tant que Puissance occupante ? La Cour internationale de justice a estimé que ces

Face à cette décision jugée à certains égards inique, mais surtout devant le constat qu'Israël continuait de détenir certaines prérogatives qu'il avait acquise en tant que Puissance occupante et qu'il entendait conserver, de nombreux juristes ont cherché des éléments qui permettraient de justifier que, même en l'absence physique de l'armée sur le territoire, il serait possible de conclure à la persistance de la situation d'occupation. Sans évoquer la question de la qualification de la situation lorsque, depuis lors, des soldats israéliens procèdent à des incursions sur ce territoire, la question à laquelle il convient de répondre est ici celle de savoir si une armée peut continuer à exercer son autorité, et en cela être qualifiée de Puissance occupante, même en l'absence de troupes présentes sur le territoire de façon continue. Cette question ne se pose qu'au moment d'examiner les conditions relatives à la fin de l'occupation. Il est en effet bien établi que pour ce qui concerne le début de l'occupation, la présence d'au moins quelques soldats ennemis sur le territoire est une condition *sine qua non* à la qualification d'occupation¹⁰⁰¹. Ce qui se comprend

transferts d'autorité étaient partiels et limités et qu'ils n'étaient pas de nature à changer quoi que ce soit dans la qualification d'Israël en tant que Puissance occupante, CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op. cit. note 164, §§ 77-78. Dans le même sens, Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, op. cit. note 393, § 279. Pour un état des lieux à ce sujet, voir Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Review of the Applicability of International Humanitarian Law to the Occupied Palestinian Territory*, op. cit. note 376, pp. 9-10. Pour des arguments en faveur de l'hypothèse selon laquelle la bande de Gaza n'était plus un territoire occupé du fait du processus d'Oslo, voir Eyal BENVENISTI, « Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli Palestinians Agreements », *Israel Law Review*, 1994, vol. 28, pp. 297-317, p. 312. En sens contraire voir, Mustafa MARI, « The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End of the Occupation? », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 356-368, mais qui axe toute son argumentation sur le fait que la bande de Gaza reste un territoire occupé, quels que soient les agissements d'Israël prétendument en sens contraire. Ce qui le conduit par ailleurs à créer un double standard dangereux puisqu'il estime que « [...] le degré auquel la Puissance occupante reste responsable du bien-être de la population dépend de l'étendue avec laquelle l'occupé peut exercer un pouvoir. », p. 367, nous traduisons. Voir également en ce sens, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », op. cit. note 996, en particulier p. 241. John Quigley porte un regard différencié sur cette hypothèse arguant du fait que la quatrième Convention de Genève interdisait, notamment au travers de son article 47, un certain nombre des engagements pris par les deux parties à ces accords. John QUIGLEY, « The P.L.O. - Israeli Interim Arrangements and the Geneva Civilians Convention », in. Stephen BOWEN (ed.), *Human rights, self-determination and political change in the occupied Palestinian territories*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, 321 p., pp. 25-46, dont la contribution, bien que fortement discutable sur certains points, offre une analyse appréciable des accords susmentionnés. Voir également Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Question de la violation des droits de l'homme dans les territoires arabes occupés, y compris la Palestine, Rapport de la commission d'enquête sur les droits de l'homme établie en application de la résolution S-5/1 de la Commission en date du 19 octobre 2000*, 16 mars 2001, E/CN.4/2001/121 qui au paragraphe 36, dans une formulation ambiguë, évoque les accords d'Oslo vis-à-vis de l'article 47 ; et Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », op. cit. note 366, p. 380. Pour un point de vue divergent sur ces accords vis-à-vis de l'article 47, voir accessoirement Robert KOLB, « Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé », op. cit. note 444.

¹⁰⁰¹ Voir en ce sens les développements relatifs au début de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation, *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II.

assez aisément étant donné que pour être en mesure d'imposer par la force son autorité sur un territoire il est nécessaire de s'y déployer militairement un minimum, alors qu'une fois cette autorité établie, et d'autant plus comme dans le cas de Gaza lorsque l'occupation perdure depuis presque quarante années, il est envisageable que le retrait des troupes puisse ne pas affecter l'administration du territoire par l'autorité étrangère. Toute la structure mise en place pendant l'occupation, qui conduit en quelque sorte à la mise sous tutelle du territoire¹⁰⁰², peut avoir pour conséquence que lorsque l'armée se retire l'autorité légitime est incapable de fonctionner complètement cependant que l'« ancienne » Puissance occupante continue d'exercer certaines des prérogatives qui étaient les siennes pendant le temps incontesté de l'occupation, alors qu'elle n'y assure plus une présence militaire permanente.

Les enjeux liés à la qualification de la situation dans la bande de Gaza depuis 2005, et donc potentiellement à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire applicable dans cette situation, sont très spécifiques à ce territoire. Il convient de resituer les particularités liées à ce contexte car ce sont elles qui ont motivé la doctrine à se prononcer.

La bande de Gaza a fait l'objet d'une occupation au cours de la guerre dite des six jours de 1967. Cette occupation a perduré sans conteste jusqu'à août 2005, moment auquel Israël a commencé à mettre en œuvre sa décision unilatérale de retirer ses troupes du territoire¹⁰⁰³, c'est-à-dire pendant trente-huit ans. C'est une première spécificité ; alors qu'une occupation a vocation à être temporaire elle s'est en l'occurrence considérablement étalée dans le temps.¹⁰⁰⁴ D'autre part, Gaza faisait l'objet d'un processus plus large de négociations de paix. Un certain nombre des modalités inhérentes à ce processus avaient été mises en œuvre avant 2005, de concert avec l'autorité palestinienne à laquelle un certain nombre de prérogatives avait été graduellement remis. C'est une deuxième spécificité ; le « désengagement » de l'armée israélienne n'a pas été soudain. Il a en revanche été unilatéral alors que

¹⁰⁰² Ce terme est bien entendu utilisé ici dans l'une de ses acceptions ordinaires, et non pas au sens de la Charte des Nations unies. Pour ce qui concerne son approvisionnement en électricité, la Cour suprême israélienne parle quant à elle de « la bande de Gaza [comme étant] actuellement presque **totale**ment dépendante d'Israël pour son approvisionnement en électricité. », Cour suprême israélienne, *Jaber Al-Bassiouni Ahmed et autres c. le premier ministre et le ministre de la Défense*, HCJ 9132/07, 30 janvier 2008, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 144, Israël, Coupures de courant à Gaza, pp. 1462-1473, § 12, p. 1466, nous soulignons.

¹⁰⁰³ Les derniers soldats israéliens ont quitté la bande de Gaza le 12 septembre 2005. Voir en ce sens, Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *Gaza Disengagement Situation Report*, 12 September 2005, disponible en ligne sur: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/13AFB427D5F396618525707B004B180D>, dernier accès le 13 août 2012.

¹⁰⁰⁴ La situation prolongée d'occupation fait à elle seule l'objet d'une abondante doctrine. Pour plus de détails sur ce point, voir en particulier Adam ROBERTS, « Prolonged Military Occupation », *op. cit.* note 998, pp. 25-85.

des négociations multilatérales étaient en cours. Par ailleurs, l'armée israélienne s'est repositionnée tout autour de la bande de Gaza, exerçant un contrôle total sur les entrées et les sorties du territoire aussi bien par terre, que par air ou par mer.¹⁰⁰⁵ Et plus encore, Israël est en mesure d'interdire l'accès à la population de certaines zones frontalières se trouvant à l'intérieur de la bande de Gaza.¹⁰⁰⁶ De même certaines prérogatives régaliennes continuent d'être assumées par Israël. Il en va ainsi de la monnaie en cours dans la bande de Gaza par exemple¹⁰⁰⁷, ou encore de la délivrance de documents de voyage¹⁰⁰⁸. C'est une troisième spécificité ; alors qu'Israël prétend ne plus avoir d'obligations internationales envers la population de ce territoire¹⁰⁰⁹, un certain nombre des fonctions qu'il assume sont contradictoires avec ces assertions. Enfin, du point de vue du droit international humanitaire, Israël prétend qu'il n'a plus d'obligations envers les gazaouis. Si il dit vrai, cela signifie, par exemple, qu'il n'est plus tenue d'assurer l'approvisionnement de la population en vivres et en produits médicaux¹⁰¹⁰, de pourvoir à l'éducation des enfants¹⁰¹¹ ou encore de permettre aux ministres des cultes d'assurer l'assistance spirituelle de leurs coreligionnaires¹⁰¹². Au regard de la situation humanitaire dans la bande de Gaza et des moyens dont dispose l'Autorité palestinienne, prétendre qu'Israël n'est plus une Puissance occupante a des conséquences rédhibitoires à l'égard du mieux-être de la population. C'est une quatrième spécificité ; alors que la fin d'une situation d'occupation est très

¹⁰⁰⁵ Voir en ce sens, Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, op. cit. note 393, § 278 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2005, 419 p., p. 311 ; Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, op. cit. note 986, p. 10.

¹⁰⁰⁶ Voir en ce sens, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », op. cit. note 996, p. 237.

¹⁰⁰⁷ Voir en ce sens, Human Rights Watch, *Israel Disengagement Will Not End Gaza Occupation, Israeli Government Still Holds Responsibility for Welfare of Civilians*, Communiqué de presse disponible en ligne sur : <http://hrw.org/english/docs/2004/10/29/isrlpa9577.htm>, dernier accès le 5 juin 2008 ; Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, op. cit. note 986, p. 10.

¹⁰⁰⁸ Voir en ce sens, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », op. cit. note 996, pp. 241-242, qui soulignent en outre qu'Israël garde également une influence considérable, si ce n'est le monopole, de l'administration de la justice notamment dans la bande de Gaza, pp. 236 et 237.

¹⁰⁰⁹ Voir en ce sens l'allocation du premier ministre israélien Ariel Sharon devant l'Assemblée générale des Nations unies le 15 septembre 2005. Après avoir mentionné que « [...] le dernier soldat israélien a quitté la bande de Gaza et la règle militaire a pris fin dans cette région », il a ensuite affirmé « [I]a fin du contrôle et de la responsabilité israéliennes dans la bande de Gaza », Assemblée générale des Nations unies, Soixantième session, Procès verbal de la 5e séance plénière, jeudi 15 septembre 2005, A/60/PV.5, 57 p., p. 51.

¹⁰¹⁰ Article 55.

¹⁰¹¹ Article 50.

¹⁰¹² Article 58.

généralement souhaitée par tous, les conséquences qu'elle emporte en l'occurrence, d'un point de vue humanitaire, conduit au contraire à rechercher des arguments en faveur de la persistance de la situation. Pour toutes ces raisons, la doctrine comme certaines instances internationales se sont légitimement interrogées sur le point de savoir si les faits tels qu'ils se déroulent depuis août 2005 relativement à la bande de Gaza répondent bien à l'absence d'occupation du territoire ; chacune adoptant une position propre.

Depuis 2005 et jusqu'à aujourd'hui, la situation de la bande de Gaza alimente abondamment le débat tant doctrinal¹⁰¹³ que politique¹⁰¹⁴ ; il serait impossible de comptabiliser toutes les déclarations ou les prises de position qui ont été faites à ce sujet. Parmi celles-ci toutefois, l'une d'elles méritent une mention tout à fait particulière, à savoir la prise de position du Comité international de la Croix-Rouge, au moyen d'une déclaration publique de son président ; laquelle pose sans ambiguïté que « [b]ien qu'Israël n'ait pas eu une présence permanente à Gaza depuis son désengagement officiel de 2005, il a en fait maintenu un contrôle effectif sur la bande et ses frontières depuis 1967 »¹⁰¹⁵. Ci-après ces diverses déclarations ou prises de position seront mises en exergue, lorsqu'elles sont en lien directement avec le droit international humanitaire (a), ce qui permettra d'examiner la question de la fin l'occupation du territoire, sous l'angle exclusif des conséquences du retrait de l'armée ennemie vis-à-vis de l'exercice de l'autorité¹⁰¹⁶ (b).

¹⁰¹³ Parmi de nombreux articles parus sur le sujet, voir par exemple, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *op. cit.* note 996 ; Iain SCOBIE, « An intimate disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the law of occupation and of self-determination », *op. cit.* note 986. Pour un tour d'horizon succinct de la question, voir également Tamás HOFFMANN, « Is the Gaza Strip still an occupied territory?: divergent approaches in international humanitarian law », in. Gábor KAJTÁR & Gábor KARDOS (eds), *Nemzetközi Jog és Európai Jog: Új Mészérszponok (László Valki Festschrift)*, Saxum, 2011, pp. 28-44.

¹⁰¹⁴ Parmi les déclarations politiques, les deux principales auxquelles se référer sont celles d'Israël au travers de son plan de désengagement et la réponse qu'a apporté l'Autorité palestinienne. Voir respectivement, Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, disponible en ligne sur : <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm>, dernier accès le 5 mai 2008 et PLO Negotiations Affairs Department, *The Israeli "Disengagement" Plan: Gaza Still Occupied*, 1^{er} septembre 2005, disponible en ligne sur : <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/85255db800470aa485255d8b004e349a/f7c5f26122c733598525707b006097a9?OpenDocument>, dernier accès le 5 mai 2008.

¹⁰¹⁵ Peter MAURER, « Challenges to international humanitarian law: Israel's occupation policy », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 888, 2012, disponible en ligne sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2013/irrc-888-maurer.pdf>, dernier accès le 26 janvier 2013, p. 6, nous traduisons.

¹⁰¹⁶ La question de l'occupation de Gaza peut également être envisagé sous l'angle de l'autodétermination par exemple. Voir en ce sens, Iain SCOBIE, « An intimate disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the law of occupation and of self-determination », *op. cit.* note 986.

a) Le positionnement du débat

Selon le Rapporteur spécial des Nations unies sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, la persistance de l'occupation de la bande de Gaza par Israël serait caractérisée par le simple fait qu'Israël continue d'exercer un contrôle effectif sur ce territoire. Ainsi, après avoir affirmé premièrement que la « *présence physique permanente des forces militaires* »¹⁰¹⁷ n'est pas nécessaire pour que le contrôle effectif puisse continuer à s'exercer, il conclut deuxièmement que le « *progrès technique* »¹⁰¹⁸ permet à Israël de continuer à exercer son contrôle sur la « *population [...] sans y avoir une présence militaire permanente* »¹⁰¹⁹. Ce contrôle se matérialiserait par un certain nombre d'éléments, regroupés en quatre grands types de contrôle, à savoir le « *[c]ontrôle effectif des six voies d'accès terrestre à Gaza* »¹⁰²⁰, le « *[c]ontrôle effectué au moyen d'incursions militaires* »¹⁰²¹, le « *[c]ontrôle total de l'espace aérien de Gaza et de ses eaux territoriales* »¹⁰²², et le « *[c]ontrôle des registres de l'état civil des Palestiniens* »¹⁰²³.

Dans un rapport de 2007 consacré à la situation humanitaire dans les territoires palestiniens, sans aborder expressément la qualification de la situation dans la bande de Gaza, le Comité international de la Croix-Rouge prend pour acquis que Gaza est un territoire occupé¹⁰²⁴. Plus généralement, depuis 2005 dans tous ses rapports annuels, cette institution a continué de désigner les territoires palestiniens, y compris Gaza, notamment, comme des « *territoires occupés* »¹⁰²⁵. Plus encore, dans une déclaration publique

¹⁰¹⁷ Conseil des droits de l'homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967*, John Dugard, 21 janvier 2008, A/HRC/7/17, § 11.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ *Ibid.*, a).

¹⁰²¹ *Ibid.*, b).

¹⁰²² *Ibid.*, c).

¹⁰²³ *Ibid.*, d).

¹⁰²⁴ La première phrase du rapport se lit en effet comme suit : « *Dans l'ensemble des territoires palestiniens occupés, aussi bien dans la bande de Gaza qu'en Cisjordanie, les Palestiniens luttent quotidiennement, simplement pour vivre [...]* », Comité international de la Croix-Rouge, *Dignity Denied in the Occupied Palestinian Territories*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, novembre 2007, 9 p., p.1, traduction proposée par le Comité international de la Croix-Rouge, disponible en ligne sur : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/report/palestine-report-131207.htm>, dernier accès le 29 mai 2012.

¹⁰²⁵ Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2011, 512 p., p. 384, nous traduisons. De façon tout à fait symptomatique, alors que le Comité international de la Croix-Rouge désignait ces territoires comme « *occupés et autonomes* » jusqu'en 2008 inclusivement, depuis 2009 les mots « *et autonomes* » ont disparu de son langage, et l'Institution parle uniquement de « *territoires occupés* ». Voir en ce sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, 2005, *op. cit.* note 1011, p. 311 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2006, 439 p., p. 326 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge,

communiquée le 2 décembre 2013, le Comité international de la Croix-Rouge a très clairement indiqué qu'il considérait Gaza comme étant un territoire occupé par Israël depuis 1967.¹⁰²⁶ Le formulant comme une évidence, le Comité international de la Croix-Rouge ne précise toutefois pas quels sont les éléments qui lui permettent d'arriver à cette conclusion autrement qu'en ces termes : « *Bien que la forme et le degré de cette occupation aient varié, Israël a continuellement maintenu un contrôle effectif sur les territoires qu'il a occupés à la suite de la guerre des six jours de 1967, et sur les populations palestiniennes qui y vivent.* »¹⁰²⁷

La Mission constituée par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, pour établir les faits durant l'*Opération Plomb durci* menée entre le 28 décembre 2008 et le 17 janvier 2009 par l'armée israélienne dans la bande de Gaza, considère également que la bande de Gaza est un territoire occupé, et ce encore au début de l'année 2009 et alors même que l'opération pose en elle-même la question de la qualification d'occupation du territoire, pour la période pendant laquelle elle a duré, au moins¹⁰²⁸, étant donné le niveau de son intensité.

Dans l'affaire initiée par le Comité public contre la torture, dite des assassinats ciblés¹⁰²⁹, entre autres références surprenantes au droit international humanitaire applicable¹⁰³⁰, la Cour suprême, sans se prononcer sur le statut du territoire, intègre tout de même le droit de l'occupation parmi le droit international humanitaire applicable au cas qui lui est soumis. En effet, pour se prononcer sur la nature du conflit qui opposait Israël aux participants à l'*intifada*, la Cour examine la nature des relations entre « *l'État occupant dans une zone soumise à l'occupation par une partie belligérante et les terroristes venant de*

Genève, 2007, 464 p., p. 341 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2008, 472 p., p. 347 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2009, 492 p., p. 365 ; et Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2010, 578 p., p. 433.

¹⁰²⁶ Peter MAURER, « Challenges to international humanitarian law: Israel's occupation policy », *op. cit.* note 1015. Voir également la position radicalement contraire exprimée en réponse par l'ancien Ambassadeur israélien Baker, Alan BAKER, « International humanitarian law, ICRC and Israel's status in the Territories », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, n° 888, 2012, disponible en ligne sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2013/irrc-888-baker.pdf>, dernier accès le 26 janvier 2013.

¹⁰²⁷ Peter MAURER, « Challenges to international humanitarian law: Israel's occupation policy », *op. cit.* note 1015.

¹⁰²⁸ Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, *op. cit.* note 393, § 275. Voir développements sur ce point *infra* (b. ci-dessous).

¹⁰²⁹ *Comité public contre la torture en Israël c. le Gouvernement israélien*, cas n° HCJ 769/02, 13 décembre 2006, *op. cit.* note 990.

¹⁰³⁰ Voir en ce sens *supra* note 990, à propos de la référence à l'interprétation de la qualification du conflit proposée par le Professeur Cassese et reprise par la Cour.

la même zone »¹⁰³¹, elle semble donc bien prendre comme postulat de départ en 2006 encore qu'Israël occupe la bande de Gaza. Ce point n'est cependant absolument pas motivé au regard notamment du Règlement de La Haye. Si la Cour évoque ensuite la quatrième Convention de La Haye de 1907 pour constater que son caractère coutumier s'impose à Israël, elle ne fait pas le lien avec la situation d'occupation, qu'elle n'examine pas en elle-même. C'est simplement à l'évocation de la quatrième Convention de Genève, et de la façon dont Israël perçoit son applicabilité dans les territoires occupés, que la Cour semble de nouveau de manière incidente confirmer que la bande de Gaza est un territoire occupé puisqu'elle se réfère « aux dispositions de la IV^e Convention de Genève relatives à l'occupation. »¹⁰³²

Deux ans plus tard en revanche, dans l'affaire Ahmed, dite des coupures de courant¹⁰³³, la Cour suprême israélienne, en sa qualité de Haute Cour de Justice, indique clairement qu'elle adhère à la position du gouvernement selon laquelle la bande de Gaza n'est plus un territoire occupé depuis septembre 2005.¹⁰³⁴ À cette occasion, la Cour ne se contente pas de prendre argument du fait de la non-présence continue des soldats israéliens sur le territoire. Elle verrouille son raisonnement en constatant subsidiairement qu'« Israël n'a pas [...] de capacité réelle, dans sa situation actuelle, d'assurer l'ordre ni d'administrer la vie civile dans la bande de Gaza. »¹⁰³⁵ Autrement dit, les juges considèrent que ce n'est pas le seul retrait de l'armée qui est déterminant, mais la constatation additionnelle qu'Israël n'est plus en mesure d'exercer son autorité sur le territoire, seul critère véritablement déterminant au sens du Règlement de La Haye.

b) La bande de Gaza, un territoire toujours occupé ?

À titre préliminaire, s'agissant de la déclaration unilatérale israélienne selon laquelle l'occupation a pris fin, il convient de rappeler que les déclarations des Parties au conflit, comme de toute autre autorité, sont sans effet sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire dans son ensemble, parmi lequel les situations d'occupation. Une telle déclaration n'a que pour effet de conduire éventuellement à examiner la situation pour

¹⁰³¹ Comité public contre la torture en Israël c. le Gouvernement israélien, cas n° HCJ 769/02, 13 décembre 2006, *op. cit.* note 990, § 18, p. 1439. La Cour emploie le mot « zone » tout au long de son arrêt, après avoir précisé que ce terme s'applique à « [la] Judée, [la] Samarie et [...] la bande de Gaza [...] ». *Ibid.* § 16.

¹⁰³² Comité public contre la torture en Israël c. le Gouvernement israélien, cas n° HCJ 769/02, 13 décembre 2006, *op. cit.* note 990, § 20, p. 1440, nous soulignons.

¹⁰³³ Cour suprême israélienne, Jaber Al-Bassiouni Ahmed et autres c. le premier ministre et le ministre de la Défense, HCJ 9132/07, 30 janvier 2008, *op. cit.* note 1002.

¹⁰³⁴ *Ibid.* § 12, p. 1466.

¹⁰³⁵ *Ibid.* La Cour a réitéré sa position au moins en deux occasions depuis, voir en ce sens Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *op. cit.* note 996, p. 233.

déterminer si des faits nouveaux sont véritablement de nature à opérer un changement de qualification juridique. En soi, la déclaration elle-même reste sans incidence.¹⁰³⁶ On peut simplement lui reconnaître un effet indicateur.

Si la conclusion est que Gaza est toujours un territoire occupé du fait de l'autorité qu'y est en mesure d'exercer Israël, même en l'absence de troupes sur le territoire de façon continue, cela ne signifie pas pour autant que les conditions qui permettent de conclure à la fin d'une occupation ne sont pas le miroir de celles qui sont posées pour constater le début de l'occupation. En définitive, s'agit-il véritablement d'une question liée uniquement à la présence de forces armées sur le territoire ? Si l'on s'en tient à la capacité à exercer l'autorité, la question devrait plus précisément être : le retrait des troupes permet-il encore à Israël d'exercer son autorité de Puissance occupante sur le territoire ? À l'évidence, observer que l'armée ennemie s'est retirée du territoire oblige à s'interroger sur la persistance de l'occupation de la bande de Gaza, au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye. Mais, en réalité, ce qui est déterminant, c'est l'autorité exercée ou à même de s'exercer sur le territoire.¹⁰³⁷ Or, si la mise en place de cette autorité suppose nécessairement une présence militaire minimale sur le territoire, se pourrait-il que le retrait de l'armée du territoire ne change rien à la situation ?¹⁰³⁸ Sans doute la question se

¹⁰³⁶ Voir développements sur ce point *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I. Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 9 ; Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, *op. cit.* note 342, p. 56 ; Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 986, p.10 ; Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, p. 127. De la même façon, les déclarations qui prennent soin d'éviter de faire référence à la situation comme étant caractéristique d'une occupation sont sans incidence sur la qualification de la situation comme telle. En ce sens à propos des déclarations des États-Unis au début de leur présence en Irak en 2003, Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », *op. cit.* note 993, p. 31.

¹⁰³⁷ Dans le même sens, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 986 : « Le test n'est pas per se la présence militaire des forces occupantes dans toutes les zones du territoire, mais la mesure dans laquelle est la Puissance occupante, au travers de sa présence militaire, d'exercer un contrôle effectif sur le territoire [...]. », p. 6, nous traduisons. Il a également été avancé que le seul contrôle par Israël d'une zone correspondant à la frontière entre Gaza et l'Égypte, dite la route de Philadelphie, aurait suffi à considérer qu'Israël demeure une Puissance occupante, ce serait la raison pour laquelle Israël a conclu un accord avec l'Égypte sur le contrôle de la sécurité dans cette zone. Voir en ce sens, Iain SCOBIE, « An intimate disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the law of occupation and of self-determination », *op. cit.* note 986, p. 5.

¹⁰³⁸ En ce sens, Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, *op. cit.* note 986, p. 7 ; voir également Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *op. cit.* note 996, qui vont considérablement plus loin puisqu'ils mettent en avant que les nouvelles technologies, notamment la possibilité de surveillance par satellite, rendraient « certainement possible pour une Puissance occupante de maintenir la sécurité sur un territoire avec un minimum de dépendance de forces physiquement présentes au sol », et vont même jusqu'à se hasarder à une comparaison avec la technologie des drones. p. 239, nous traduisons. En sens contraire voir, Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after

poserait-elle différemment si Gaza et la Cisjordanie constituaient un territoire géographiquement continu. Dans cette hypothèse il serait plus aisé de conclure que bien que les troupes ne soient pas présentes dans toutes les parties du territoire la situation d'occupation est inchangée dès lors que l'armée ennemie est en mesure d'exercer son autorité, c'est-à-dire par exemple de se redéployer si nécessaire, aussitôt qu'elle le souhaite.¹⁰³⁹ D'ailleurs d'aucuns estiment, à la lumière des contrôles exercés par l'armée israélienne sur l'entrée et la sortie des personnes et des biens du territoire qu'il s'agit en réalité plus d'un redéploiement de l'armée que d'un retrait, lequel ne changerait rien à la qualification de Puissance occupante.¹⁰⁴⁰ Le repositionnement de ses troupes tout autour de Gaza, sur terre, sur mer et dans les airs inviterait à conclure dans ce sens ; l'armée israélienne peut se redéployer à tout moment pour assumer son autorité. En cela la situation correspond à ce que le Tribunal américain de Nuremberg a considéré lorsqu'il a statué « *[b]ien qu'il soit vrai que les résistants étaient capables de contrôler des sections de [la Grèce et de la Yougoslavie] à divers moments, il est établi que les Allemands pouvaient à tout moment où ils le souhaitaient assurer un contrôle physique de n'importe quelle partie du pays* »¹⁰⁴¹. Aussi, ce n'est pas la présence dans les airs, sur mer ou sur terre de l'armée israélienne autour de la bande de Gaza qui est ou non constitutive en elle-même d'une potentielle occupation, mais le fait que cette présence lui permette d'être en mesure d'exercer son autorité, tel que l'exige l'article 42 du Règlement de La Haye.¹⁰⁴² On peut par exemple noter que c'est Israël qui

Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, pour lequel il est envisageable que l'autorité puisse être exercée en l'absence continue de troupes au sol. Dans la situation il constate que « [...] malgré le pouvoir d'Israël d'influencer les événements à Gaza jusqu'à un certain point, sa capacité à faire régner le droit et l'ordre sur une base quotidienne est de minimale à inexistante (les soldats israéliens n'ont pas patrouillé dans les rues de la ville de Gaza depuis le milieu des années 1990) », p. 380, nous traduisons. Adam Roberts semble se positionner en ce sens également lorsqu'il estime que « l'occupant exerce directement son autorité, par le biais de ses forces armées, plutôt que indirectement, par le biais d'agents locaux. », Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », *op. cit.* note 366, § 9.

¹⁰³⁹ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 8 : « *[u]n contrôle effectif ne requiert pas que les forces d'occupation soient présentes en tout lieu et en tout temps. Il est généralement accepté qu'il est suffisant que la force occupante puisse, dans un délai raisonnable, envoyer des détachements de troupes pour faire ressentir son autorité au sein des zones occupées.* », nous traduisons. Cette hypothèse est également envisagée par Yuval Shany, Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, p. 379.

¹⁰⁴⁰ Voir en ce sens, Mustafa MARI, « The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End of the Occupation? », *op. cit.* note 1000, p. 366.

¹⁰⁴¹ United States Military Tribunal, Nuremberg, *Judgement of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)*, *op. cit.* note 365, p. 56, repris dans une certaine mesure par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'Affaire *Naletilić* au paragraphe 217 de l'arrêt qui, comme il a été mentionné précédemment, liste un certain nombre d'indicateurs permettant de conclure à l'occupation. TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, *op. cit.* note 44.

¹⁰⁴² Yuval Shany émet cette hypothèse Yuval SHANY, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *op. cit.* note 366, p. 379. Dans le même sens Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *op. cit.* note 996, pp. 235-236 ; Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative,

décide si un port ou un aéroport pourront être rouverts dans la bande de Gaza.¹⁰⁴³ Si l'Autorité palestinienne n'est pas en mesure de passer outre l'« autorisation » de l'armée israélienne pour se faire, n'est-ce pas là la définition même de ce qu'est l'exercice de l'autorité, à savoir la capacité de décider et de se faire obéir ?

Si cet état de fait invite à conclure à la persistance de l'occupation après la date du 12 septembre 2005, restent toutefois certaines interrogations liées aux actes de violence perpétrés subséquemment depuis et sur la bande de Gaza. En effet, on peut se poser la question de savoir s'il est toujours possible de considérer que la bande de Gaza est un territoire occupé par Israël dès lors que des roquettes sont quotidiennement lancées depuis Gaza¹⁰⁴⁴ vers des cibles situées en Israël et que cette dernière riposte soit depuis son propre territoire, soit grâce à des « incursions » dans la bande de Gaza¹⁰⁴⁵. Cela ne contredit-il pas l'assertion selon laquelle la Puissance occupante doit être en mesure

Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law, op. cit. note 986 ; Nicholas STEPHANOPOULOS, « Israel's Legal Obligations to Gaza After the Pullout », op. cit. note 990. Le cas *Tzemel*, jugé par la Cour suprême israélienne, dans lequel les juges ont estimé que les « forces d'occupation n'avaient pas besoin d'exercer un contrôle effectif sur tout le territoire et la population, mais simplement d'avoir la capacité potentielle de le faire » est abondamment cité en doctrine à l'appui de cette thèse, *Tzemel c. Minister of Defence*, op. cit. note 385, voir en ce sens Iain SCOBIE, « An intimate disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the law of occupation and of self-determination », op. cit. note 986, p. 6 ; mais également Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », op. cit. note 343, § 5.

¹⁰⁴³ Voir le plan de disengagement : Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, op. cit. note 1014.

¹⁰⁴⁴ Depuis 2005, le Comité international de la Croix-Rouge constate régulièrement dans ses rapports annuels la persistance des hostilités depuis et sur la bande de Gaza. Voir par exemple le rapport 2006 qui mentionne que « [I]es opérations militaires israéliennes dans la bande de Gaza [...] ont continué pour beaucoup durant la seconde moitié de 2006 [...] ». Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, 2006, op. cit. note 1030, p. 326, nous traduisons. De même en 2007, le Comité international de la Croix-Rouge constate que « [I]e feu fréquent de roquette et mortier depuis Gaza sur des villes israéliennes proches a continué de causer des victimes et des dommages matériels. Des offensives aériennes israéliennes en représailles et des incursions au sol dans Gaza ont également eu pour résultat des pertes en vies humaines et des dommages matériels. ». Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, 2007, op. cit. note 1030, p. 341, nous traduisons. Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, 2008, op. cit. note 1030, p. 347, qui fait en outre état de l'Opération plomb durci. Dans le même sens, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », op. cit. note 996, p. 227.

¹⁰⁴⁵ Au nombre de ces incursions, n'est pas pris ici en compte l'Opération Plomb durci qui en elle-même pose la question de la poursuite de l'occupation. Cette offensive de l'armée israélienne, qui s'est déroulée entre le 28 décembre 2008 et le 17 janvier 2009, de part son intensité conduit pour cette période au moins à sérieusement remettre en cause la persistance de la qualification d'occupation du territoire. Pourtant la mission d'établissement des faits dépêchée par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies affirme péremptoirement que : « Il ne fait aucun doute qu'à tous les moments pertinents dans le contexte du mandat de la Mission, Israël exerçait un contrôle effectif dans la bande de Gaza. La Mission considère que les circonstances de ce contrôle établissent que la bande de Gaza demeure occupée par Israël. Les dispositions de la quatrième Convention de Genève s'appliquent par conséquent en tout temps pour ce qui est des obligations qui incombent à Israël à l'égard de la population de la bande de Gaza. », Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, op. cit. note 393, § 275.

d'assurer l'ordre et la sécurité publics sur le territoire dont elle a la responsabilité ? Ici la résurgence de la violence est telle par moment que ce qui pourrait remettre en question la qualité de territoire occupé c'est véritablement la capacité d'Israël à exercer son autorité sur la bande de Gaza et en particulier à y faire régner l'ordre public. Le raisonnement des juges dans l'Affaire dite des otages est, à cet égard encore, pour le moins intéressant. En effet, après avoir constaté que l'armée allemande, Puissance occupante notamment en Grèce depuis le 28 avril 1941, faisait l'objet de nombreuses attaques depuis l'été 1941 dont l'intensité « a progressivement augmenté [...] jusqu'à prendre l'apparence d'une campagne militaire »¹⁰⁴⁶, ils statuent qu'« [i]l est clair que les forces armées allemandes étaient capables de maintenir un contrôle sur la Grèce [...] jusqu'à ce qu'elles l'évacuent au printemps 1944. »¹⁰⁴⁷ Plus encore, sans entrer dans des considérations liées à la qualification de ce type de conflits, il ne fait aucun doute pour les juges que la Puissance occupante ne perd pas cette qualité même lorsqu'elle lutte contre une guérilla.¹⁰⁴⁸ Autrement dit, le fait que des hostilités se produisent sur le territoire n'est pas rédhibitoire de la qualification d'occupation.¹⁰⁴⁹ Rapporté à la situation dans la bande de Gaza, les attaques dirigées par des groupes armés palestiniens contre des cibles israéliennes, peuvent être vues de deux manières : soit elles sont la preuve qu'Israël n'a plus la maîtrise du territoire du fait des hostilités, et il ne peut plus de ce fait être considéré comme une Puissance occupante, soit, malgré leur intensité, ces événements n'empêchent pas de conclure que l'occupation perdure et il doit continuer d'assumer les obligations qui sont les siennes en tant que Puissance occupante.¹⁰⁵⁰ Dans ce dernier cas on constate alors que s'il est nécessaire que les hostilités aient cessé au moins dans une certaine mesure pour que la Puissance en cause puisse procéder à l'occupation du territoire au sens du Règlement de La Haye, une fois cette autorité établie l'apparition d'hostilités n'emporte pas *ipso facto* cessation de l'occupation. Il ne faut toutefois pas en conclure que la fin de l'occupation ne reflète pas le début de l'occupation. En effet, ici comme ailleurs, ce qui est déterminant c'est que la Puissance continue d'être en mesure d'exercer son autorité et non pas la fluctuation des modalités dans lesquelles elle l'exerce. S'il est indispensable que l'intensité de la violence baisse pour que la Puissance puisse asseoir son autorité sur le territoire, le fait

¹⁰⁴⁶ United States Military Tribunal, Nuremberg, *Judgement of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)*, *op. cit.* note 365, p. 56.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰⁴⁹ Dans le même sens, Marten ZWANENBURG, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *op. cit.* note 67, qui considère que « [l]a conception large de l'occupation proposé par le commentaire de Pictet doit être rejeté », p. 112. Voir également en ce sens, Shane DARCY & John REYNOLDS, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *op. cit.* note 996, p. 238 ; Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », *op. cit.* note 993, p. 34.

¹⁰⁵⁰ En ce sens, Yoram DINSTEIN, *The International Law of Belligerent Occupation*, *op. cit.* note 349, p. 279.

qu'elle augmente à nouveau ne signifie pas qu'elle ne contrôle plus, de façon générale, le territoire. Du reste, en l'occurrence, le contexte politique israélo-palestinien amène également à se demander si Israël ne serait pas en réalité capable d'y maintenir son autorité et de faire cesser la violence, mais qu'elle ne le fait pas à dessein, afin de pointer du doigt la supposée inaction de l'Autorité palestinienne. Si tel était le cas, cela irait dans le sens de la conclusion selon laquelle Gaza est toujours un territoire occupé.

Le contexte israélien est si sensible et si particulier qu'il méritait d'être mis en avant au moment de s'interroger sur le moment à partir duquel une occupation cesse d'exister. Si le cas de la bande de Gaza a eu le mérite de vivifier le débat et de provoquer un examen minutieux des éléments qui conduisent à considérer qu'une occupation a pris fin ou non, il ne saurait toutefois à lui seul constituer le terreau à une interprétation nouvelle et généralisée, du fait justement de cette sensibilité et de ce particularisme, et ce d'autant moins si le point de départ de l'analyse est le retrait de l'armée ennemie seul, plutôt que l'examen de l'exercice ou non de l'autorité lié à ce retrait. Plus encore, sans ignorer que les normes du droit international doivent s'interpréter « *dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu* »¹⁰⁵¹, il convient néanmoins de remettre ce cas particulier dans le contexte plus large du droit international humanitaire. En effet, comme pour tout ce qui concerne l'applicabilité de cette branche du droit, la casuistique l'emporte¹⁰⁵². Dans un autre cas, à l'avenir, il se pourrait que le retrait de l'armée étrangère sonne définitivement et sans équivoque le glas de la faculté d'exercer son autorité, obligeant à conclure à la fin de la caractérisation de la situation d'occupation. Un seul exemple particulier, aussi emblématique soit-il, ne saurait justifier l'élaboration d'un nouveau principe général. Il en va de même pour ce qui concerne le transfert de l'autorité.

2) L'apparition d'un consentement

La question controversée à l'étude ici est spécifiquement celle de savoir si seule la remise de l'exercice de l'autorité par la potentielle *ancienne* Puissance occupante à un nouveau gouvernement, alors qu'elle reste physiquement présente sur le territoire suffit à faire cesser la situation d'occupation.¹⁰⁵³ Seules

¹⁰⁵¹ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, Recueil 1971, p. 16, § 53.

¹⁰⁵² Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 8 : « *La détermination selon laquelle les conditions de l'occupation sont remplies au moment et à l'endroit pertinents sera basé sur une analyse factuelle au cas par cas.* », nous traduisons.

¹⁰⁵³ Il en résulte par conséquent que d'autres questions qui peuvent intervenir en relation avec la question d'un consentement qui se produirait au cours d'une occupation et ses conséquences ne sont pas abordées à dessein. On pense par exemple à la situation de la Russie en Ossétie du Sud postérieurement à l'accord de cessez-le-feu intervenu suite au conflit qui a opposé la Russie et la Géorgie en août 2008. Pour de plus amples détails sur cette situation, voir en particulier Human

les circonstances factuelles liées à l'exercice de l'autorité seront examinées. D'autres éléments sous-jacents, qui ont suscité d'autres controverses dans le cas de l'Irak, ne seront en revanche intentionnellement pas abordés. En particulier, l'autorité des Résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en droit international ne seront pas re-débattues dans les lignes qui suivent¹⁰⁵⁴, ni la question de la validité du consentement en droit international général¹⁰⁵⁵. En définitive, si les questions sont nombreuses, seules celles qui sont exclusivement spécifiques au droit international humanitaire seront étudiées.

Les hypothèses de maintien de l'ancienne Puissance occupante sur le territoire, après avoir constaté que le régime d'occupation militaire avait pris fin ne sont pas des hypothèses nouvelles en soi¹⁰⁵⁶. La situation de l'Irak à l'été 2004 a toutefois présenté cette possibilité sous un jour nouveau.¹⁰⁵⁷ Pour ce qui concerne cette situation spécifique, l'une des questions à laquelle il faut répondre est la suivante : le « transfert d'autorité » de l'armée américaine suffisait-il, à lui seul, pour affirmer que les États-Unis n'étaient plus une Puissance occupante, alors qu'ils maintenaient une présence militaire et continuaient d'exercer certaines prérogatives sur ce territoire ? La réponse à

Rights Watch, *Up in Flames : Humanitarian Law Violations and Civilian Victims in the Conflict over South Ossetia*, op. cit. note 399 ; et Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volume II*, op. cit. note 284.

¹⁰⁵⁴ Sur cette question spécifique voir, par exemple, Andrea CARCANO, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, n° 1, 2006, pp. 41-66 ; Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, op. cit. note 350, en particulier p. 27 ; Robert KOLB, « L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, sélection française 2008, pp. 81-102 ; Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, en particulier aux pp. 229-253 ; Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », op. cit. note 993 ; Marten ZWANENBURG, « Existentialism in Iraq: Security Council resolution 1483 and the law of occupation », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 856, 2004, pp. 745-768 ; ou encore Marco SASSOLI, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life », op. cit. note 354, en particulier aux pp. 683 et 684. Voir également les développements *supra* à propos des effets des prises de position du Conseil de sécurité des Nations unies, Titre I, Chapitre I, Section I. En l'occurrence l'aléa sur lequel repose la probabilité que cette autorité se prononce sur la situation rend inopérant sa prise en considération au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire.

¹⁰⁵⁵ Pour être valide, un consentement doit être « donné par un organe compétent, non atteint d'un vice du consentement et conforme au jus cogens », Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit. note 26, p. 240.

¹⁰⁵⁶ Ce fut notamment le cas de l'Allemagne et du Japon, après la seconde guerre mondiale. Pour des développements sur ces situations particulières, voir notamment Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », op. cit. note 366, §§ 27-32 mais aussi § 5 : « il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une occupation est largement acceptée comme ayant pris fin malgré le fait que la force intervenante reste sur le territoire. » ; Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », op. cit. note 993, pp. 29-30.

¹⁰⁵⁷ Dans le même sens, Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », op. cit. note 993. Par ailleurs, le postulat de départ à l'analyse est également ici que les États-Unis, entre autres, occupaient le territoire au moins jusqu'au 28 juin 2004 bien que les violences qui ont fait rage pendant toute la période qui a précédé peut conduire à s'interroger sur le point de savoir si les États-Unis ont jamais été en mesure de faire régner l'ordre sur ce territoire.

cette question est positive, aux conditions cumulatives que les destinataires de l'autorité en étaient bien les récipiendaires légitimes et, si tel est le cas, que le consentement aux activités américaines est valable.¹⁰⁵⁸ Après quelques remarques préliminaires (a), la réponse à cette question sera proposée au travers de l'article 47 de la quatrième Convention de Genève (b).

a) Remarques préliminaires

Avant d'évoquer ces conditions, il convient de relever que le formalisme peut donc, à titre exceptionnel comme en l'occurrence, produire des effets sur l'applicabilité du droit international humanitaire. En effet, si le transfert d'autorité se réalise conformément au droit international, les faits seront inchangés mais le régime juridique applicable sera radicalement différent.¹⁰⁵⁹ Dans ce cas de figure, l'armée ennemie reste sur le territoire et peut continuer de se livrer aux mêmes opérations qu'avant le transfert d'autorité, simplement ce n'est plus elle qui est titulaire de l'autorité sur le territoire, mais le souverain. Ce dernier peut d'ailleurs à son gré déléguer tout ou part de l'autorité à l'armée étrangère. Ce serait le cas par exemple si le souverain retrouve sa capacité d'action théorique pleine et entière mais, du fait par exemple de son affaiblissement résultant du conflit armé, n'est pratiquement pas en mesure d'assurer lui-même l'ordre et le fonctionnement de la vie publique sur tout ou partie du territoire. En d'autres termes celui qui a la capacité de décider, notamment des agissements de l'armée étrangère, est le souverain, lequel requiert de l'armée étrangère des opérations identiques mais qui ne sont dès lors plus soumises au droit international humanitaire applicable dans les territoires occupés. Un exemple en la matière pourrait être la situation de l'Afghanistan au lendemain de l'élection du Président Karzaï par la *Loya Jirga* du 13 juin 2002.¹⁰⁶⁰ À partir de ce moment, les États-Unis, notamment, ne sont pas présents en Afghanistan en tant qu'ennemi, mais en tant que Puissance étrangère alliée au nouveau gouvernement élu. Les moyens du gouvernement afghan étant limités à cette date, les États-Unis continuent

¹⁰⁵⁸ Dans le même sens, Andrea CARCANO, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *op. cit.* note 1054, p. 48.

¹⁰⁵⁹ Pour l'un des experts présents à la réunion sur l'occupation organisée par le Comité international de la Croix-Rouge a présenté une opinion totalement opposée, estimant « *qu'un gouvernement sous l'autorité d'une Puissance occupante ne pourrait pas, par définition, donner un consentement libre et éclairé [genuine]. [...] La possibilité d'un consentement libre ne peut exister que lorsque les deux parties sont indépendantes.* » Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, *op. cit.* note 350, p. 29. Mais on peut opposer à cet argument qu'un État occupé n'est pas nécessairement un État qui n'est pas indépendant. Du reste d'autres experts se sont prononcés en faveur de la possibilité d'un consentement libre même pendant une situation d'occupation, lequel pourrait conduire à la fin de l'occupation. *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Voir en ce sens par exemple, Andrea CARCANO, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *op. cit.* note 1054, p. 57.

d'avoir la responsabilité d'assurer l'ordre et la vie publics tels qu'ils le faisaient auparavant – virtuellement au moins ; simplement tous les actes qu'ils posent, bien qu'ils soient inchangés à certains égards, ne relèvent plus du droit de l'occupation.

b) Les effets de l'article 47 de la quatrième Convention de Genève

Pour revenir à l'Irak et aux conditions auxquelles le transfert d'autorité emporte fin de l'occupation, le débat relatif à l'apparition du consentement appelle, notamment, l'article 47 de la quatrième Convention de Genève, relatif à l'intangibilité des droits des personnes se trouvant en territoire occupé. Cette clause de sauvegarde¹⁰⁶¹ énonce en des termes on ne peut plus clairs que « [l]es personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé. » Cette disposition réaffirme par conséquent non seulement l'un des principes cardinaux du droit de l'occupation, à savoir que l'occupant doit s'en tenir au *statu quo ante bellum*¹⁰⁶² mais contrebalance également la position dominante dont jouit la Puissance occupante¹⁰⁶³. Elle emporte deux conséquences principales qui sont liées entre elles.

i) L'impossibilité pour la Puissance occupante de s'affranchir de ses obligations au motif qu'un accord a été conclu avec la Puissance occupée

Premièrement, vis-à-vis de la question du consentement telle qu'elle se pose dans le cas de l'Irak, c'est d'abord la partie centrale de cette disposition qui est particulièrement pertinente, laquelle prive formellement d'effet tout accord passé entre l'occupé et l'occupant qui aurait pour résultat de priver les personnes se trouvant sur le territoire de leurs droits. Comme le précise le commentaire de l'article 47, « [l]es accords passés avec les Autorités du territoire occupé sont un moyen plus subtil pour la Puissance occupante de chercher à s'affranchir des obligations qui lui incombent aux termes du droit d'occupation. »¹⁰⁶⁴ La question qui surgit dès lors est la suivante : un accord passé entre

¹⁰⁶¹ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II, II, B.

¹⁰⁶² Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, *op. cit.* note 342, p. 56 ; Ardi IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ *Wall Advisory Opinion* », *op. cit.* note 390, p. 103.

¹⁰⁶³ En ce sens, John QUIGLEY, « The P.L.O. - Israeli Interim Arrangements and the Geneva Civilians Convention », *op. cit.* note 1000, p. 26.

¹⁰⁶⁴ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 295.

l'occupant et l'occupé, par lequel l'occupé consent à ce que l'occupant exerce son autorité sur le territoire, est-il couvert par l'article 47 ? Dit autrement, un accord prévoyant la fin de l'occupation est-il de nature à entacher les droits des personnes se trouvant sur le territoire, et par là même prohibé en droit international humanitaire ? Il est difficile de concevoir qu'un accord ayant vocation à mettre un terme à une situation d'occupation puisse être préjudiciable pour les personnes protégées par le droit international humanitaire, s'il est effectivement suivi d'effet. Précisément, si elles sont protégées par le droit international humanitaire c'est qu'elles sont dans une situation de vulnérabilité qui va cesser en même temps que cessera le régime d'exception auxquelles elles étaient soumises. D'aucuns estiment que le but d'un tel accord sort en lui-même du champ d'application de l'article 47.¹⁰⁶⁵ Puisque l'accord prévoit la fin de l'occupation, la quatrième Convention cesserait du même coup de s'appliquer, l'article 47 deviendrait par ce fait même inopérant. Toutefois, même en prenant pour hypothèse que l'autorité de la Puissance occupée n'est pas remise en cause et que l'accord qu'elle a conclu avec la Puissance occupante est valide au plan du droit international général, ce raisonnement a toutefois pour inconvénient d'annihiler tout effet utile à l'article 47 dès lors que l'occupation est désignée comme ayant pris fin. Il se peut que dans la réalité la situation soit inchangée et que le gouvernement anciennement occupé ait conclu cet accord en contrepartie d'autre chose avec la Puissance anciennement occupante¹⁰⁶⁶, ce qui a pour résultat potentiel de priver la population de tous les droits contenus dans la quatrième Convention au prétexte qu'elle ne s'appliquerait plus. L'article 47 va bien au-delà de la coercition prévue en droit international comme hypothèse de nullité de l'accord. Ici l'accord pourrait être parfaitement valide au plan du droit international mais sans effet au regard du droit international humanitaire. Pour que l'accord soit conforme à l'article 47, il faut vérifier, en plus, si sa prononciation de la fin de l'occupation n'est pas préjudiciable pour la population vivant sur le territoire.¹⁰⁶⁷ Théoriquement, qu'il soit mis fin à l'occupation doit être vu comme étant profitable au plan juridique pour la

¹⁰⁶⁵ En ce sens, Robert KOLB, « Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé », *op. cit.* note 444, en particulier p. 311.

¹⁰⁶⁶ Cette hypothèse est notamment mise en avant par John QUIGLEY, « The P.L.O. - Israeli Interim Arrangements and the Geneva Civilians Convention », *op. cit.* note 1000, p. 26.

¹⁰⁶⁷ En sens contraire voir, Robert KOLB, « Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé », *op. cit.* note 444, qui conclut sur ce point que : « Comme la conclusion de certains accords diminuant la portée des garanties conventionnelles est interdite par l'article 47 de la Convention de Genève IV, il y a ici un conflit potentiel important entre l'accord à « l'intérieur du droit d'occupation » tombant sous le coup de l'article 47 et l'accord à « l'extérieur du droit d'occupation » décidant de l'applicabilité de celui-ci ou non. », p. 318.

protection des personnes se trouvant sur le territoire.¹⁰⁶⁸ Ceci sera toujours vrai si l'ancienne Puissance occupante se retire du territoire cependant qu'elle remet l'entière autorité à l'ancienne Puissance occupée. Toutefois des doutes peuvent se faire jour dès lors que l'ancienne Puissance occupante est formellement autorisée à rester positionnée sur le territoire. Il y a alors toujours le risque que la fin de l'occupation ne soit qu'une réalité de papier. C'est précisément ce que l'article 47 cherche à éviter. Il faut donc confronter les faits à l'accord et vérifier que la fin de l'occupation formellement proclamée n'entache pas l'intangibilité des droits des personnes vivant sur le territoire. Cette conclusion est d'ailleurs celle qui s'impose au regard des développements précédents relatifs aux effets des actes juridiques formels sur l'applicabilité du droit international humanitaire. C'est l'avantage d'étudier cette question non pas isolément au regard du droit de l'occupation seul, mais de la replacer dans le contexte plus large de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire. Ainsi, le formalisme n'ayant – de façon générale – aucune prise sur l'applicabilité du droit international humanitaire *et* l'article 47 posant un garde-fou – spécifique – supplémentaire, cette conclusion est la seule valable. Un accord mettant fin à l'occupation n'aura d'effets sur l'applicabilité du droit international humanitaire que si la situation y correspond dans la réalité.¹⁰⁶⁹ Est ainsi réaffirmé le principe d'effectivité sous-jacent de l'ensemble du droit international humanitaire depuis l'adoption des Conventions de Genève de 1949, dont l'effet est d'ailleurs rétroactif vis-à-vis des instruments antérieurs¹⁰⁷⁰, dont le Règlement de La Haye, qui pour certains faisaient encore référence à la notion formelle de guerre, par exemple.

ii) Le garde-fou contre la mise en place d'un « gouvernement fantoche »

Au regard de la situation en Irak intervient ensuite un autre aspect de l'article 47. Car, même si dans les faits il pourrait se vérifier que l'occupation a pris fin

¹⁰⁶⁸ Voir Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350, p. 30. Certains experts se sont prononcés en ce sens, d'autres ont émis l'opinion diamétralement opposée.

¹⁰⁶⁹ Adam Roberts arrive à la même conclusion avec un raisonnement proche. Selon lui : « [...] c'est la réalité, et non l'étiquette, qui compte [...] la proclamation formelle de la fin de l'occupation peut également être d'une importance limitée. Il peut y avoir de nombreuses circonstances après le 28 juin qui constituent soit un exercice général de l'autorité en Irak similaire à celui d'un occupant, ou bien une occupation d'au moins une partie du territoire irakien. Dans de telles circonstances le droit de l'occupation serait de nouveau [sic] applicable », Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », op. cit. note 993, p. 47, nous traduisons. Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, op. cit. note 350 : « Les experts ont admis ce point, mais ont souligné que c'était la situation sur le terrain qui serait toujours le facteur décisif : si cela ne change pas, et des forces étrangères continuent d'exercer un contrôle effectif sur la zone concernée, l'accord – peu importe sa base légale – serait dépourvu de sens et en définitive l'occupation continuerait. », p. 30, nous traduisons.

¹⁰⁷⁰ Voir en ce sens *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II, II, A.

du fait de l'accord entre le Conseil de gouvernement et l'Autorité provisoire de la coalition, cette disposition pose un garde-fou additionnel. En effet, l'occupant ne peut pas mettre en place un « gouvernement fantoche » qui serait acquis à sa cause et que ce dernier l'autorise ensuite à rester sur le territoire, dans le but de s'exonérer de sa responsabilité en tant que Puissance occupante. Afin de verrouiller l'ensemble du système le commentaire ajoute à cet effet que « *la clause de sauvegarde s'applique aussi bien lorsque les Autorités légitimes du territoire occupé ont conclu l'accord dérogatoire avec la Puissance occupante, que lorsqu'il s'agit d'un Gouvernement installé et maintenu par l'occupant.* »¹⁰⁷¹ Cette double précision trouve un écho tout particulier face aux déclarations qui ont pu être faites à propos du comportement américain en Irak, tant le Conseil de gouvernement mis sur pied le 13 juillet 2003 correspond à l'hypothèse soulevée par le commentaire.¹⁰⁷² Dans un cas tel que celui-ci, l'autorisation ne saurait être considérée comme ayant été donnée par une autorité habilitée. La capacité du souverain se trouve totalement étouffée et l'autorisation émane en réalité de l'occupant lui-même, par le truchement d'un pouvoir qu'il a lui-même créé de toute pièce. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la validité d'un tel accord¹⁰⁷³, quoi qu'il en soit le droit international humanitaire continue de s'appliquer, y compris les dispositions relatives aux territoires occupés. En l'espèce il ne s'agit pas du cas de la survenue d'un consentement à l'exercice de l'autorité par la Puissance étrangère, lequel, lorsqu'il est donné par le souverain, peut emporter sans ambiguïté la fin de l'occupation. Ainsi, ce n'est pas le transfert d'autorité factice effectué par Paul Bremer, administrateur de l'Autorité provisoire de la coalition, le 28 juin 2004 au Conseil de gouvernement irakien qui met un terme à l'occupation en Irak, mais le consentement donné par les autorités régulièrement élues, à l'issue du processus démocratique entamé par les élections législatives du 30 janvier 2005.¹⁰⁷⁴ Les États-Unis étaient donc tenus

¹⁰⁷¹ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, *op. cit.* note 39, p. 296.

¹⁰⁷² Le Conseil de gouvernement irakien n'a pas simplement été appuyé par les autorités américaines. Ces dernières ont joué un rôle décisif dans son établissement. Par ailleurs, les accointances du Premier Ministre nommé à cette occasion avec le gouvernement américain ont rapidement été mises en évidence. Pour les détails relatifs aux relations entre les États-Unis et le Conseil de gouvernement qu'ils ont en réalité mis en place, voir notamment Adam ROBERTS, « The End of Occupation: Iraq 2004 », *op. cit.* note 993, p. 38 qui cite un article du New York Times pour le moins évocateur : Joël BRINKLEY, « Ex-CIA Aides Say Iraq Leader Helped Agency in 90's Attacks », *New York Times*, 9 juin 2004, p. 1. Voir également, Andrea CARCANO, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *op. cit.* note 1054, en particulier pp. 50 et s.

¹⁰⁷³ Pour une discussion sur ce point, voir notamment Andrea CARCANO, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *op. cit.* note 1054 ; Christopher J. LE MON, « Legality of a Request by the Interim Government for the Continued Presence of the United States Military Forces », (2004) ASIL Insight, <http://www.asil.org/insights/insigh135.htm>, dernier accès le 6 juin 2008.

¹⁰⁷⁴ Dans le même sens, Eyal BENVENISTI, *The International Law of Occupation*, *op. cit.* note 342, p. 56 ; Marco SASSÖLI, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *op. cit.* note 345, pp. 683-684. Pour le détail du calendrier ayant conduit à ce « transfert »

de respecter leurs obligations en tant que Puissance occupante au moins jusqu'à cette dernière date.¹⁰⁷⁵

Construire, à rebours, une argumentation juridique générale sur des cas particuliers conduit inévitablement à poser plus de problèmes qu'elle n'apporte de solutions. En la matière, l'incongruité de l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention de Genève – tout entier élaboré parce que ses rédacteurs avaient en tête deux situations spécifiques, l'Allemagne et le Japon¹⁰⁷⁶ – aplanie par les rédacteurs du premier Protocole additionnel, démontre les controverses qui en découlent nécessairement, lorsque des situations similaires, sans être pour autant identiques, se développent par la suite.¹⁰⁷⁷ À propos de l'article 6 alinéa 3, il a pu être dit par exemple, qu'il s'agissait d'une erreur historique.¹⁰⁷⁸ Que dira-t-on de la doctrine ou de l'éventuelle jurisprudence actuelles qui font ou feraient du retrait de l'armée ennemie ou du consentement deux critères caractéristiques de la fin de l'occupation, en regard d'une situation spécifique, lorsqu'à des situations analogues ultérieures la conclusion qui s'imposera sera au contraire que l'occupation perdure ?

Ce qui est le miroir du début de l'occupation lorsqu'il s'agit de déterminer lorsqu'elle prend fin ce ne sont pas tant les modalités par lesquelles l'autorité est exercée sur un territoire que l'exercice de l'autorité lui-même. Autrement dit, ce qu'il faut examiner c'est si l'exercice de l'autorité continue ou non d'exister et non pas la disparition de certains éléments qui ont conduit à l'établissement de cette autorité. Tant que l'autorité perdure – quels que

d'autorité, voir par exemple Adam ROBERTS, *The End of Occupation in Iraq* (2004), *op. cit.* note 391, pp. 9-11.

¹⁰⁷⁵ À cette date, pour la première fois depuis la chute de Saddam Hussein le peuple irakien a été invité à se rendre aux urnes. Il s'agissait alors d'élire une assemblée constituante, qui à l'issue de son mandat serait remplacée par une assemblée législative nouvellement élue. En sens contraire voir, Andrea CARCANO, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *op. cit.* note 1054 : « La période entre ces deux événements majeurs [le 28 juin 2004 et le 30 janvier 2005] marque la fin de l'occupation de l'Autorité provisoire de la coalition. », p. 42, nous traduisons. Voir également en sens contraire, CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.* note 411, § 19. Il faut toutefois souligner que la Cour ne discute pas cette question et prend simplement pour acquis dans l'exposé des faits que « [l]e 28 juin 2004, l'occupation prit fin avec la dissolution de l'Autorité provisoire de la coalition et le transfert de ses pleins pouvoirs au gouvernement intérimaire », § 19. Sans se prononcer sur une date ni même un moment précis Adam Roberts souligne simplement que la fin de l'occupation est souvent le résultat d'un long processus, Adam ROBERTS, *The End of Occupation in Iraq* (2004), *op. cit.* note 391. Dans le même sens, Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, *op. cit.* Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, *op. cit.* note 350, pp. 28-31.

¹⁰⁷⁶ Voir les développements sur ce point *infra* (II. ci-dessous).

¹⁰⁷⁷ Dans le même sens Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, *op. cit.* note 349, pp. 162-163 et Adam ROBERTS, « Prolonged Military Occupation », *op. cit.* note 998, pp. 36 et s.

¹⁰⁷⁸ Voir *infra* (II. ci-dessous).

soient les moyens déployés à cet effet, et que ces moyens soient ou non toujours les mêmes depuis le début de l'occupation – l'occupation perdure. Par conséquent, ce n'est pas le retrait de l'armée ou l'apparition d'un consentement qui peut être déterminant au regard de la fin de l'occupation, mais le constat que la capacité à exercer l'autorité, quelles qu'en soient les raisons, n'existe plus.

Du reste, une fois ce constat posé il faut encore examiner les spécificités que prévoient les Conventions de Genève et le premier Protocole additionnel en la matière.

§ II. Les effets spécifiques que produisent les dispositions encadrant la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation

Pour déterminer la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire relatif aux territoires occupés, trois spécificités doivent être prises en considération. La première relève de l'alinéa 3 de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, qui définit un champ d'application *ratione temporis* autonome pour les situations d'occupation, lequel entendait répondre à une préoccupation soulevée par certaines délégations à la Conférence diplomatique de 1949. En effet, à la vue du très grand nombre de nouvelles dispositions mises à la charge de l'occupant dans la troisième partie de la quatrième Convention, en même temps qu'elles étaient témoins d'une occupation d'un genre nouveau en Allemagne et au Japon, certaines représentations gouvernementales jugeaient qu'on ne pouvait pas exiger de l'occupant qu'il assume des responsabilités dont elles estimaient qu'elles revenaient naturellement au bout d'un certain temps à l'occupé. Pourtant, perçue comme une réponse à un phénomène conjoncturel (A), cette spécificité sera gommée par l'adoption du premier Protocole additionnel de 1977, en créant ainsi une deuxième (B). La troisième concerne des situations d'occupation qui ne rencontrent pas de résistance militaire, c'est-à-dire l'hypothèse énoncée à l'article 2 alinéa 2 communs aux quatre Conventions de Genève (C).

A) *Le cas particulier des dispositions énumérées au troisième alinéa de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, une erreur historique ?...*

1) *La justification de l'introduction de l'alinéa 3 de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève*

L'argument majoritaire selon lequel les rédacteurs des Conventions de Genève auraient commis une erreur en adoptant cette disposition peut être résumé en ces termes, « [i]l n'y a pas de raison à ce que la protection des habitants de tels territoires [occupés] soit réduite après que douze mois aient passé »¹⁰⁷⁹. Étant donné l'esprit majoritairement humanitariste qui animait les délégations chargées de la rédaction des Conventions de Genève en 1949, il est en effet curieux qu'ils aient voulu limiter la portée de certaines dispositions et par là-même amoindrir la protection offerte aux personnes civiles.

L'étude des travaux préparatoires permet d'identifier pourquoi la quatrième Convention de Genève comporte une telle clause. Il ressort de la lecture des Actes qu'une telle mention était absente du projet initial élaboré à Stockholm en 1948. L'article 4 de ce projet¹⁰⁸⁰ énonçait simplement que « [l]a présente Convention s'appliquera[it] dès le début de tout conflit visé à l'article 2, [et que s]on application cessera[it] à la fin des hostilités [sic] ou de l'occupation sauf en ce qui concerne les personnes protégées dont la libération, le rapatriement ou l'établissement auront lieu ultérieurement et qui jusqu'à l'achèvement de ces opérations resteront au bénéfice de la présente Convention. »¹⁰⁸¹ C'est lors de la troisième séance de la Commission III chargée de la rédaction de cette partie de la Convention, le 27 avril 1949, que la question a été mise en débat. Le délégué américain le premier propose alors de distinguer entre les occupations de courte durée et celles qui se prolongent, quant à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Il estime en effet que « quand l'occupation se prolonge, elle se caractérise par un retour progressif des autorités locales à leur compétence gouvernementale. »¹⁰⁸² C'est pourquoi il estime que « [l]a Puissance occupante ne devrait être soumise aux obligations de la Convention que durant le temps où les organes des territoires occupés sont dans l'impossibilité de pourvoir aux besoins des habitants. »¹⁰⁸³ Il se fonde en cela sur les exemples de l'Allemagne et du Japon pour lesquels selon lui au moment où il s'exprime « la responsabilité des Puissances occupantes vis-à-vis des populations locales est beaucoup moindre actuellement que pendant la période qui suivit immédiatement la fin des

¹⁰⁷⁹ Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », *op. cit.* note 388, p. 283.

¹⁰⁸⁰ Dans la numérotation finale de l'instrument, il s'agira de l'article 6.

¹⁰⁸¹ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome I, p. 112.

¹⁰⁸² *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, p. 607.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

hostilités »¹⁰⁸⁴. Tous ses pairs ne partagent pas son point de vue, mais le représentant norvégien va proposer qu'au lieu de fixer un délai arbitraire d'un an l'on détermine « *parmi les obligations, celles qui doivent cesser (par exemple, celles touchant au ravitaillement) et celles qui doivent être maintenues (par exemple, celles concernant l'exercice de la justice)*. »¹⁰⁸⁵ La discussion sur ce point se conclut sur une intervention du représentant du Comité international de la Croix-Rouge, pour préciser l'intention des rédacteurs du projet de Convention en discussion dans le sens qu'« *[i]l faut distinguer entre l'application de la Convention dans les territoires nationaux et en territoire occupé. Dans les territoires nationaux la Convention cessera d'être applicable à la fin des hostilités [sic] ; en territoire occupé elle cessera d'être applicable à la fin de l'occupation.* »¹⁰⁸⁶ C'est le Comité de rédaction, chargé de proposer un nouveau texte qui va concilier les points de vue. Une nouvelle formulation les prenant en compte sera proposée à la Commission III le 8 juillet suivant. Le Rapporteur justifie des choix effectués par le Comité de rédaction par le fait qu'« *[i]l y a [...] lieu d'opérer une sélection entre les dispositions qui doivent continuer à protéger la population du territoire occupé tant que dure l'occupation et celles qui, au contraire, doivent cesser d'être applicables du moment que leur justification, résidant dans l'exercice de pouvoirs par la Puissance occupante, a disparu.* »¹⁰⁸⁷

Au moment de leurs réflexions les délégués ont le sentiment de faire ici un choix « *logique et judicieux* »¹⁰⁸⁸ en conciliant la nécessité de protéger les personnes civiles des effets de l'occupation tout en prenant en compte la réalité qui serait celle d'une Puissance occupante qui se maintiendrait au-delà d'un an sur un territoire, alors que les opérations militaires auraient cessé de façon générale. Ils estiment que dans ces circonstances « *il est normal que la Puissance occupante remette progressivement à des autorités composées de citoyens de la Puissance occupée divers pouvoirs et la direction de diverses branches de l'administration* »¹⁰⁸⁹. Ainsi, les dispositions de la troisième Section de la

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 608.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, pp. 608-609. Le compte-rendu *in extenso* de son intervention est intéressant en ce qu'il permet à lui seul d'expliquer l'introduction de ce troisième alinéa à l'article 6 : « *Dans ces conditions, je me demande s'il ne serait pas possible de préciser quelles sont les dispositions ou les chapitres dans la convention que l'on ne désire pas voir appliquer par la puissance occupante après la fin des hostilités. Par exemple je veux bien comprendre qu'une puissance occupante ne peut pas, année après année, avoir toute la responsabilité du ravitaillement du territoire occupé. D'un autre côté il y a d'autres dispositions dans la convention elle-même, qui doivent être appliquées aussi longtemps que dure l'occupation, surtout les dispositions qui concernent la justice et l'exercice du pouvoir à l'égard des individus dans le territoire occupé. Toutes ces règles devraient être applicables aussi longtemps que dure l'occupation. Je voudrais bien que l'on essaye, avant notre prochaine discussion de cet article, de trouver une manière de préciser les règles qui ne devront pas être appliquées éternellement par la puissance occupante vis-à-vis de la population du territoire occupé.* », Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, 27 avril 1949, p. 18.

¹⁰⁸⁶ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, p. 609.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 799.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

quatrième Convention, dont l'applicabilité est exclue après un an sont celles qui ont trait aux « situations mouvementées du temps de guerre [...] et [celles] qui imposent à la Puissance occupante des obligations de ravitaillement et des mesures sanitaires qui se justifient encore quelques mois après les hostilités, mais qui ne sont plus rationnelles dès qu'une certaine stabilisation, établie avec la collaboration des autorités locales, est intervenue »¹⁰⁹⁰. C'est une illustration parfaite du compromis qu'entendent apporter les Conventions de Genève dans leur ensemble ; d'une part les nécessités militaires, de l'autre la protection des personnes. C'est également la confirmation que si les représentants étatiques présents à Genève en 1949 ont constamment rappelé que c'était le Règlement de La Haye qui devait servir de référentiel lorsqu'il était question de l'occupation¹⁰⁹¹, ils consentaient à ce qu'il y ait des situations dans lesquelles l'application du droit international humanitaire devait faire preuve de flexibilité, afin de prendre en compte la réalité sur le terrain, laquelle n'est pas toujours aussi évidente et tranchée que la règle posée dans le Règlement de La Haye. L'alinéa 3 de l'article 4, tel qu'il sera alors soumis aux délégués lors de la vingt-quatrième séance plénière pour adoption définitive, est en tous points identique à celui de l'alinéa 3 de l'article 6 de la quatrième Convention tel qu'on le connaît aujourd'hui¹⁰⁹².

2) *La réactualisation de l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention de Genève par la Cour internationale de justice*

Contrairement à certains émois qu'elle a pu provoquer, la conclusion à laquelle est arrivée la Cour internationale de justice dans son avis rendu à propos de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé lorsqu'elle constate que « [l]es opérations militaires qui conduisirent en 1967 à l'occupation de la Cisjordanie ayant pris fin depuis longtemps, seuls les articles de la quatrième convention de Genève visés au troisième alinéa de l'article 6 demeurent applicables dans ce territoire occupé »¹⁰⁹³, n'est pas si « absurde »¹⁰⁹⁴. Ou plutôt, si elle était absurde, ce ne serait en tout cas pas parce que « [l]a lecture littérale de l'article 6, dans laquelle la Cour s'est engagé, a généré la conclusion que les

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ Voir en ce sens par exemple les interventions du représentant britannique, ou encore de Monaco et de l'Italie, *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, p. 759, 608 et 609 respectivement.

¹⁰⁹² Le second alinéa lui diffère, mais c'est sans conséquence sur l'objet de ce chapitre.

¹⁰⁹³ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.* note 164, § 125.

¹⁰⁹⁴ Selon le terme employé par Orna Ben-Naftali, Orna BEN-NAFTALI, « 'A La Recherche du Temps Perdu': Rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion », *International Law Review*, vol. 38, n° 1-2, 2005, pp. 211-229. Tout au contraire, cela seul s'inscrit dans la droite ligne de la logique adoptée par les rédacteurs des Conventions de Genève selon laquelle une occupation prolongée engendre un abaissement du niveau de responsabilités de la Puissance occupante.

occupations de longue durée réduisent les responsabilités qu'une Puissance occupante a à supporter vis-à-vis de la population civile occupée »¹⁰⁹⁵, mais parce que le point de départ utilisé par la Cour ne serait pas le bon. En effet, la Cour prend en considération non pas la « fin générale des opérations militaires », tel qu'énoncé *stricto sensu* à l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention, mais étrangement « [la fin] des opérations militaires **qui conduisirent** en 1967 à l'occupation de la Cisjordanie »¹⁰⁹⁶. En d'autres termes, la Cour fait abstraction de la situation telle qu'est s'est développée suite au conflit de 1967 qui a donné lieu à l'occupation, et se borne à envisager les conditions dans lesquelles Israël a *commencer* à occuper ce territoire.¹⁰⁹⁷ Elle ajoute par conséquent une limite temporelle qui ne figure pas *expressis verbis* dans le texte de la disposition.

Si l'on suit le raisonnement de la Cour, prendre pour point de départ « la fin des opérations militaires qui conduisirent à l'occupation » invite effectivement à conclure que les opérations militaires ont cessé. Israël occupe, notamment, la Cisjordanie depuis juin 1967. Comme il s'en déduit de son appellation, « la guerre des six jours », les opérations militaires liées à ce conflit ont cessé rapidement. Après avoir menées des opérations militaires offensives et défensives à l'encontre de l'Égypte et de la Jordanie, Israël a rapidement stoppé sa progression. Établissant son autorité notamment sur le territoire de la Cisjordanie, elle en devenait Puissance occupante au sens du Règlement de La Haye.

Mais quelle serait la conclusion si l'on prenait pour point de départ « la fin générale des opérations militaires », tel que le prévoit la lettre de l'article 6 alinéa 3 ? Si l'on s'en tient à l'interprétation proposée ailleurs dans ces lignes de ce que sont des « opérations militaires » au sens du droit international humanitaire, et du moment à partir duquel on peut considérer qu'elles sont terminées de façon générale, deux conclusions sont possibles. Le moment auquel se produit la « fin générale des opérations militaires » correspond au moment auquel on peut constater « la fin complète de la lutte entre tous les intéressés »¹⁰⁹⁸. Si on considère qu'en l'occurrence « les intéressés » sont Israël et la Jordanie, alors on devrait conclure également que les opérations militaires entre les protagonistes initiaux ont cessé « depuis longtemps » pour reprendre les termes des juges de La Haye, en tout cas depuis plus d'un an, et en conséquence que seul un certain nombre de dispositions demeure applicable sur le territoire de la Cisjordanie. C'est la première conclusion possible.

¹⁰⁹⁵ Orna BEN-NAFTALI, « 'A La Recherche du Temps Perdu': Rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion », *op. cit.* note 1094, nous traduisons.

¹⁰⁹⁶ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.* note 164, § 125, nous soulignons.

¹⁰⁹⁷ Dans le même sens, Ardi IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », *op. cit.* note 390, p. 106.

¹⁰⁹⁸ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 69.

Relativement simple, elle rejoint la conclusion des juges de La Haye. Toutefois s'il est indiscutable que les opérations militaires entre Israël et la Jordanie ont cessé « *depuis longtemps* », il est non moins discutable que des opérations militaires menées par Israël ont perduré au-delà de ses activités dirigées directement contre la Jordanie et continuent ou ont repris depuis cette date à l'encontre d'autres protagonistes. Ainsi, dans ce contexte de conflit quasi continu entre Israël et certains États arabes voisins, ou avec l'Autorité palestinienne, il a été proposé de conclure inversement que l'applicabilité de la quatrième Convention ayant été déclenchée par le conflit de 1967 et celui-ci perdurant ou ayant repris du fait, précisément, de la poursuite ou de la reprise d'opérations militaires, la Puissance responsable de cette poursuite reste ou recommence à être tenue de l'appliquer, et ce dans son intégralité.¹⁰⁹⁹ C'est la deuxième conclusion possible. Or, s'il est difficilement acceptable d'un point de vue politique de considérer que du fait de la prolongation de l'occupation, Israël n'est plus tenue que par une portion réduite de la quatrième Convention de Genève, cette construction juridique, à partir d'opérations militaires qui ne sont pas liées directement avec la situation d'occupation, pose cependant question.

En effet, qu'en est-il, conformément au délai proposé par l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention de Genève, un an plus tard, en juin 1968 ? Force est de constater la fin générale des opérations militaires entre tous les intéressés, c'est-à-dire entre Israël, l'Égypte et la Jordanie. Dès lors la quatrième Convention n'est plus applicable qu'en partie à l'égard des palestiniens se trouvant sur le territoire de la Cisjordanie. Le fait qu'Israël mène ultérieurement des opérations militaires avec d'autres protagonistes modifie-t-il cette situation ? En d'autres termes, si Israël mène par exemple des opérations militaires contre la Syrie, comme ce fut le cas en 1973 lors de la « guerre du Kippour », ou contre le Liban, comme ce fut le cas en 1982 lors de l'*Opération Paix en Galilée*, cela redéclenche-t-il l'entière applicabilité de la quatrième Convention de Genève à l'égard des palestiniens se trouvant en Cisjordanie ? D'aucuns plaident pour l'affirmative.¹¹⁰⁰ Si l'on peut rejoindre ce point de vue il doit toutefois être assorti d'une limite. Car, si lorsqu'Israël mène des offensives contre la Syrie ou au Liban, il est possible de considérer qu'il s'agit toujours du même conflit, bien que cette considération sorte du champ du droit international humanitaire *stricto sensu*, et que ce sont les Palestiniens qui de façon générale sont l'objet de la lutte armée, portant ainsi à considérer que la quatrième Convention de Genève doit s'appliquer même en Cisjordanie, qui n'est pourtant pas directement concernée par les offensives

¹⁰⁹⁹ Dans le même sens, Ardi IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ *Wall* Advisory Opinion », *op. cit.* note 390, pp. 106-107.

¹¹⁰⁰ Ardi IMSEIS, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ *Wall* Advisory Opinion », *op. cit.* note 390, pp. 107-108 ; Adam ROBERTS, « Prolonged Military Occupation », *op. cit.* note 998, p. 37.

suscitées, qu'en serait-il si Israël était par exemple en conflit armé avec l'Iran ? À supposer que la quatrième Convention de Genève n'est actuellement plus applicable qu'en partie en Cisjordanie, le bombardement de centrales nucléaires en Iran redéclenche-t-il l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève dans son intégralité en Cisjordanie ? L'auteure de ces lignes ne le pense pas.¹¹⁰¹ L'applicabilité du droit international humanitaire s'examine au cas par cas, en fonction de chaque situation. Une illustration dépourvue de tout contexte politique ou protectionniste permet peut-être de mieux le comprendre. Si un État A est impliqué dans un conflit armé non international sur son territoire, puis que, sans lien aucun avec ce conflit, il se trouve par la suite impliqué dans un conflit armé international avec un État B non limitrophe, devra-t-on considérer que les insurgés captifs de l'État A en lien avec le conflit armé non international doivent bénéficier du statut de personne protégée, en raison de l'existence d'un conflit armé international qui se déroule pour d'autres raisons à des milliers de kilomètres de là ? Absolument non. Le raisonnement est le même à l'égard d'opérations militaires qui se déroulent dans un autre contexte et loin du territoire précédemment occupé par la Puissance en cause. Aussi, si les opérations militaires menées par Israël à l'encontre de ses voisins, ou de l'Autorité palestinienne, dans le cadre du conflit plus général qui l'oppose aux Palestiniens peuvent amener à conclure au redéclenchement de l'applicabilité de l'intégralité de la quatrième Convention de Genève en Cisjordanie chaque fois qu'elles se produisent, et donc au redéclenchement du délai d'un an prévu par l'article 6 alinéa 3, toute opération militaire entreprise par Israël où qu'elle se déroule ne saurait produire cet effet. Par conséquent, en 2004, au moment où la Cour internationale de justice se prononce, si ce ne sont pas les opérations militaires qui ont conduit à l'occupation qui sont déterminantes du point de départ de l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève en Cisjordanie, il faut rechercher quelles sont les dernières opérations militaires en lien avec ce territoire. La difficulté est alors que si des affrontements armés ont bien lieu sur le territoire, suscitant des opérations militaires israéliennes de grande ampleur, ceux-ci opposent Israël aux Palestiniens se trouvant sur le territoire de Cisjordanie, et non plus un État voisin.

Autrement dit, depuis 1982, Israël n'est plus en conflit avec d'autres États à propos des Palestiniens, mais avec les Palestiniens eux-mêmes sur un territoire qu'il occupe. Bien que la Cour suprême israélienne ait considéré, appuyée par une partie de la doctrine, que ces affrontements étaient couverts par la quatrième Convention de Genève, on peut avancer au contraire que ce conflit

¹¹⁰¹ Dans le même sens voir Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11 : « Lorsqu'il y a plusieurs Etats dans l'un ou l'autre camp, la fin générale des opérations militaires pourra être la cessation complète des hostilités entre tous les belligérants, **tout au moins sur un théâtre de guerre déterminé**. », pp. 67-68, § 152, note de bas de page omise, nous soulignons.

entre une Puissance occupante et une entité non étatique est un conflit armé non international auquel cette Convention ne s'applique pas de ce fait. Évidemment il suscite des opérations militaires de la part d'Israël, et on peut même considérer que la construction du « Mur » constitue, en elle-même, une opération militaire, mais celles-ci sont-elles de nature à reporter le moment à partir duquel le délai d'un an posé par l'article 6 alinéa 3 commence à courir ? Dans la ligne du raisonnement selon lequel les opérations militaires à prendre en considération sont celles qui sont menées par Israël dans le contexte du conflit israélo-palestinien, la conclusion est positive. Si le conflit qui surgit entre ces groupes armés et la Puissance occupante est de caractère non international, les opérations militaires qui sont déterminantes sont celles qui sont effectuées par la Puissance occupante ; les groupes armés contre lesquels elle lutte font partie des « intéressés ». Ainsi, pour autant qu'elle soit en mesure de réaffirmer ensuite son autorité, l'occupation qui continue au travers de ces affrontements ou qui est rétablie une fois qu'ils sont temporisés sera de nouveau soumise au délai posé par l'article 6 alinéa 3.

La situation complexe, qui plus est enchevêtrée de considérations plus politiques que juridiques, fait apparaître en cascade un certain nombre de problématiques très spécifiques. Toutes ne peuvent pas être évoquées ici.¹¹⁰² Mais de ce qui précède, il en résulte néanmoins que bien que non souhaitable au regard de la protection offerte aux Palestiniens, la conclusion de la Cour internationale de justice semble en accord avec la logique de l'alinéa 3 de l'article 6, à condition de considérer que cette disposition s'applique. Car, en tout état de cause, le raisonnement tenu par la Cour peut être remis en question sur un tout autre plan. En effet, le « revirement » des rédacteurs du premier Protocole additionnel, quant au moment à partir duquel cesse de s'appliquer le droit de l'occupation, pourrait aujourd'hui être considéré comme étant la règle de droit positif valable dans tous les cas d'occupation, ce qui du même coup aurait l'avantage de balayer tous les problèmes découlant de l'applicabilité différée prévue à l'alinéa 3 de l'article 6.

¹¹⁰² La spécificité du territoire cisjordanien pourrait être un autre facteur ayant un impact sur la compréhension de l'article 6 alinéa 3, vis-à-vis de cette situation particulière. En effet, dans le contexte d'une occupation d'un territoire qui appartient aux frontières d'un État, le point de départ sera la fin générale des opérations militaires entre cet État et l'occupant. Si les opérations militaires reprennent vingt ans après que les opérations militaires initiales aient cessé de façon générale et alors que l'occupation s'est maintenue, le délai courra de nouveau dès lors que de nouvelles opérations militaires auront lieu sur le territoire entre cet État et l'occupant, indépendamment de la question de savoir si l'occupation continue d'être caractérisée au sens du Règlement de La Haye pendant les affrontements, pourvu que l'occupant continue ou ré-établis son autorité sur le territoire. La question est plus complexe si les opérations militaires nouvelles sont dirigées contre des groupes insurgés prêtant allégeance à l'État occupé. Dans cette hypothèse pour que le délai recommence à courir une fois les affrontements temporisés il faut considérer que ces groupes font partie des « intéressés ».

B) ... corrigée par le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève

Au regard de l'applicabilité du droit international humanitaire, le Premier Protocole additionnel de 1977 innove de deux manières. Premièrement, il ne distingue plus entre les territoires des parties au conflit et territoires occupés, sauf spécifiquement dans certaines dispositions. Dans les deux cas le droit international humanitaire cesse de s'appliquer lorsque la situation prend fin, c'est-à-dire soit à la fin générale des opérations militaires, soit à la fin de l'occupation. Deuxièmement, il ne fait plus référence à une fin d'applicabilité graduelle dans le cas d'occupation. L'article 3 b) a donc « pour effet principal de prolonger l'application en territoire occupé au-delà de ce que prévoit la IV^e Convention »¹¹⁰³. En outre, selon les commentateurs du premier Protocole additionnel, « [q]uelles que bonnes qu'aient été les raisons avancées alors contre cette solution [c'est-à-dire celle d'avoir écarté la formulation du projet de Stockholm], [...] le progrès est manifeste et rend sans objet, à l'avenir, toute dispute sur le moment exact de la fin générale des opérations militaires. »¹¹⁰⁴ Comme il l'a été plus radicalement exprimé, « [l']article 6 § 3 de la quatrième Convention de 1949 était une disposition spéciale ad hoc pour certains cas concrets, à savoir l'occupation de l'Allemagne et du Japon après la seconde guerre mondiale. Il n'y a aucune raison de continuer à maintenir en vigueur de telles provisions élaborées pour des cas historiques spécifiques. En 1972, la majorité des experts gouvernementaux ont exprimé le souhait d'abolir cette limite temporelle. »¹¹⁰⁵ Cependant, l'inconvénient majeur que l'on pourrait opposer, à ceux qui estiment que la disposition introduite dans le Protocole remplace la règle contenue dans la quatrième Convention de Genève¹¹⁰⁶, est que le Protocole Additionnel I n'est applicable qu'aux États qui y sont parties. Or ceux-ci sont moins nombreux que ceux parties aux Conventions de Genève, lesquelles sont universellement ratifiées. Par conséquent pour heureuse qu'elle soit, cette correction n'est *a priori* que d'une portée limitée, d'autant qu'Israël et les États-Unis, par exemple, particulièrement concernés par les conséquences qu'engendre ce changement, ne sont pas parties à cet instrument. Toutefois,

¹¹⁰³ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 67, § 151.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 68, § 155. Pour David Alonzo-Maizlich le progrès n'est que modéré dans la mesure où l'article 3 ne ferait que dire « c'est terminé lorsque c'est terminé », David ALONZO-MAIZLICH, « When Does It End? Problems in the Law of Occupation », in. Roberta ARNOLD & Pierre-Antoine HILDBRAND (eds), *International humanitarian law and the 21st century's conflicts: changes and challenges*, Editions interuniversitaires suisses, Lausanne, 2005, 253 p., pp. 97-116, p. 106, nous traduisons.

¹¹⁰⁵ Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH & Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, op. cit. note 31, § 2.8, p. 59, nous traduisons.

¹¹⁰⁶ En ce sens voir par exemple, Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, op. cit. note 86, selon qui « [l']art. 3, b du 1^{er} PA a supprimé la limite d'un an à l'application de toute la 4^e Convention en cas d'occupation de territoire : désormais, non seulement l'ensemble de la 4^e Convention, mais aussi les 3 autres CG ainsi que le 1^{er} PA s'appliquent à l'occupation militaire quelle qu'en soit la durée. », p. 234.

une tendance se dessine en faveur de la considération selon laquelle il serait justifié d'avancer que cette règle s'applique à tous les États Parties aux Conventions de Genève et pas seulement aux États parties au Protocole I. En outre, les États n'ayant pas ratifié le premier Protocole additionnel, et notamment les États-Unis et Israël, auraient, par divers procédés, démontré l'intention d'accepter la règle postérieure énoncée dans le premier Protocole additionnel¹¹⁰⁷.

Tout d'abord, les travaux préparatoires du premier Protocole additionnel révèlent que l'ensemble des États a très clairement manifesté à cette occasion sa volonté de modifier la règle existant à l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention, et ce, de manière assez symptomatique, alors que le Comité international de la Croix-Rouge ne les y invitait pas nécessairement. En effet, si le projet initial soumis par cette institution aux experts gouvernementaux ne prévoyait plus de spécificité relative à la fin de l'applicabilité des règles relatives à l'occupation, elle faisait néanmoins « [...] observer que cet article ne concerne que l'application du Protocole I et n'a pas pour objet de compléter les dispositions des Conventions de Genève de 1949 relatives au début et à la fin de l'application de celles-ci [...] »¹¹⁰⁸. Pourtant au cours des négociations l'idée opposée va s'imposer et sera finalement retenue à l'article 3 b) du premier Protocole additionnel une formulation qui renvoie clairement, non pas seulement à l'applicabilité du Protocole, mais également à l'applicabilité des Conventions. La disposition énonce sans ambiguïté en effet que « l'application des Conventions et du présent Protocole cesse sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation [...] ». Israël et les États-Unis ont participé activement aux négociations de 1974-77. C'est d'ailleurs Israël, soutenu en cela par les États-Unis, qui a fermement plaidé pour l'introduction d'une disposition prévoyant clairement une prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire aussi large que possible afin de garantir une protection aux personnes affectées par les conflits armés et ce même pour celles qui se trouveraient hors de combat *après* la fin du conflit armé¹¹⁰⁹. Il s'en déduit la volonté de voir le droit international humanitaire s'appliquer tant que la situation l'exige, au-delà même de la fin du conflit armé, si nécessaire. Aujourd'hui, cent soixante et onze États sur cent quatre-vingt treize¹¹¹⁰ sont

¹¹⁰⁷ Voir en ce sens, Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, pp. 175 et s. Il convient également de noter que l'auteur argumente que la spécificité posée à l'alinéa 3 de l'article 6 n'est pas pertinente au regard de l'applicabilité temporelle générale de la quatrième Convention de Genève.

¹¹⁰⁸ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 67.*

¹¹⁰⁹ Voir les interventions de M. Rosenne, représentant de la délégation israélienne à la Conférence diplomatique de 1974-77, *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II.

¹¹¹⁰ 193 États membres de l'organisation des Nations unies. Source : <http://www.un.org/fr/members/index.shtml>, dernière date de consultation le 21 avril 2012.

Parties au premier Protocole additionnel¹¹¹¹. Quant aux États-Unis, ils ont signé cet instrument mais ne l'ont pas ratifié. Ils sont de ce fait tenus de ne pas aller à l'encontre de son objet et de son but.

Ensuite, parmi les faisceaux concordants tendant à la conclusion que l'applicabilité de l'article 6 alinéa 3 est devenue obsolète, peuvent être évoquées les positions adoptées par Israël ou des États tiers lorsque cette question s'est posée devant des instances juridictionnelles. En effet, premièrement, on constate que devant la Cour suprême israélienne Israël n'a jamais argué de l'applicabilité de certaines règles seulement du droit international humanitaire relatif aux situations d'occupation lorsqu'elle a eu à s'en défendre. Toutefois, Israël se place sur un tout autre plan pour nier l'applicabilité de la quatrième Convention de Genève, et ce dans son intégralité. Israël estime en effet que si la quatrième Convention de Genève ne s'applique pas en Cisjordanie, cela tient au statut de ce territoire¹¹¹². Israël aurait pu certes l'invoquer à titre subsidiaire pour parer l'éventualité que les juges décident d'appliquer le droit international humanitaire relatif aux territoires occupés et elle ne l'a pas fait. Deuxièmement, un autre argument plaidant en faveur de l'abandon de la règle contenue à l'alinéa 3 de l'article 6 a été avancé en lien avec l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de justice à propos de l'édification du Mur en territoire palestinien occupé. Selon cet argument, le fait qu'aucun des États ayant présenté des exposés écrits, n'ait tenu compte de la règle selon laquelle une partie seulement de la Convention demeurerait applicable dans le territoire cisjordanien occupé démontre qu'ils considèrent que le droit international humanitaire applicable aux territoires occupés est en vigueur pendant toute la durée de l'occupation¹¹¹³. Or, en effet,

¹¹¹¹ Source : [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf) dernière date de consultation le 19 avril 2012. N'y sont pas parties, Andorre, l'Azerbaïdjan, le Bhoutan, l'Érythrée, les États-Unis d'Amérique, les Îles Marshall, l'Inde, l'Indonésie, l'Iran, Israël, Kiribati, la Malaisie, le Myanmar, le Népal, Niue, le Pakistan, la Papouasie Nouvelle Guinée, les Philippines, Singapour, la Somalie, le Soudan du Sud, Sri Lanka, la Thaïlande, la Turquie et Tuvalu. Il convient de surcroît de noter que les États-Unis d'Amérique, l'Iran, le Pakistan et les Philippines en sont signataires.

¹¹¹² En ce sens, CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op. cit. note 164, § 90. La Cour rappelle qu'« Israël ne considère pas que la quatrième convention de Genève «soit applicable au territoire palestinien occupé», dans la mesure où «le territoire n'était pas reconnu comme souverain avant son annexion par la Jordanie et l'Égypte et où, en conséquence, il ne s'agit pas d'un territoire d'une Haute Partie contractante au regard de la convention». » et précise en outre que « Par la suite, les autorités israéliennes ont déclaré a plusieurs reprises qu'en fait elles appliquaient de manière générale les dispositions humanitaires de la quatrième convention de Genève dans les territoires occupés. » Ibid. § 93. Insensible à cet argument, elle conclut finalement « que la quatrième convention de Genève est applicable dans tout territoire occupé en cas de conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs parties contractantes. Israël et la Jordanie étaient parties à cette convention lorsque éclata le conflit armé de 1967. Des lors ladite convention est applicable dans les territoires palestiniens qui étaient avant le conflit à l'est de la Ligne verte, et qui ont à l'occasion de ce conflit été occupés par Israël, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel était auparavant le statut exact de ces territoires. », § 101.

¹¹¹³ Voir en sens Vaïos KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, p. 171.

à l'exception notable de l'exposé écrit de la Ligue des États Arabes, on ne trouve pas mention de l'article 6 dans les exposés écrits que certains États ont soumis à la Cour¹¹¹⁴. Il est également exact que certains États plaident pour l'applicabilité du droit international humanitaire estiment que certains articles ne figurant pas dans la liste de l'alinéa 3 de l'article 6 devraient s'appliquer. Toutefois, rien n'indique que ces États considèrent que les opérations militaires ont cessé de façon générale depuis plus d'un an au moment de la soumission de leur exposé écrit. La Ligue des États Arabes en particulier estime qu'« [u]ne fois qu'il est établi que la quatrième convention est applicable, les dispositions pertinentes continuent donc d'être applicables conformément à l'article 6 de la convention »¹¹¹⁵, puis considère que les articles 50, 55 et 56 notamment de la quatrième Convention de Genève sont violés par le comportement d'Israël en Cisjordanie. Les articles 50, 55 et 56 font partie de ceux qui cessent de s'appliquer un an après la fin générale des opérations militaires. Aussi, si la Ligue des États Arabes pensait que l'article 6 alinéa 3 s'appliquait elle ne devrait pas ensuite invoquer la violation de ces articles. Toutefois, déduire de son simple rappel de la règle relative à l'applicabilité de la quatrième Convention aux territoires occupés qu'elle considère qu'il s'applique peut être mis en débat. La formule utilisée par la Ligue des États Arabes ne dit pas expressément qu'il est opérant en l'espèce. Lorsqu'elle évoque les « *dispositions pertinentes* » veut-elle parler des dispositions violées en l'espèce ou des dispositions qui continuent de s'appliquer jusqu'à la fin de l'occupation ? De même, lorsqu'elle dit que ces dispositions doivent être appliquées « *conformément à l'article 6* », sous-entend-elle que l'alinéa 3 de l'article 6 produit ses effets *in concreto*, ou fait-elle simplement allusion à l'existence de cette disposition spécifique sans pour autant prétendre à son applicabilité au cas d'espèce ? Sans autre élément, il est difficile de conclure sur ses intentions¹¹¹⁶. Par conséquent, s'il est clair que les États ne se prévalent pas de l'article 6 alinéa 3, il est toutefois malaisé d'en conclure que c'est parce qu'ils considèrent expressément que c'est désormais la règle énoncée à l'article 3 b) du Protocole I qui doit s'appliquer à toutes les situations d'occupation.

¹¹¹⁴ L'intégralité des exposés écrits est accessible en ligne sur le site de la Cour internationale de justice à l'adresse suivante : <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=5a&case=131&code=mwp&p3=1>.

¹¹¹⁵ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, op. cit. note 164, exposé écrit de la Ligue des États Arabes, disponible en ligne sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1544.pdf>, dernier accès le 21 avril 2012, p.51.

¹¹¹⁶ Vaios Koutroulis considère au contraire que les États plaident pour l'applicabilité intégrale de la quatrième Convention ne considéraient assurément pas que les opérations militaires n'étaient pas terminées de façon générale. Vaios KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, p. 171. Son postulat peut toutefois être remis en question dans la mesure où, comme la Cour, il estime que ce sont les opérations ayant conduit à l'occupation qui doivent être prises en considération et non d'éventuelles opérations militaires qui se seraient produites postérieurement. Or, dans cette hypothèse, effectivement, on doit considérer que les affrontements entre la Jordanie et Israël ont cessé depuis plus d'un an au moment de l'examen de l'affaire. Toutefois, si on prend en considération au contraire les événements qui se sont déroulés depuis on peut être amené à conclure différemment.

Enfin, de la même manière, à l'issue d'une Conférence des Hautes Parties contractantes à la quatrième Convention de Genève, celles-ci ont adopté une Déclaration dont le point 12 se lit comme suit : « *Les Hautes Parties Contractantes participantes appellent la Puissance occupante à respecter pleinement et effectivement la Quatrième Convention de Genève dans le Territoire Palestinien Occupé, y compris Jérusalem-Est, et de s'abstenir de commettre toute violation de la Convention.* »¹¹¹⁷ Il pourrait également s'en déduire que l'alinéa 3 de l'article 6 n'a plus de raison d'être, la quatrième Convention devant être « *pleinement* » respectée. Seulement là encore, sans référence expresse ni à l'article 6 de la quatrième Convention, ni à l'article 3 b) du premier Protocole additionnel, il est difficile de conclure de façon tout à fait affirmative que ces États considèrent que les opérations militaires ont cessé de façon générale et que malgré cela la quatrième Convention doit continuer de s'appliquer intégralement.

Il résulte de ce qui précède que certains auteurs sont d'avis que la règle contenue à l'article 6 alinéa 3 est tombée en désuétude, et que la règle contenue à l'article 3 b) du Protocole I est de nature coutumière¹¹¹⁸. Si, en tout état de cause l'article 3 b) « *abroge* »¹¹¹⁹ la limite temporelle spécifique de l'alinéa 3 de l'article 6 pour les États Parties à la fois à la quatrième Convention de Genève et au premier Protocole additionnel, puisque l'article 3 remplace explicitement les dispositions relatives à l'application *ratione temporis* de chacune des quatre Conventions de Genève, il n'en va pas automatiquement de même pour les États non Parties au Protocole I, à moins de considérer que cette disposition a désormais acquis une valeur coutumière. C'est le cas aujourd'hui d'un auteur au moins qui, de façon assez remarquable, considérerait que « *[l]a prudence command[ait] plutôt de s'en tenir aux prévisions de l'article 6 § 3* »¹¹²⁰ en 2003, mais en 2009 qu'il était « *possible de [...] soutenir* »¹¹²¹ que la règle nouvelle posée à l'article 3 du premier Protocole additionnel avait acquis une valeur coutumière, rendant par là-même l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention désuet. À cet effet, deux arguments sont avancés. Selon le premier

¹¹¹⁷ Conférence de Hautes Parties Contractantes à la Quatrième Convention de Genève, Déclaration, Genève, 5 décembre 2001, reproduite dans Pierre-Yves FUX et Mirko ZAMBELLI, « Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés : historique d'un processus multilatéral (1997-2001) », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 84, n° 847, septembre 2002, pp. 661-695, p. 681.

¹¹¹⁸ En ce sens, Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, p. 225 ; Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, p. 164 ; Adam ROBERTS, « Occupation, Military, termination of », op. cit. note 366, §§ 11 et 13. Voir également, Adam ROBERTS, « What is a military occupation? », op. cit. note 371, pp. 271 et s. En sens contraire voir, David ALONZO-MAIZLISH, « When Does It End? Problems in the Law of Occupation », op. cit. note 1104.

¹¹¹⁹ Voir en ce sens, Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, p. 225 ; Adam ROBERTS, « Occupation, Military, Termination of », op. cit. note 366, § 13.

¹¹²⁰ Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 104, p. 110.

¹¹²¹ Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, p. 225.

argument, l'alinéa 3 de l'article 6 « *constituait une parenthèse particulière* »¹¹²², ayant pour vocation à prendre en considération les cas de l'Allemagne et du Japon auxquels ses rédacteurs étaient confrontés, rendant cette disposition « *guère fondamentalement normative* »¹¹²³. Selon le deuxième argument, une série d'éléments « *plaident [...] pour la désuétude et l'inapplicabilité* »¹¹²⁴, à savoir la non invocation de la règle par les États concernés qui préfèrent nier l'application du droit de l'occupation en bloc¹¹²⁵, le fait que pour les États Parties au Protocole I l'ancienne règle coutumière est rétablie, ou encore la circonstance que les dispositions dont l'article 6 alinéa 3 « *ne réserve pas expressément l'application après le délai d'une année, [...] s'appliquent incontestablement dans la mesure où elles constituent du droit coutumier.* »¹¹²⁶

Deux éléments, de portée inégale, invitent toutefois à tempérer cette conclusion. Tout d'abord l'avis de la Cour internationale de justice lui-même. Malgré la controverse autour du point de départ utilisé par les juges, il n'en demeure pas moins que ces derniers ont jugé bon d'utiliser les prescriptions de l'alinéa 3 de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève. Il est par conséquent évident que, pour la Cour internationale de justice, cette disposition n'est pas tombée en désuétude¹¹²⁷. Par ailleurs, la règle homogénéisée contenue à l'article 3 b) du Protocole I n'apparaît nulle part dans son raisonnement. À cet égard, alors que – sans doute par erreur – la Résolution de l'Assemblée générale qui demandait l'avis à la Cour, mentionnait le Protocole I parmi les instruments pertinents applicables au territoire palestinien occupé¹¹²⁸, alors qu'Israël n'est pas partie à ce traité, la Cour ne le mentionne même pas à titre coutumier. Ensuite, et très subsidiairement, à propos d'une autre situation, celle du conflit en Irak, « *[l]e 16 avril 2003, le*

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ *Ibid.*, p. 226.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 227.

¹¹²⁵ Voir en ce sens Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », *op. cit.* note 388, p. 283. Toutefois l'invocation de ce fait est douteux. En effet, les États impliqués ou qui ont été impliqués dans des situations d'occupation n'ont pas plaidé l'application de l'article 6 alinéa 3 pour voir réduire leurs obligations, sans doute pas parce qu'ils n'auraient pas réalisé l'avantage de recourir à cette disposition, mais parce qu'ils estiment que le droit de l'occupation ne s'applique pas du tout dans les situations dans lesquelles ils sont aux prises. Aussi, s'ils estimaient que l'article 6 alinéa 3 devait entrer en vigueur, ce serait reconnaître implicitement que le droit de l'occupation s'applique, au moins en partie.

¹¹²⁶ Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, *op. cit.* note 85, p. 226.

¹¹²⁷ En sens contraire voir, Robert KOLB, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, *op. cit.* note 85, pp. 226-227, pour qui cette évocation sommaire est sans conséquence puisque la Cour ne « *pouvait s'interroger sur sa validité actuelle, celle-ci n'étant pas en cause dans une procédure consultative* ». Eyal Benvenisti quant à lui estime que la position de la Cour est exprimée dans « *une assertion hautement controversée* », Eyal BENVENISTI, « Occupation, Belligerent », *op. cit.* note 343, § 26.

¹¹²⁸ Assemblée générale des Nations unies, *Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé*, Résolution ES-10/14, adoptée le 8 décembre 2003, A/RES/ES-10/14, huitième alinéa du Préambule : « *Réaffirmant l'applicabilité au territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est, de la quatrième convention de Genève et du protocole additionnel aux conventions de Genève* ».

Conseil fédéral a estimé que les conditions permettant de conclure à la fin des hostilités [sic] étaient réunies. [...] Cependant, il est important de noter que la constatation de la fin des hostilités n'entraîne pas la cessation de l'applicabilité du droit international humanitaire. En effet, l'article 6 de la IV^e Convention de Genève prévoit qu'en territoire occupé, la Convention reste entièrement applicable pendant une période d'un an suivant la fin des opérations militaires [...]. »¹¹²⁹ Il est donc sans équivoque que pour le gouvernement suisse, l'article 6 alinéa 3 est toujours en vigueur, ou du moins l'était toujours en 2005.

Aussi, à la recherche d'une pratique et d'une *opinio juris* tendant à confirmer la valeur coutumière de la règle contenue à l'article 3 du premier Protocole additionnel, abrogeant la limite fixée par l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention, on est bien en peine de relever sans ambiguïté une pratique positive claire, comme de déduire assurément un sentiment pour tous les États d'être liés par cette règle.

C) La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire aux territoires occupés sans résistance militaire

La spécificité des cas d'occupation mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949 doit enfin être soulevée.

Pour ces situations, le commentaire de la quatrième Convention de Genève estime que le silence des textes quant à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire est « intentionnel » et signifie que « l'on doit en déduire que la Convention, dans de telles hypothèses, s'appliquera pleinement, aussi longtemps que durera l'occupation. »¹¹³⁰ Constituant ainsi une exception à l'exception, on trouve dès 1949 déjà au moins une situation d'occupation dans laquelle le droit international humanitaire devrait trouver à s'appliquer intégralement pour toute la durée de l'occupation et non pas jusqu'à ce qu'il soit mis fin aux opérations militaires de façon générale. Ce qui en l'occurrence est la seule conclusion possible si on considère que les manœuvres déployées par l'armée étrangère en vue de procéder à l'occupation ne constituent pas des opérations militaires au sens du droit international humanitaire. Sinon il faudrait alors considérer que le droit international humanitaire cesse de s'appliquer un an après la fin générale d'opérations militaires qui n'ont en fait jamais eu lieu, ce qui rend complètement impossible de fixer le point de départ de l'applicabilité partielle de la quatrième Convention dans ces cas. En d'autres termes, la disposition conduirait à un résultat absurde. Cependant, on pourrait à

¹¹²⁹ Lucius CAFLISCH, « La pratique suisse en matière de droit international public 2006 », *op. cit.* note 729, p. 655, reproduction partielle de l'étude intitulée « La neutralité à l'épreuve du conflit en Irak » datée du 2 décembre 2005 préparée par le Conseil fédéral.

¹¹³⁰ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 70.

l'inverse argumenter que ces situations, bien que ne rencontrant pas de résistance armée, occasionnent des opérations militaires au sens du droit international humanitaire¹¹³¹. En ce sens que l'armée qui envahit un territoire afin de l'occuper mène une opération militaire offensive, quand bien même elle ne rencontre aucune résistance armée adverse. L'armée qui envahit le territoire est prête à mener des hostilités. Il convient ici d'avoir présent à l'esprit que l'occupation provoque l'applicabilité d'un certain nombre de normes spécifiques mais qui s'inscrit dans le *corpus juris* plus général qu'est le droit international humanitaire. Ainsi, de la même manière que l'usage de la force entrepris par une armée sur un territoire étranger est une situation couverte par le droit international humanitaire, même en l'absence d'hostilités en réponse de la part de la partie adverse¹¹³², la circonstance que l'envahissement du territoire en vue d'une occupation ne suscite pas de réaction de la part de la Puissance qui exerce sa souveraineté sur le territoire n'enlève rien à cette qualification. Il en résulterait alors que le droit international humanitaire cesserait de s'appliquer un an après que ces opérations militaires aient cessé.

Une autre interprétation a été proposée selon laquelle il faudrait lire en quelque sorte un message dissimulé dans cette affirmation du commentaire de l'article 6 de la quatrième Convention. Il faudrait comprendre que l'exception proposée pour les occupations qui ne rencontrent pas de résistance militaire aurait pour but de gommer la spécificité de l'alinéa 3 de cette disposition à l'égard des situations d'occupation qui se produisent au cours d'un conflit armé. Ce serait un aveu implicite des commentateurs des Conventions de Genève que la règle qui crée un régime juridique dérogatoire à partir du moment où une année s'est écoulée depuis la fin générale des opérations

¹¹³¹ Voir en ce sens, Robert KOLB et Sylvain VITÉ, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, op. cit. note 349, p. 161. Dans l'*Affaire des otages*, jugée par le Tribunal américain de Nuremberg, les juges affirment que « [l]e terme invasion implique une opération militaire tandis qu'une occupation indique l'exercice d'une autorité gouvernementale [...] », United States Military Tribunal, Nuremberg, *Judgement of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)*, op. cit. note 365, p. 55, nous traduisons. Cette différenciation entre les deux étapes et la référence qui est faite aux opérations militaires ne contredit pas le fait qu'au sens de l'article 2 alinéa 2 une occupation qui ne rencontre pas de résistance armée est une opération militaire telle que décrite ici. Les deux étapes existent bel et bien dans ce cas, simplement elles sont concomitantes et donc indissociables. Voir également, Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 537-538, §§ 1699 et s. qui, bien que traitant de l'occupation de façon générale, et non spécifiquement de l'occupation sans résistance, reprennent à leur compte l'extrait suscité de l'*Affaire des otages*.

¹¹³² Ce serait l'exemple typique de la situation en Libye au moment des bombardements entrepris par les forces de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord. En dehors de toute considération liée au débat de savoir qui est lié par le droit international humanitaire, l'Organisation elle-même ou chacun des États qui la compose individuellement, il est incontestable que ces bombardements emportent la qualification de conflit armé international alors même que les forces armées régulières libyennes n'ont pas riposté, ni directement au moment des bombardements ni autrement par le biais d'attaques sur des objectifs militaires des pays membres de l'Organisation, par exemple.

militaires « *dévie de l'objet et du but des CG [Conventions de Genève]* »¹¹³³, ce qui la rendrait non pertinente, et corroborerait l'argument selon lequel, dans tous les cas, le droit international humanitaire applicable aux territoires occupés devrait produire ses effets jusqu'à la fin de l'occupation et non de façon différenciée un an après la fin générale des opérations militaires pour les États non parties au premier Protocole additionnel. Cette hypothèse est toutefois difficile à admettre. En effet, s'il n'est pas rare que le commentaire des Conventions de Genève ou des Protocoles additionnels livre des interprétations inattendues de certaines des dispositions de ces instruments, il le fait toujours explicitement et à renfort de justifications.

¹¹³³ Vaïos KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, op. cit. note 346, p. 174.

Chapitre 2 : Une applicabilité temporelle différée du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques dérogatoires

Si, la plupart du temps, les instruments de droit international humanitaire sont elliptiques concernant leur application *ratione temporis* générale, un certain nombre d'entre eux contiennent des dispositions spécifiques employant un vocabulaire lié au temps. Plus exactement, lorsqu'il s'agit de sujets qui naissent à l'occasion des conflits armés mais dont les conséquences peuvent être constatées bien au-delà de la fin des opérations militaires, les rédacteurs ont jugé opportun de prévoir des dispositions dérogatoires par rapport à l'applicabilité générale du droit international humanitaire – réputé s'appliquer de façon générale pendant le temps du conflit armé, qui ont pour effet soit de retarder soit de prolonger son applicabilité. Les deux expressions employées pour ce faire sont la « *fin des hostilités (actives)* » et « *jusqu'à leur libération, rapatriement (ou établissement) définitifs* ». Elles produisent chacune des effets qui leur sont propres et s'entremêlent parfois pour créer un effet double. S'il est quelque peu complexe de les analyser indépendamment les unes des autres, mais aussi indépendamment de la notion d'« opération militaire », puis d'examiner la façon dont elles interagissent parfois ensemble, il est pourtant essentiel de le faire au regard de la temporalité du droit international humanitaire. Car, d'une part le droit international humanitaire prévoit que certaines dispositions ne commencent pas à s'appliquer dès l'ouverture des hostilités mais seulement à partir d'un certain moment donné (**Section I**) et d'autre part le droit international humanitaire exige que dans certaines circonstances il doit continuer à produire des effets au-delà de ce que prévoit son applicabilité générale (**Section II**). Toutes ces dispositions dérogatoires ont un effet direct sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.

Section I « *La fin des hostilités (actives)* » comme point de départ à une mise en œuvre différenciée de certaines dispositions spécifiques du droit international humanitaire

La notion de « *fin des hostilités (actives)* » est généralement perçue comme une notion concurrente de la notion de « *fin générale des opérations militaires* ». En réalité les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels situent ces deux expressions sur deux plans diamétralement opposés. La première, la « *fin des hostilités (actives)* », est une expression utilisée non pas pour matérialiser la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire mais pour marquer le point de départ de l'application de certaines dispositions spécifiques. En ce sens, elle n'a rien à voir avec la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire de façon générale. Tout au contraire, elle est l'évènement déclencheur de l'applicabilité de certaines dispositions. La seconde, la « *fin générale des opérations militaires* », elle, est employée pour déterminer le moment où le droit international humanitaire est réputé cesser de s'appliquer dans son ensemble. Pourtant, les deux expressions sont souvent mises face à face. Lorsque c'est le cas, fondamentalement on cherche alors à déterminer si le conflit armé est terminé afin de pouvoir dire si certaines obligations du droit international humanitaire peuvent être opposées aux États en cause.¹¹³⁴ Très concrètement, on se demande notamment si les États ont l'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre qui se trouvent en leur pouvoir ou encore, par exemple, de rechercher les personnes disparues signalées par une partie adverse. Les deux notions sont donc souvent associées. Au terme des Conventions de Genève et de leurs Protocoles, elles devraient pourtant être opposées. Lorsque l'on recherche si les États ont les obligations susmentionnées, on doit rechercher si les « hostilités (actives) » sont terminées et non pas s'il a été mis fin de façon générale aux « opérations militaires ». Et ce d'autant plus que le point de départ que va fixer la « fin des hostilités (actives) » à la mise en œuvre de certaines dispositions aura systématiquement pour corollaire de provoquer une applicabilité prolongée du droit international humanitaire, c'est-à-dire que, précisément, ces dispositions ont vocation, si nécessaire, à s'appliquer *au-delà* de la fin générale des opérations militaires.¹¹³⁵ C'est ce qui

¹¹³⁴ Voir par exemple, Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », *op. cit.* note 342, qui compare les moments où prennent fin respectivement l'occupation et le conflit armé et qui utilise pour ce dernier indifféremment « *fin des hostilités (actives)* » et la « *fin générale des opérations militaires* » comme éléments parmi « *toute autre forme de cessation d'un conflit armé international* ». », p. 846, nous traduisons. Plus loin, il ajoute que « *le sens exact des dispositions des Conventions de Genève et du Protocole additionnel I, qui se réfèrent à la « fin des hostilités actives » ou à la « fin générale des opérations militaires » étaient loin d'être réglé.* », p. 848, nous traduisons.

¹¹³⁵ Ce phénomène est analysé dans une section distincte, voir *infra* (Section II ci-dessous).

justifie que l'examen de la notion de « *fin des hostilités (actives)* » le soit en tant que phénomène dérogatoire.

Pour procéder à cet examen, le concept sera d'abord étudié au travers de son apparition, afin d'en déduire l'économie générale (I), puis au travers des dispositions spécifiques qui y ont recours, afin de tenter de préciser le moment auquel la « *fin des hostilités (actives)* » se produit (II).

§ I. L'économie générale de la notion de « *fin des hostilités (actives)* »

À titre préliminaire, il convient de préciser que l'emploi des expressions « *fin des hostilités* » et « *fin des hostilités actives* » est absolument équivalent. En effet, selon les Actes de la Conférence diplomatique de 1949, lors des discussions qui ont lieu autour de cette notion à propos de ce qui allait devenir l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, et en réponse à certaines questions soulevées par les délégations américaines et australiennes sur la signification de ces termes, Monsieur Pilloud, représentant du Comité international de la Croix-Rouge à l'initiative du projet de Convention, aurait répondu ceci : « *La Conférence de Stockholm avait suggéré de préciser le mot "hostilités" en y ajoutant "actives", mais il ne semble pas que cette épithète soit indispensable à la clarté du texte.* »¹¹³⁶ En réalité il ne s'est pas exactement exprimé en ces termes et, ici, le résumé proposé dans les Actes de la Conférence diplomatique est peu satisfaisant au regard des conséquences dans le choix des termes opéré ultérieurement. M. Pilloud a très précisément exposé le point suivant : « *Dans la convention élaborée à Stockholm pour les prisonniers de guerre [en 1947] on a ajouté une précision en se servant de la formule suivante : « ... à la fin des hostilités actives... ». Désire-t-on voir également figurer cette formule ici ? Pour ma part, je n'y serais guère disposé. Convient-il de dire « hostilités actives » ou bien « hostilités » tout court ? Je ne vois pas très bien la distinction, et en tout cas je ne conçois guère des hostilités qui seraient passives. Quoi qu'il en soit, si imprécise que soit l'expression, il me semble difficile que l'on puisse trouver mieux. Je souhaite néanmoins que l'on y parvienne.* »¹¹³⁷ Il y a une différence sensible entre la considération selon laquelle le terme n'est pas « indispensable » et « ne pas très bien voir où se situe la distinction ». De plus, grâce à l'intervention du délégué italien pendant les débats ayant eu lieu un peu plus tard au cours de la même journée, on comprend que l'utilisation du mot « *actives* » entendait souligner que les

¹¹³⁶ Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome II, Section A, Commission III, Troisième séance, 27 avril 1949, p. 608.

¹¹³⁷ Conférence diplomatique de 1949, Sténogrammes de la Commission III, Tome I, 27 avril 1949, pp. 21-22.

hostilités ce sont « les opérations effectives, la guerre dans sa réalité belligérante »¹¹³⁸, en dehors de toute autre considération formelle.

Par conséquent, l'ajout du mot « actives » aurait originellement (en 1947 à propos de la Convention relative aux prisonniers de guerre) poursuivi un but précis : marquer que le moment à partir duquel les prisonniers doivent être rapatriés doit intervenir le plus rapidement possible, ajout qu'il n'a finalement plus semblé nécessaire de maintenir (en 1949 à propos de la Convention relative aux personnes civiles). L'expression restera inchangée dans la troisième Convention à l'article 118, alors que certaines dispositions spécifiques, telles que les articles 46 et 132 de la quatrième Convention n'utilisent pas l'adjectif et au surplus qu'une autre expression sera finalement retenue pour décrire la fin générale de l'applicabilité de la quatrième Convention, ce qui en terme de consistance et d'homogénéité des quatre Conventions de Genève est insatisfaisant et de surcroît est propre à faire naître une ambiguïté. Plus encore, alors qu'en doctrine on estime que ces termes ont été choisis en raison de leur capacité à refléter l'effectivité recherchée par les rédacteurs des Conventions de Genève¹¹³⁹, il apparaît en fait que c'est plutôt par dépit, ou faute de mieux, que cette expression a été adoptée.

Parmi les événements tragiques de la seconde guerre mondiale figure le temps disproportionné qui s'est écoulé entre la fin du conflit et le rapatriement des personnes qui avaient fait l'objet d'internement pendant le conflit. Déterminés à ce que ce phénomène ne puisse pas se reproduire, les rédacteurs des Conventions de Genève de 1949 décidaient qu'il n'était pas nécessaire de pouvoir constater formellement la fin du conflit armé pour que les mesures de rapatriement soient entreprises (A). Cette conception sera reprise dans les Protocoles additionnels de 1977 (B).

A) *L'utilisation de la notion dans les Conventions de Genève*

Historiquement, le terme « hostilités » fait très tôt son apparition. En effet, on trouve déjà les termes « *cessation des hostilités actives* » dans les instructions de

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 24, voir également p. 25.

¹¹³⁹ En ce sens, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 83, qui toutefois ne trouve pas dans les travaux préparatoires d'explication « pour l'introduction à l'article 118 du terme "active" pour qualifier les hostilités », nous traduisons. Elle considère cependant que « [p]uisque le terme "hostilité" seul peut simplement indiquer "un sentiment d'inimitié d'un État et gouvernement", ou une "expression ou un acte d'inimitié par un État contre un autre" il est probable que les rédacteurs entendaient spécifier que les hostilités couvertes par l'article 118 sont les actes mêmes d'hostilité », nous traduisons. De même, Wolff HEINTSCHEL VON HEINEGG, « Factors in War to Peace Transitions », op. cit. note 342, p. 852.

Francis Lieber de 1863 afin de définir l'armistice¹¹⁴⁰. De même, la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne de 1906¹¹⁴¹ prévoyait la possibilité de l'internement de blessés et malades dans un État neutre jusqu'à la « *fin des hostilités* »¹¹⁴². Lors de sa révision en 1929, fut ajoutée la mention selon laquelle « [d]ès la *fin des hostilités*, ils [les belligérants] échangeront la liste des tombes et celle des morts ensevelis dans leurs cimetières et ailleurs »¹¹⁴³ de même que celle précisant que « [l]e pilote, les manœuvres et les opérateurs de télégraphie sans fil (T.S.F.) capturés seront rendus, à la condition qu'ils ne soient plus utilisés, jusqu'à la *fin des hostilités*, que dans le service sanitaire »¹¹⁴⁴. L'année 1929 voit également naître la première Convention relative aux prisonniers de guerre¹¹⁴⁵ pour laquelle – et pour sa successeuse – l'emploi des termes « *fin des hostilités* » revêt une importance particulière. On trouve ces termes en deux endroits distincts, le plus notable étant la Section II du texte, dédiée toute entière à la libération et au rapatriement « à la *fin des hostilités* »¹¹⁴⁶. Entre temps, fut adopté le Manuel des lois de la guerre maritime qui comprend une section consacrée à la « *fin des hostilités* » incluant un article 116 unique, - *Paix*. – selon lequel : « *Les actes d'hostilité doivent cesser par la signature de la paix.* »¹¹⁴⁷ Toutefois, c'est du fait de son emploi, en particulier, à l'article 118 de la troisième Convention de Genève, non seulement considéré comme « *un des plus importants de la Convention [III]* »¹¹⁴⁸, mais qui sera à l'origine de nombreuses controverses postérieurement à son adoption à partir de 1949, que cette notion va prendre une envergure singulière ; les États ne respectant largement pas les obligations qu'il contient, malgré les efforts déployés par les rédacteurs des Conventions de Genève pour contourner toute mauvaise volonté en la matière. Utilisée en outre dans de nombreuses dispositions pour créer un régime de mise en œuvre dérogatoire de certaines dispositions, l'expression « *fin des hostilités (actives)* » mérite que l'on s'y attarde pour tenter d'identifier ce qu'elle signifie précisément et par là même faire état de ses conséquences au plan de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.

¹¹⁴⁰ Francis LIEBER, *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, originally issued as General Orders No. 100 (April 24, 1863)*, Government Printing Office, Washington, 1898, 51 p., article 135, p. 38, nous traduisons.

¹¹⁴¹ *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, adoptée à Genève, le 6 juillet 1906.

¹¹⁴² *Ibid.*, article 2.

¹¹⁴³ *Ibid.*, article 4.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, article 18.

¹¹⁴⁵ *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, adoptée à Genève, le 27 juillet 1929.

¹¹⁴⁶ En dehors de cette section, l'article 37 relatif à la dénonciation emploie les termes « *fin des hostilités* ». C'est donc le deuxième endroit de la Convention qui fait appel à cette notion.

¹¹⁴⁷ *Manuel des lois de la guerre maritime*, adopté à Oxford, le 9 août 1913, Section IX.

¹¹⁴⁸ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, op.cit. note 39, p. 569.

La fin de la seconde guerre mondiale, quasiment simultanée au début des travaux relatifs à la modernisation et à la création de Conventions pour la protection des personnes affectées par les conflits armés, permettait de confirmer que la fin du conflit armé, considéré encore à l'époque comme la paix, n'est pas nécessairement concomitante de la fin des hostilités¹¹⁴⁹, et que certaines situations exigeaient une mise en œuvre du droit international humanitaire en fonction des hostilités plutôt que du fait du conflit armé en général¹¹⁵⁰. Au commencement, les discussions ont porté sur le mot « armistice »¹¹⁵¹, tel qu'il figurait à l'article 75 de la Convention de 1929¹¹⁵² pour la protection des prisonniers de guerre, soumise pour révision aux experts de 1947. En 1929 déjà, les diplomates avaient cherché à « *hâter les opérations de rapatriement en prévoyant que celui-ci aurait lieu dès l'armistice* »¹¹⁵³, contrairement à ce que prévoyait le Règlement de La Haye de 1907 qui lui « *déclarait simplement que le rapatriement des prisonniers devait s'effectuer dans les plus brefs délais possible après la conclusion de la paix* »¹¹⁵⁴. Or comme on l'a vu

¹¹⁴⁹ Le délai de huit mois qui s'était écoulé entre la fin des hostilités le 11 novembre 1918, matérialisé par l'armistice signé cette date, et la signature du traité de paix le 28 juin 1919 avait déjà permis de le constater. Voir en ce sens, Alfons KŁAFKOWSKI, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *op. cit.* note 87, p. 256.

¹¹⁵⁰ Voir en ce sens Lassa Francis Lawrence OPENHEIM, *International Law*, *op. cit.* note 92, § 129, pp. 392-393 note de bas de page 10, et § 275, pp. 613 et s. ; Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732 ; Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, pp. 418-419 et p. 421 ; et UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, *op. cit.* note 88, p. 205, note de bas de page 435.

¹¹⁵¹ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, *op. cit.* note 203, examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75.

¹¹⁵² *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, 27 juillet 1929, Titre IV : De la fin de la captivité, Section II : De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75 : « *Lorsque les belligérants conclurent une convention d'armistice, ils devront, en principe, y faire figurer des stipulations concernant le rapatriement des prisonniers de guerre. Si des stipulations à cet égard n'ont pas pu être insérées dans cette convention, les belligérants se mettront néanmoins, le plus tôt possible, en rapport à cet effet. Dans tous les cas, le rapatriement des prisonniers s'effectuera dans le plus bref délai après la conclusion de la paix.* »

Les prisonniers de guerre qui seraient sous le coup d'une poursuite pénale pour un crime ou un délit de droit commun pourront toutefois être retenus jusqu'à la fin de la procédure et, le cas échéant, jusqu'à l'expiration de la peine. Il en sera de même de ceux condamnés pour un crime ou délit de droit commun.

D'entente entre les belligérants, des commissions pourront être instituées dans le but de rechercher les prisonniers dispersés et d'assurer leur rapatriement. »

¹¹⁵³ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 569.

¹¹⁵⁴ *Ibid.* Dans le même sens, J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, avril 1953, pp. 207-216, p. 209. Voir également Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, en particulier aux pp. 47-50 où elle liste la pratique des États lui permettant d'affirmer qu'il existe une pratique coutumière depuis la fin de la première guerre mondiale à rapatrier les prisonniers de guerre aussi vite que possible après la signature du traité de paix. Ce qu'elle nuance ensuite dans la mesure où ces opérations de rapatriement étaient alors subordonnées à la réciprocité entre les Parties, ce que désormais l'article 118 exclut totalement, *ibid.* p. 70.

l'expression « conclusion de la paix » renvoie au traité de paix, qui a vocation à mettre un terme à l'état de guerre, alors que l'armistice avait pour fonction de suspendre les hostilités, précisément de façon transitoire en attendant la conclusion de la paix. Faire référence à l'armistice plutôt qu'à la paix en 1929 dénotait donc déjà d'une volonté ferme de faire en sorte que les prisonniers de guerre rentrent chez eux au plus vite. Était ainsi pris en compte le fait qu'un traité de paix peut finalement ne jamais être conclu¹¹⁵⁵. Seulement, les suites du second conflit mondial allaient également être l'occasion d'un grand nombre d'abus à l'égard de ces personnes une fois le conflit armé réputé terminé¹¹⁵⁶ ; il était donc nécessaire de renégocier ce terme.

Comme l'article 75 de la Convention de 1929, qui mentionne l'armistice pour le règlement de la question du rapatriement des prisonniers de guerre, se trouve dans une Section de la Convention intitulée « *De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités* »¹¹⁵⁷, en toute logique, au moment de sa révision, le débat s'amorce sur la correspondance entre la conclusion d'un armistice et la cessation des hostilités, vis-à-vis du moment à partir duquel les prisonniers doivent être rapatriés. À cet égard le Comité international de la Croix-Rouge précise quelle est sa conception en la matière : « *ce droit de rétention de l'ennemi, ce droit de mettre hors d'état de nuire, doit cesser dès que le belligérant n'y a plus intérêt, c'est-à-dire dès que sa situation militaire empêche l'armée du pays auquel ce prisonnier appartient, de nuire au pays qui le détient* »¹¹⁵⁸, ainsi il exprimait le désir que l'article relatif à la fin de la captivité « établisse

¹¹⁵⁵ Voir en ce sens, Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *The Yale Law Journal*, vol. 62, February 1953, n° 3, pp. 391-415, p. 399. Le traité de paix pouvait ne jamais, ou très longtemps après l'armistice, être conclu, ce qui pouvait conduire à repousser d'autant le rapatriement des prisonniers de guerre. Voir en ce sens, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 52 et p. 58.

¹¹⁵⁶ La capitulation étant un acte juridique différent de l'armistice prévu à l'article 75 de la Convention de 1929, des Puissances de mauvaise foi avaient pu estimer que l'obligation de rapatrier n'existerait pas puisqu'aucun armistice n'avait pas été conclu. Cette préoccupation est soulevée par Sir Satow, Président de la Commission II lors des travaux de la Conférence d'experts de 1947, *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947*, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 335. Pour le détail du sort réservé aux très nombreux prisonniers de guerre qui n'ont pu retrouver leurs foyers tout de suite après la fin de la Seconde guerre mondiale, voir en particulier Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », op. cit. note 981, p. 418, note de bas de page 116 ou Tony JUDT, *Postwar, A history of Europe since 1945*, Pimlico, London, 2007, 933 p., pp. 27-32. Dans le même sens, Philippe BRETTON, « De quelques problèmes du droit de la guerre dans le conflit indo-pakistanaï », op. cit. note 744, p. 216 ; J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », op. cit. note 1154 et Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, pp. 61-64 et p. 171.

¹¹⁵⁷ Nous soulignons.

¹¹⁵⁸ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947*, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 337.

d'une façon très claire le principe même que le prisonnier doit être rapatrié dès qu'il n'a plus besoin d'être mis hors d'état de nuire »¹¹⁵⁹. Les discussions qui s'en suivent sont vives et bien qu'entremêlées, se concentrent en fait autour de deux aspects distincts. Premièrement, les délégués s'accordent pour considérer que, puisqu'il se peut qu'il ne se produise jamais, l'armistice, en tant qu'acte formel, ne doit pas être l'élément déterminant le point de départ de l'obligation de rapatriement pour la Puissance détentrice. Deuxièmement, l'intérêt des prisonniers de guerre de retrouver leur domicile au plus vite est mis en avant. Toutes les personnes présentes s'entendent pour considérer que l'intérêt du prisonnier est qu'il soit procédé au rapatriement sans délai indu.

Toutefois, dans le contexte de 1947, bien que très au fait des conditions dans lesquelles la seconde guerre mondiale a pris fin, les délégations restent mal à l'aise à l'idée d'abandonner toute référence à un acte formel. Les propositions de texte qui en ressortent sont donc particulièrement peu claires, faisant tout à la fois référence, au sein de la même disposition, à la cessation des hostilités, à l'armistice mais aussi au traité de paix¹¹⁶⁰. Le Comité international de la Croix-Rouge se montre très insistant pour que toute référence au formalisme soit évitée, mais les délégations résistent en quelque sorte, jusqu'à ce que le délégué norvégien pose la question des modalités de rapatriement lorsqu'un des deux gouvernements en cause a disparu. Si c'est un accord qui doit fixer ces modalités, comment s'y prendre lorsque la Puissance qui détient des prisonniers n'a plus d'interlocuteur pour ce faire ? Or, selon la conception qui domine, à savoir la nécessité de recourir à un acte formel, l'absence d'accord pourrait alors servir de justification à ce que les prisonniers ne soient jamais rapatriés, ce qui ne correspond pas par ailleurs à la vision des experts selon laquelle ils doivent l'être, bien au contraire, le plus tôt possible. Le Comité international de la Croix-Rouge en profite pour remettre une nouvelle fois l'accent sur la nécessité de recourir à une notion qui soit le moins possible sujette à controverse et de s'écarter de tout acte formel comme point de départ au rapatriement des prisonniers. Sur ces mots, la

¹¹⁵⁹ *Ibid.* C'est d'ailleurs ce qu'il n'avait cessé de clamer à l'égard des Puissances qui ne libéraient ni ne rapatriaient les prisonniers encore en leur pouvoir des années après que l'on ait pu considérer que la seconde guerre mondiale était terminée, voir en ce sens Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 64.

¹¹⁶⁰ À l'issue de la première partie du débat sur ce point, le Président de séance fait en effet la proposition suivante : « *Etant donné qu'il est désirable que les prisonniers de guerre soient rapatriés le plus tôt possible après la fin des hostilités les belligérants, lorsqu'ils conclueront un armistice, y inclueront normalement des stipulations relatives aux prisonniers de guerre. S'il n'est pas possible d'insérer de telles stipulations dans la Convention d'armistice ou s'il n'y a pas de Convention d'armistice, les belligérants devront néanmoins se mettre en rapport le plus tôt possible à cet effet. Dans tous les cas, le rapatriement des prisonniers s'effectuera dans le plus bref délai après la conclusion de la paix.* », Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 338.

Nouvelle Zélande propose alors la formulation suivante : « *Dans tous les cas, le rapatriement des P.G. [prisonniers de guerre] se fera aussitôt que cette mesure sera praticable après la cessation des hostilités.* »¹¹⁶¹

Dans son rapport sur cette réunion, le Comité international de la Croix-Rouge en concluait que les délégations « *approuv[ai]ent, à la majorité, le principe selon lequel les pg [prisonniers de guerre] devraient être rapatriés aussitôt que possible après la fin des hostilités* »¹¹⁶² et résumait les débats par la formulation suivante : « *[l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés aussi rapidement que possible après la fin des hostilités [...]* »¹¹⁶³. Cette proposition est sensiblement différente de ce que les experts de 1947 avaient arrêté, car elle intègre l'opinion exprimée par le délégué italien à la XVIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge réunie en août 1948 à l'ordre du jour de laquelle figurait l'examen du Projet de Conventions¹¹⁶⁴.

Soumise aux gouvernements conviés à la Conférence diplomatique de 1949, cette disposition allait encore faire l'objet d'amendements et le document de travail remis aux délégations à l'ouverture de la Conférence retenait la formulation suivante : « *Les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives.* »¹¹⁶⁵ Malgré les débats qui auraient encore lieu pendant la Conférence diplomatique, cette formulation restera inchangée¹¹⁶⁶.

¹¹⁶¹ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 345.*

¹¹⁶² Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre (Genève, 14-26 avril 1947), op. cit. note 202.*

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge, Stockholm, août 1948, Résumé des débats des sous-commissions de la Commission juridique, Décembre 1948, 91 p., p. 42.

¹¹⁶⁵ Document de travail établi en vue de la Conférence diplomatique pour l'élaboration de conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, convoquée le 21 avril 1949, à Genève par le Conseil fédéral suisse, *Projet de convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, document n° 3, 64 p., p. 53.

¹¹⁶⁶ À cet égard il convient de mentionner une tentative autrichienne de compléter l'article 118 dans le sens de permettre aux prisonniers de se prononcer sur leur rapatriement. Rapidement balayée par les autres délégations, puisque cette question avait déjà été débattue pour être écartée en 1947, cette proposition va connaître un retentissement singulier quelques années plus tard, à propos du sort à réserver aux prisonniers de guerre du conflit entre les deux Corée. Le bloc soviétique avait en effet tenté de l'utiliser à l'appui de son argumentation selon laquelle l'article 118 prévoyait un retour, le cas échéant forcé, des prisonniers de guerre à la fin des hostilités actives. La littérature est de ce fait abondante sur cet événement qui pourtant en 1949 semblait devoir rester marginal.

B) L'utilisation de la notion dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève

Les protocoles additionnels en eux-mêmes n'utilisent qu'à une seule occasion les termes « *fin des hostilités* », à l'article 33 relatif aux personnes disparues, d'ailleurs assortis du qualificatif « *actives* ». La disposition relative à l'applicabilité du Protocole I dans le temps reprend l'expression « *fin générale des opérations militaires* ». Toutefois, durant les travaux préparatoires à l'élaboration de ces textes, mais surtout dans les commentaires auxquels ils ont donné lieu, des références à l'expression « *fin des hostilités* » peuvent être relevées. Elles ont très certainement contribué à alimenter la confusion entre les deux locutions.

L'ambiguïté relative à la synonymie de ces deux expressions resurgit dès 1972. En effet, dans son commentaire relatif au Projet de Protocole additionnel à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui comportait une disposition relative à son applicabilité temporelle (abandonnée dans ce qui deviendra le Protocole additionnel II) prévoyant la fin de son application à la fin des hostilités, le Comité international de la Croix-Rouge estimait : « *L'application cessera à la fin des hostilités, au sens de fin générale des opérations militaires.* »¹¹⁶⁷ Précision dont on peut tirer deux conclusions diamétralement opposées : soit cela signifie que les deux expressions peuvent être utilisées indifféremment de façon générale, soit cela signifie qu'elles recouvrent des notions distinctes, mais qu'en l'occurrence il fallait considérer que l'on entendait fin des hostilités au sens de fin générale des opérations militaires.

Or, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, le commentaire de cette disposition précise que « *[l]a fin générale des opérations militaires peut intervenir après la « fin des hostilités actives »* »¹¹⁶⁸. Relative à la disposition prévoyant le domaine d'applicabilité *ratione temporis* de l'instrument, cette affirmation de la distinction est particulièrement importante. Elle semble même ériger un principe auquel il faudrait se tenir chaque fois que l'on serait confronté à ces expressions ; sur une échelle de temps, les hostilités cessent généralement avant les opérations militaires. Finalement, seul l'article 33, c'est-à-dire une disposition spécifique, relative aux personnes disparues, conservera les termes « *fin des hostilités actives* » pour fixer le moment à partir duquel les États ont l'obligation de rechercher ces personnes. En l'occurrence, il y avait bien le souci de différencier avec la fin du conflit armé caractérisé par la « *fin générale*

¹¹⁶⁷ Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 3 mai – 3 juin 1972 (seconde session), II, Commentaires, seconde partie, Documentation présentée par le Comité international de la Croix-Rouge, op. cit. note 638, p. 7.

¹¹⁶⁸ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 68, § 153.

des opérations militaires », ce que confirme fort justement le commentaire de cette disposition qui rappelle que « *les hostilités «peuvent se terminer sans armistice, ou même sans traité de paix»* »¹¹⁶⁹ et qui précise qu'il s'agit des « *hostilités armées* »¹¹⁷⁰, ce qui sous-entend en outre qu'il peut y avoir un comportement militaire hostile sans usage de la force au cours d'un conflit armé, autrement dit qu'il peut y avoir des opérations militaires.

Il est enfin intéressant de relever que si le projet du Comité international de la Croix-Rouge prévoyait initialement un article 65 selon lequel les personnes restaient protégées lorsque « *[leur] libération, [leur] rapatriement ou [leur] établissement aurait lieu après la fin générale des hostilités [...]* »¹¹⁷¹, la version qui figure désormais à l'article 75 du premier Protocole additionnel énonce qu'elles « *bénéficieront des protections accordées par le présent article jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement, même après la fin du conflit armé.* »¹¹⁷² Ainsi, sans justification identifiable, les termes choisis présentent une distinction sémantique notable. De plus, cette modification tend à confirmer que la notion d'hostilités n'est pas la plus propice lorsqu'il s'agit de fixer le moment à partir duquel un conflit armé est réputé avoir pris fin. Avoir remplacé dans la version définitive de cette disposition la notion de « *fin générale des hostilités* » par les termes « *conflit armé* », qui conceptualisent ce que les termes « *fin générale des opérations militaires* » décrivent, contribue à la démonstration selon laquelle les hostilités ont une portée bien moins large que le conflit armé lui-même. Il faut encore noter que dans sa proposition originelle, le Comité international de la Croix-Rouge reprenait l'adjectif « *général* » pour l'adjoindre au terme « *hostilités* » finalement abandonné, ce qui est également propre à confirmer que c'est ce qualificatif qui est finalement déterminant.¹¹⁷³ Qu'il s'agisse d'« *hostilités* » ou d'« *opérations militaires* », ce qui est fondamental, c'est de pouvoir constater qu'elles ont cessé de façon *générale* pour conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. Il est impossible de savoir ce qui a motivé les juristes du Comité international de la Croix-Rouge à remplacer ces termes et donc quelles ont été les motivations pour ce faire, il est cependant évident que les notions utiles pour déterminer la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, de façon générale ou spécifique, ne satisfont pas entièrement.

Le commentaire du deuxième Protocole additionnel adopte une position totalement antagoniste. En effet, à propos de l'article 2 alinéa 2 – qui emploie

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 355, § 1238, notes de bas de page non reproduites, qui fait référence au commentaire de la Convention III.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume I, op. cit. note 573, p. 22, article 65 paragraphe 5, nous soulignons.*

¹¹⁷² Article 75 paragraphe 6, nous soulignons.

¹¹⁷³ Voir en ce sens les développements *supra*, Titre II, Chapitre I, Section II, III, B.

les termes « fin du conflit armé » pour souligner que, même après ce moment, les personnes faisant l'objet de mesures restrictives de liberté doivent continuer de bénéficier des articles 5 et 6 – le commentaire assimile d'emblée « fin du conflit armé » et « fin des hostilités » puisqu'il énonce qu'« [e]n principe, à la fin des hostilités actives, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'opérations militaires, les mesures restrictives de liberté appliquées pour des motifs en relation avec le conflit devraient cesser [...] »¹¹⁷⁴. On aurait donc trois expressions synonymes : « fin du conflit armé », « fin [sic] des opérations militaires » et « fin des hostilités actives [sic] ». Suivant sa logique, le commentaire du Protocole II affirme donc plus loin – à propos de l'article 25 qui traite des effets de la dénonciation – qu'en l'espèce la « fin du conflit armé » signifie « [...] la fin des hostilités actives, moment où, de part et d'autre, les opérations militaires cessent. »¹¹⁷⁵ Et pour être tout à fait complet, il convient de mentionner que l'expression « cessation des hostilités » utilisée à l'article 6 alinéa 5 ne fait l'objet d'aucune précision dans le commentaire de cette disposition.

Une fois la perplexité passée à la lecture d'affirmations complètement opposées au sein d'un même document, l'alternative qui se présente est la suivante : selon le Comité international de la Croix-Rouge, soit les notions de « fin des hostilités » et de « fin générale des opérations militaires » sont synonymes pour ce qui concerne les conflits armés non internationaux mais distinctes pour ce qui concerne les conflits armés internationaux, puisque dans le commentaire relatif aux premiers il y a identité de notions mais pas dans le commentaire relatif aux seconds, soit il s'agit simplement d'un défaut de coordination entre les rédacteurs ayant contribué à l'édition d'un même document ; en effet, alors que le premier Protocole additionnel est commenté par sept auteurs, le deuxième Protocole additionnel est commenté tout entier par une seule et même personne, laquelle n'a pas participé au commentaire du premier. Si l'on garde en mémoire ce qu'exprimait le délégué du Comité international de la Croix-Rouge à propos des notions « acte d'hostilité » et « opération militaire » lors de l'une des réunions de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire tenue entre 1974 et 1977, il semble qu'il faille plutôt pencher pour la seconde hypothèse de cette alternative¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁴ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 1384, § 4493.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 1524, § 4923.

¹¹⁷⁶ Pour mémoire il donnait deux définitions distinctes : un « acte d'hostilité » était conçu comme un « acte de guerre que sa nature ou son but destine à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées de l'adversaire » et les « opérations militaires » comme « les mouvements d'attaque ou de défense de forces armées en action », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XIV, op. cit. note 911, pp. 14-15, § 8. Voir *supra*. Par ailleurs, la déclaration d'interprétation formulée par le Canada au moment de sa ratification des protocoles additionnels aux Conventions de Genève incite à aller dans ce sens :

À l'issue de l'analyse de l'introduction de la notion de « *fin des hostilités (actives)* », on peut affirmer deux choses, à propos à son économie générale. Premièrement que l'utilisation de ces termes a pour but principal de ne pas faire dépendre toute obligation qui en découle d'un quelconque acte juridique formel, véritable obsession des négociateurs de 1949. Deuxièmement que ces termes ne signifient pas la même chose que la « *fin générale des opérations militaires* », qui elle peut se produire postérieurement¹¹⁷⁷. Demeure toutefois une question cruciale totalement délaissée : que signifient les termes « *fin des hostilités (actives)* » en eux-mêmes ? Quels sont les critères permettant de constater que ce moment s'est produit ? En l'absence de précision quant à ce moment, qui a pourtant des conséquences fondamentales tant pour la protection de certaines personnes que pour certaines obligations internationales mises à la charge des États parties aux instruments de droit international humanitaire, il convient d'étudier les textes qui utilisent cette notion. Mettre ainsi en lumière les dispositions qui créent un régime dérogatoire par rapport à l'applicabilité générale du droit international humanitaire permettra en outre de confirmer que du fait de la référence à cette notion, elles sont spécifiquement affectées d'une applicabilité différenciée.

§ II. Les dispositions spécifiques prévoyant une applicabilité temporelle dérogatoire du droit international humanitaire, en raison de la « *fin des hostilités (actives)* »

Si le droit international humanitaire est réputé s'appliquer de façon générale pendant le temps du conflit armé, certaines dispositions qu'il contient prévoient un domaine d'applicabilité retardé, pour des raisons évidentes. La

« [...] Les interprétations énoncées par le Gouvernement du Canada à l'endroit du Protocole additionnel I s'appliqueront, le cas échéant, aux termes et dispositions comparables figurant dans le Protocole additionnel II. », Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, adopté le 8 juin 1977, Canada, Déclaration d'interprétation accessible en ligne : <http://www.icrc.org/dih.nsf/NORM/7CB02E0EDCD46738C12563FF0047E6B7?OpenDocument>, dernier accès le 28 mars 2012.

¹¹⁷⁷ Pour une opinion contraire voir, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, qui ne distingue pas entre « fin des hostilités actives » et « fin générale des opérations militaires », mais qui conclut tout de même que « [...] les principes humanitaires sous-jacents à la Convention de Genève et l'objet de la captivité doivent être gardés en tête. Ils commandent la nécessité d'une interprétation raisonnable de l'article 118 qui permettrait dans le cas d'hostilités de longues durée que les prisonniers de guerre soient libérés et rapatriés à la fin de brèves rencontres militaires qui ne signifieraient pas per se une reprise immédiate d'opérations militaires à grande échelle. », p. 134, nous traduisons. Cela s'inscrit dans la même logique que celle qui tend à considérer que les prisonniers doivent être libérés à la fin des hostilités actives, même si les opérations militaires continuent par ailleurs.

troisième Convention de Genève par exemple, qui protège de façon générale les prisonniers de guerre, prévoit d'une part qu'elle s'applique pendant un conflit armé international et d'autre part fixe les modalités dans lesquelles les prisonniers de guerre doivent être libérés et rapatriés. Or, il est bien évident qu'on ne pourra pas commencer à les libérer et les rapatrier dès le début de tout conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes, puisque par définition ils n'auront à ce moment pas encore été faits prisonniers. Il était donc nécessaire de prévoir une disposition spécifique aux questions de libération et de rapatriement qui permettrait de fixer le moment à partir duquel ils devraient avoir lieu. Pour ce faire, les rédacteurs ont choisi en l'occurrence l'expression « *sans délai après la fin des hostilités actives* ». Le même raisonnement peut être dupliqué non seulement pour toutes les personnes pouvant faire l'objet de mesures privatives de liberté au cours d'un conflit armé, à condition que ces dernières ne soient pas le résultat d'une condamnation dont elles auraient fait l'objet (A), mais aussi pour des dispositions relevant d'autres domaines, tels que le sort des morts et des restes humains et la recherche des personnes disparues (B) ou encore certaines problématiques liées aux restes de guerre (C). Dans tous les cas, on retrouve une expression contenant les mots « fin des hostilités » comme point de départ à une obligation mise à la charge des États en présence, étant entendu que le but recherché est que la situation de certaines catégories de personnes puisse évoluer, ou que certaines mesures soit prises, sans délai, dès que les circonstances le permettent.

A) *La fin des mesures privatives de liberté*

Des dispositions qui prévoient que la « *fin des hostilités (actives)* » constitue le point de départ à la fin des mesures restrictives de liberté, il se dégage que cette notion s'accommode mal avec la recherche d'une date fixe (1). Pourtant la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a osé un calcul précis, mais néanmoins contestable, du moment auquel elle se produit (2).

- 1) *Le sens des dispositions conventionnelles prévoyant la remise en liberté des personnes qui ont fait l'objet de mesures restrictives de liberté à l'occasion d'un conflit armé*

Au cours d'un conflit armé international, les personnes qui se trouvent sur le territoire des Parties au conflit ou en territoire occupé peuvent faire l'objet de mesures restrictives de leur liberté à plusieurs titres distincts. Soit il s'agit de combattants, et ils peuvent être internés en tant que prisonniers de guerre, soit ce sont des civils, et ils peuvent être internés notamment pour raisons impérieuses de sécurité ou faire l'objet d'autres formes de restriction de liberté,

telles que la mise en résidence forcée ou l'interdiction de quitter le territoire.¹¹⁷⁸ Au cours d'un conflit armé non international, sans qu'il soit distingué entre les statuts, les individus peuvent également être internés ou détenus pour des motifs en relation avec le conflit armé. Dans tous les cas, s'ajoutent à ces catégories de personnes celles qui sont détenues suite à une condamnation prononcée à leur encontre. Sauf pour ces dernières, c'est un souci d'immédiateté qui prédomine les modalités de leur remise en liberté¹¹⁷⁹.

Lors des travaux qui allaient conduire à l'adoption des quatre Conventions de Genève de 1949, l'article qui prévoit le rapatriement des prisonniers de guerre « *sans délai après la fin des hostilités actives* »¹¹⁸⁰ est étudié au sein d'un Comité spécial chargé d'élaborer les dispositions « *qui laissaient apparaître des divergences de fond* »¹¹⁸¹. En l'occurrence, la divergence résulte d'un amendement proposé par le Royaume-Uni, qui aurait emporté des conséquences directes sur le moment à partir duquel les prisonniers de guerre doivent être rapatriés ; les discussions que va susciter cette proposition permettent d'affirmer que le souci absolu de toutes les délégations est de prévoir une libération et un rapatriement au plus vite. En effet, la délégation britannique souhaitait insérer la possibilité pour les Puissance intéressées de différer le rapatriement des prisonniers s'il y avait « *des motifs suffisants [...], tels que les conséquences graves que pourraient entraîner les conditions militaires ou économiques existant dans le pays dans lequel les prisonniers doivent être*

¹¹⁷⁸ Pour plus de détails sur la notion d'internement, voir Marco SASSÒLI, « Internment », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 23 avril 2012.

¹¹⁷⁹ Voir en ce sens la formulation ramassée proposée par l'étude sur le droit coutumier du Comité international de la Croix-Rouge : « *Règle 128. A. Les prisonniers de guerre doivent être libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives. [CAI] / B. Les internés civils doivent être libérés dès que les causes qui ont motivé leur internement cessent d'exister, mais en tout cas dans les plus brefs délais possibles après la fin des hostilités actives. [CAI] / C. Les personnes privées de leur liberté en relation avec un conflit armé non international doivent être libérées dès que les causes qui ont motivé leur privation de liberté cessent d'exister. [CANI] / La privation de liberté de ces personnes peut se poursuivre si des procédures pénales sont en cours à leur encontre ou si elles purgent une peine qui a été prononcée dans le respect de la loi.* », Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles, op. cit.* note 164, p. 595. Il convient ici de souligner que selon cette étude le critère est la fin des hostilités actives pour les prisonniers de guerre comme pour les internés civils, or dans le droit conventionnel, le mot « actives » n'est utilisé qu'à l'article 118 de la troisième Convention de Genève et non à l'article 133 de la quatrième.

¹¹⁸⁰ Examiné en tant qu'article 108 par les délégués, il deviendra l'article 118 de la troisième Convention de Genève. Pour la formulation initiale de l'article 108, tel que proposé par le Comité international de la Croix-Rouge voir *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome I, 381 p., p. 95. Voir également la précision du représentant de l'institution à l'amorce des débats, selon laquelle : « *le texte de Stockholm lie la question du rapatriement à celle de la fin des hostilités et non plus à la conclusion de la paix ; [...] les prisonniers de guerre devront être rapatriés immédiatement après la fin des hostilités actives* », *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Comité spécial de la Commission II, quinzième séance, 18 mai 1949, p. 286.

¹¹⁸¹ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome III, Annexes, Prisonniers de guerre, n° 175, p. 89.

rapatriés »¹¹⁸². Bien qu'assortie de garanties, puisque dans l'idée du Royaume-Uni ces motifs auraient dû être notifiés à la Puissance protectrice et au Comité international de la Croix-Rouge, cette proposition est totalement écartée par les membres du Comité spécial qui se prononcent. Ces derniers estiment unanimement que les prisonniers doivent pouvoir retrouver la liberté « *le plus tôt possible* »¹¹⁸³. Entre autres observations, ils constatent en particulier que « [...] les prisonniers de guerre eux-mêmes ont le désir naturel de regagner au plus vite leurs foyers et [que] cette considération devrait déjà, à elle seule, être déterminante »¹¹⁸⁴. La délégation britannique décide donc de retirer sa proposition d'amendement. Si la discussion se poursuit sur la question des frais de rapatriement, qui ne concerne pas en elle-même le délai dans lequel les prisonniers doivent être rapatriés, certaines délégations en profitent pour réaffirmer que le rapatriement « *devrait être immédiat* »¹¹⁸⁵ ou pour proposer d'assortir toute mention relative à un accord entre les Puissances sur le partage de ces frais d'une clause de sauvegarde selon laquelle celui-ci ne saurait « *en aucun cas justifier le moindre délai dans le rapatriement des prisonniers de guerre* »¹¹⁸⁶, d'autres encore insistent « *sur l'importance et l'urgence des rapatriements* »¹¹⁸⁷.

Pour ce qui concerne les personnes civiles, l'article 46¹¹⁸⁸, tel qu'il avait été présenté par le Comité international de la Croix-Rouge dans son projet de Convention soumis aux délégations, ne fait l'objet d'absolument aucune discussion. Sa formulation actuelle résulte du projet que l'institution avait présenté déjà à la Conférence internationale de Stockholm en 1948 avec la justification suivante : « *Pour éviter que des mesures restrictives soient maintenues alors que les causes qui les ont motivées ont cessé d'exister, le CICR a inséré cet article, en précisant que ces mesures devront, en tout cas, prendre fin le plus rapidement possible après la cessation des hostilités.* »¹¹⁸⁹ Quant aux articles 132 et 133, ils ont fait l'objet de discussions et de modification par rapport au projet initial mais dont aucune n'a trait à la signification de l'expression « fin des hostilités ». La détermination de ce moment n'est pas remis en débat en 1949.

¹¹⁸² *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Comité spécial de la Commission II, Première séance, 5 mai 1949, p. 403.

¹¹⁸³ *Ibid.*, Dix-septième séance, 3 juin 1949, p. 439.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ Selon les termes de la délégation américaine, représentée ici par le Général Dillon, *ibid.*, p. 440.

¹¹⁸⁶ Initiative de la Suisse représentée par M. Stroehlin, *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, *op. cit.* note 1185, Dix-septième séance, 3 juin 1949, p. 440.

¹¹⁸⁷ Observation du délégué italien M. Baistrocchi, à laquelle se rallie le Major-Général Parker représentant des Etats-Unis d'Amérique, et qui conduira à l'adoption du texte à une forte majorité, *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, *op. cit.* note 1185, Dix-huitième séance, 14 juin 1949, p. 443.

¹¹⁸⁸ Correspondant à l'article 42 dans le projet soumis par le Comité international de la Croix-Rouge.

¹¹⁸⁹ Comité international de la Croix-Rouge, *Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre*, XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Stockholm, août 1948), Comité international de la Croix-Rouge, Genève, mai 1948, 245 p., p. 175.

Lors de la Conférence d'experts gouvernementaux qui avait précédé, en 1947, la question du moment du rapatriement n'avait pas été évoquée non plus, ni pour ce qui concerne les étrangers sur le territoire d'une partie au conflit ni pour ce qui concerne les règles relatives au traitement des internés. Il est toutefois assez évident que les experts entendent se référer à certaines des modalités dégagées pour l'internement des prisonniers de guerre et les appliquer par analogie à l'internement des personnes civiles. S'ils précisent à plusieurs reprises qu'ils n'ont pas voulu opérer un renvoi pur et simple vers la Convention relative aux prisonniers de guerre, mais ont considéré au contraire opportun d'élaborer un texte spécifique aux personnes civiles¹¹⁹⁰, la logique relative au délai de rapatriement est la même qu'il s'agisse de prisonniers de guerre ou d'internés civils. Dès lors que les raisons de leur détention disparaissent, ils doivent être libérés. C'est le même souci d'immédiateté qui prédomine dans les deux cas. S'ils n'ont pas été libérés au cours des hostilités, ils doivent donc l'être dès lors qu'elles cessent.¹¹⁹¹ Aussi, tenant également compte du fait que les circonstances peuvent empêcher une libération totalement simultanée de la fin des hostilités, le principe veut que « *pour les internés civils comme pour les prisonniers de guerre, il importe normalement que la détention cesse aussitôt que possible après la fin des hostilités* »¹¹⁹². Ce principe vaut pour toutes les formes de restriction de liberté dont peuvent faire l'objet les personnes civiles à l'occasion d'un conflit armé.¹¹⁹³

Pour compléter ce développement relatif à l'utilisation d'une notion spécifique tournée vers l'effectivité, une omission significative est à relever dans le commentaire de ce qui est devenu l'article 118 de la troisième Convention de Genève. Si la version française publiée en 1958 répète que « *[l]e texte finalement adopté prescrit que le rapatriement aura lieu « sans délai après la fin des hostilités actives » [...]* »¹¹⁹⁴ mais ajoute aussi : « *[...] c'est-à-dire après le cessez-le-feu [sic]* », la version anglaise publiée deux ans plus tard ne mentionne plus aucune référence à un quelconque instrument propre à mettre fin à des

¹¹⁹⁰ Voir en ce sens, *Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, procès verbaux de la Commission III, Condition et protection des civils en temps de guerre, vol. IV, 223 p., Séance du jeudi 17 avril 1947, p. 136 ; ou *Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, procès verbaux, Assemblées plénières, vol. I., 125 p., D., Séance du vendredi 25 avril 1947 (Rapport de la Commission III), p. 82.

¹¹⁹¹ Voir en ce sens, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 292.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 549.

¹¹⁹³ *Ibid.* : « Remarquons enfin que le présent alinéa ne fait que rappeler, pour le cas spécial de l'internement, un principe énoncé de façon générale à l'article 46 et selon lequel les mesures restrictives prises à l'égard des personnes protégées prendront fin aussi rapidement que possible après la fin des hostilités. Il est également la conséquence logique de l'article 132 (al. 1er). Les hostilités étant la cause principale de l'internement, celui-ci doit cesser en même temps que celles-là. », p. 550, note de bas de page omise.

¹¹⁹⁴ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Commentaire, op.cit. note 39, p. 579.

hostilités¹¹⁹⁵. S'agit-il d'une omission fortuite ou délibérée ? La tendance générale à occulter tout acte formel tendant à mettre fin à un conflit armé et la circonstance que les commentaires des Conventions de Genève ont été rédigés en français puis traduits en anglais pourraient constituer deux indices laissant supposer une omission délibérée. Les commentateurs auraient alors profité d'une nouvelle publication du texte pour gommer une précision superfétatoire. Si tel était le cas, cette omission serait extrêmement révélatrice au regard de la compréhension générale de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire qui chercherait à se départir de tout acte formel comme critère de constatation de la fin non seulement du conflit armé, mais, plus restrictivement, des hostilités. Quoi qu'il en soit, cet état de fait ne contribue ni à la simplification, ni à la compréhension aisée, de l'utilisation des termes propres à créer des régimes d'applicabilité temporelle dérogatoires. À l'occasion du commentaire du premier Protocole additionnel, une précision est apportée puisque les commentateurs estiment que la référence au « *cesser-le-feu* » souligne que « *les hostilités peuvent se terminer sans armistice, ou même sans traité de paix* »¹¹⁹⁶. Ainsi, la « *la fin des hostilités actives* » renvoie au sens matériel du terme « *cesser-le-feu* », et non à son sens formel. Le deuxième alinéa de l'article 118 le confirme puisqu'il anticipait déjà qu'« *une convention passée entre les Parties au conflit pour mettre fin aux hostilités* » peut faire défaut et que dans ce cas, les modalités de rapatriement seront déterminées par la Puissance détentrice elle-même « *sans délai* ». Dans le même sens, le commentaire de la quatrième Convention martèle que « *[l']expression « fin des hostilités » [...] signifie la cessation matérielle des combats et non la cessation formelle de la belligérance. La question de la durée des mesures restrictives est donc entièrement indépendante de la conclusion d'un traité de paix.* »¹¹⁹⁷

De tout ce qui précède on peut conclure que l'adoption de la formulation « *sans délai après la fin des hostilités actives* » poursuivait un but bien précis, à savoir un rapatriement qui doit se produire le plus rapidement possible¹¹⁹⁸,

¹¹⁹⁵ Jean S. PICTET (dir.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, 764 p., p. 550 : « *The text as finally adopted states that the repatriation must take place "without delay after the cessation of active hostilities".* »

¹¹⁹⁶ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 355, § 1238.

¹¹⁹⁷ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire*, op. cit. note 39, p. 291. Le commentaire ajoute : « *Cette règle, qui est d'ailleurs en accord avec la pratique des Etats, se fonde sur le fait qu'entre la fin des hostilités et la conclusion de la paix, il peut s'écouler un temps assez long, pendant lequel le maintien des mesures de sécurité et de contrôle ne serait plus justifié.* »

¹¹⁹⁸ Pour ne pas dire « *immédiatement* » après la fin des hostilités. En effet, à propos d'une autre disposition, en 1947, le Comité international de la Croix-Rouge mentionnait qu'il aurait préféré ce terme à l'expression « *le plus tôt possible* » qui pouvait conduire à « *des délais excessifs* », *Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, p. 338. L'adoption des termes « *sans délai après la fin des hostilités actives* » traduit ce souci d'immédiateté, on en déduit que c'est pour cette

sans regard d'autres circonstances¹¹⁹⁹. Ainsi, les opérations militaires peuvent se poursuivre, si les hostilités ont cessé il devra être procédé au rapatriement. Par conséquent, d'une part, l'emploi de ces termes a pour résultat de créer un régime dérogatoire et donc de distinguer de ceux choisis pour mettre fin à l'applicabilité du droit international humanitaire de façon générale et, d'autre part, il traduit la préoccupation de mettre en œuvre certaines dispositions indépendamment du constat de la fin du conflit. En cela, se confirme l'hypothèse selon laquelle le droit international humanitaire emploie deux expressions distinctes dans l'optique de distinguer entre la fin de son applicabilité générale et la fin de son applicabilité fonctionnelle.

Ces garde-fous ne disent toutefois jamais explicitement ce qu'il faut entendre par « *fin des hostilités (actives)* ». Or, de façon tout à fait explicite, un retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils constitue une infraction grave au terme du premier Protocole additionnel¹²⁰⁰. De même, l'article 147 de la quatrième Convention prévoit que les détentions illégales constituent des infractions graves. Pour être en mesure de dire si un retard est injustifié ou non, ou si une détention est illégale, encore faut-il être en mesure de déterminer à partir de quand on doit considérer que ce retard existe ou que l'illégalité de la détention s'est matérialisée du fait de la non libération, du non rapatriement ou du non établissement d'internés civils. Puisque les prisonniers et les internés doivent être rapatriés sans délai après ou dès la fin des hostilités (actives), un retard ou l'illégalité de la détention commence à courir dès lors que les hostilités ont cessé et, si aucune circonstance ne vient le justifier, il s'agira d'une infraction grave. Or, le flou¹²⁰¹ qui entoure la détermination du moment à partir duquel ces infractions sont caractérisées a donné lieu à des conclusions surprenantes.

raison notamment qu'ils ont été préférés aux formulations proposées à l'issue de la réunion d'experts de 1947 qui, par ailleurs insatisfaisantes, se référaient à d'autres expressions pour traduire ce souci d'un rapatriement rapide, telles que « *dans les plus brefs délais* », *ibid.* (proposition de la Nouvelle Zélande ou « *le plus tôt possible* », *ibid.* (proposition du Président de séance). Voir en ce sens Carl E. LUNDIN, « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *American Bar Association Journal*, vol. 39, July 1953, pp. 559-563, p. 560 ; J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit.* note 1154, p. 216.

¹¹⁹⁹ Christiane Shields Delessert, reprise par John Quigley, le constate en ces termes : « *Ainsi, la troisième Convention de Genève a avancé le moment auquel les prisonniers doivent être libérés et rapatriés de la conclusion du Traité de paix à la cessation des hostilités* », John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 74, nous traduisons.

¹²⁰⁰ Article 85 § 4, b).

¹²⁰¹ Pour une proposition, bien qu'aujourd'hui datée, du moment à partir duquel cette obligation existe en fonction de la manière dont les hostilités prennent fin (capitulation, armistice ou autre accord mettant fin aux hostilités), voir Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, p. 428.

2) *L'interprétation arbitrale proposée à l'occasion du règlement du conflit entre l'Éthiopie et l'Érythrée*

Assez récemment, l'occasion a été donnée à un organe quasi-juridictionnel de se prononcer sur la notion de « *fin des hostilités (actives)* ». Sa conclusion en la matière est d'une précision inattendue. L'État incriminé s'est en effet vu reprocher « *d'avoir retardé le rapatriement de 1287 [prisonniers de guerre] de soixante-dix-sept jours de plus que ce qui était raisonnablement requis* »¹²⁰². On s'attendrait dès lors à ce que le moment désigné comme étant « *sans délai après la fin des hostilités actives* » soit identifié avec certitude parmi les arguments de ceux qui ont été amenés à rendre cette décision. En effet, pour être en mesure d'affirmer qu'il existe soixante-dix sept jours de retard, il faut *a priori* être capable de dire à partir de quel jour, très précisément, l'obligation courrait. En réalité, il n'en est rien ; ou plutôt, si cet organe précise incidemment que la fin des hostilités actives est en l'espèce déterminée par la conclusion d'un accord, ce n'est finalement pas ce point de départ qu'il utilisera pour parvenir au chiffre de soixante-dix-sept jours de retard. Toutefois, certains des éléments – par ailleurs sujets à caution – qui étayent le raisonnement ayant conduit à cette conclusion méritent d'être mis en avant, en particulier pour les critiquer.

À l'issue du conflit qui a opposé l'Érythrée et l'Éthiopie à la fin des années mille neuf cent quatre-vingt dix, une Commission ayant pour tâche notamment de statuer sur des réclamations « *décou[a]nt de violations du droit humanitaire international* »¹²⁰³ a été constituée. Au nombre des sentences que cette Commission a rendues, figure celle concernant les prisonniers de guerre érythréens détenus par l'Éthiopie¹²⁰⁴. Parmi ses prétentions, l'Érythrée faisait valoir « [...] que l'Éthiopie n'avait pas libéré et rapatrié les prisonniers de guerre sans délai après le 12 décembre 2000 [date à laquelle l'Éthiopie et l'Érythrée signaient un accord réglant certaines conséquences du conflit qui les avait opposées] »¹²⁰⁵. L'Érythrée considérait en particulier que le manquement à l'obligation qui incombait à l'Éthiopie, au terme de l'article 2 de l'accord du 12 décembre

¹²⁰² Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, between the State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, July 1, 2003, p. 40, D. 8, nous traduisons, nous soulignons.

¹²⁰³ Voir *Accord relatif à la cessation des hostilités entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée*, *op. cit.* note 842, article 5.

¹²⁰⁴ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202. Il existe en miroir une sentence concernant les prisonniers de guerre éthiopiens détenus par l'Érythrée: Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, between The Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea, July 1, 2003. Toutefois celle-ci n'aborde pas la question du rapatriement mais seulement des questions liées au traitement des prisonniers de guerre, elle ne fait donc pas l'objet de ces lignes.

¹²⁰⁵ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202, p. 33, § 144.

2000¹²⁰⁶, selon lequel les deux Parties s'engageaient à « mettr[e] en liberté et [à] rapatrier[...] **immédiatement** tous les prisonniers de guerre »¹²⁰⁷ en leur pouvoir, existait depuis le mois d'août 2001¹²⁰⁸ lorsque l'Éthiopie, au prétexte que le sort d'un pilote éthiopien capturé en 1998 n'avait toujours pas été élucidé par l'Érythrée, décidait d'interrompre le processus de rapatriement entamé dès décembre 2000.

Selon les chiffres fournis par l'Érythrée à la Commission, et non contestés par l'Éthiopie¹²⁰⁹, les opérations de rapatriement ont bien débuté immédiatement après la conclusion de l'accord du 12 décembre 2000, c'est-à-dire selon les assertions de la Commission dès que les hostilités actives entre les deux pays eurent cessé, puisqu'elle considère, sans toutefois étayer son propos autrement qu'en affirmant que c'était le cas d'après « les termes de [l']accord et l'évolution des relations entre les Parties qui s'en est suivie »¹²¹⁰, que l'accord du 12 décembre 2000 marque ce moment – au contraire de l'accord du 18 juin de la même année pourtant intitulé « *Accord relatif à la cessation des hostilités entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée* »¹²¹¹, dont rien ne permettrait de prouver qu'il a été mis en œuvre et dont la Commission s'estime être dans l'incapacité d'évaluer « s'il a marqué une fin des hostilités actives suffisamment définitive aux fins de l'article 118 »¹²¹². Les opérations de rapatriement se sont poursuivies sans que l'une des Parties ne conteste l'avancement du processus jusqu'au 3 août 2001. À cette date, l'Éthiopie aurait demandé des informations à l'Érythrée sur le sort, notamment, d'un pilote capturé en 1998. Devant l'inertie alléguée du gouvernement érythréen, l'Éthiopie décidait de suspendre ses activités de rapatriement. Toujours selon les chiffres fournis par l'Érythrée, on constate néanmoins que quelques prisonniers de guerre érythréens ont pu

¹²⁰⁶ *Accord relatif à la cessation des hostilités entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée*, op. cit. note 842.

¹²⁰⁷ Selon les termes de l'*Accord entre le Gouvernement de l'État d'Érythrée et Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie*, signé à Alger le 12 décembre 2000, Recueil des Traités, vol. 2138, RTNU n° I-37274, pp. 100-106, p. 100, article 2, nous soulignons.

¹²⁰⁸ Voir en ce sens, Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, op. cit. note 1202, p. 37, § 158.

¹²⁰⁹ Voir le tableau récapitulatif reproduit dans la sentence selon lequel les rapatriements ont commencé dès décembre 2000, chacune des Parties rapatriant un peu plus de 350 prisonniers, et se sont achevés en novembre 2002 lorsque l'Éthiopie procédait au rapatriement de presque 1300 prisonniers qui étaient encore en son pouvoir. Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, op. cit. note 1202, p. 35, § 152.

¹²¹⁰ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, op. cit. note 1202, p. 34, § 146.

¹²¹¹ *Accord relatif à la cessation des hostilités entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée*, op. cit. note 842.

¹²¹² Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, op. cit. note 1202, p. 33, § 145, nous traduisons.

regagner leur pays en novembre 2001 puis en février 2002¹²¹³. Le processus se trouvait toutefois considérablement ralenti. À l'occasion d'une visite sur place en mai 2002, le Vice-Président du Comité international de la Croix-Rouge, s'exprimant au cours d'une conférence de presse, a prononcé les mots suivants : « *Je ne dirais pas qu'ils [les Éthiopiens] sont en violation [des Conventions de Genève], parce que c'est un processus [...]. Il y a eu un départ positif dans le processus de libération et de rapatriement des prisonniers de guerre. Le processus a maintenant ralenti, pourrait-on dire. Nous sommes préoccupés par la longueur de [temps que prend] le processus.* »¹²¹⁴ Trois mois et demi plus tard, alors que le président du Comité international de la Croix-Rouge se rendait dans la région, l'institution communiquait que cette visite avait, précisément, pour principal objectif « *de s'assurer que tous les prisonniers de guerre restants soient libérés et rapatriés, conformément à la IIIe Convention de Genève et à l'accord de paix signé à Alger le 12 décembre 2000* »¹²¹⁵. Conséquence directe ou non, quelques jours plus tard, l'Érythrée libérait et rapatriait les derniers deux cent quatre-vingt quatorze prisonniers de guerre qu'elle détenait encore. Après que trois mois additionnels se soient écoulés, en novembre 2002, l'Éthiopie procédait à son tour au rapatriement de mille deux cent quatre-vingt-sept prisonniers, présentés comme étant les derniers restant encore en son pouvoir.

En l'occurrence, la règle de droit pertinente est constituée de deux éléments, à savoir l'article 2 de l'accord du 12 décembre 2000 qui exige un rapatriement immédiat et l'article 118 de la troisième Convention de Genève qui prévoit que les prisonniers de guerre doivent être rapatriés « *sans délai après la fin des hostilités actives* ».

Le processus de rapatriement étant un processus global, dont le point de départ est matérialisé par la fin des hostilités actives, pour décider si l'Éthiopie avait effectivement manqué à son obligation, la Commission devait donc déterminer si le délai de presque deux années qui s'était écoulé depuis le 12 décembre 2000, puisque c'est le point de départ qu'elle se fixait, jusqu'au mois de novembre 2002, date du dernier rapatriement mentionné dans la procédure, était conforme aux exigences posées aux articles 118 de la troisième Convention de Genève et 2 de l'accord du 12 décembre 2000. L'Éthiopie

¹²¹³ Voir en ce sens le tableau suscité, Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202, p. 35, § 152.

¹²¹⁴ The Integrated Regional Information Networks (IRIN), *ERITREA-ETHIOPIA: ICRC expresses concern over delay of POWs repatriation*, rapport du 9 mai 2002, disponible en ligne sur : <http://www.irinnews.org/Report/31842/ERITREA-ETHIOPIA-ICRC-expresses-concern-over-delay-of-POWs-repatriation>, dernier accès le 12 avril 2012, nous traduisons. La Commission reproduit partiellement ses propos au paragraphe 155 de sa décision, *Eritrea Ethiopia Claims Commission*, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202, p. 36, § 155.

¹²¹⁵ Comité international de la Croix-Rouge, *Visite du président du CICR en Érythrée et en Éthiopie : des progrès décisifs ont été réalisés en vue de la libération et du rapatriement des prisonniers de guerre*, Communiqué de presse 02/48, 23 août 2002, cité en anglais par la Commission au paragraphe 156 de sa décision, *Eritrea Ethiopia Claims Commission*, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202, pp. 36-37, § 156.

n'arguant pas du fait d'une impossibilité matérielle entravant les procédures de rapatriement et l'audition de deux mille deux cent vingt-trois personnes pour s'assurer de leur consentement à retourner dans leur foyer d'origine, tout comme l'organisation matérielle de leur reconduite à la frontière, pouvant sans aucun doute être aménagée en moins de deux ans, il aurait été possible de conclure à un manquement du gouvernement éthiopien du seul constat de l'écoulement d'un laps de temps injustifié entre le point de départ de cette obligation et la façon dont elle a été mise en œuvre. Et ce indépendamment de toute autre considération, et surtout pas au regard du comportement de l'Érythrée.

Or, c'est un tout autre point de départ qui anime finalement la réflexion de la Commission. Prenant appui sur une condition inexistante, tant dans l'article 118 que dans l'accord du 12 décembre 2000, elle estime que la période pertinente qui doit être le sujet de son examen est non pas la période de deux ans entre décembre 2000 et novembre 2002, mais la période de trois mois qui s'est écoulée entre la « reprise » des rapatriements par l'Érythrée en août 2002 et le rapatriement des derniers mille deux cent quatre-vingt-sept prisonniers de guerre détenus par l'Éthiopie. Son point de départ n'est donc pas du tout la fin des hostilités actives mais la date à laquelle ont été rapatriés les derniers prisonniers détenus du côté érythréen. Autrement dit, la Commission introduit une condition de réciprocité couplée à un nouveau point de départ. Selon son raisonnement, rien dans le processus de rapatriement ne pose problème jusqu'au moment où l'Érythrée reprend le processus après qu'il ait été freiné en août 2001. De façon générale cela reviendrait à considérer que tant que deux Puissances opèrent suivant le même rythme, donc tant qu'elles procèdent de façon réciproque à la libération et au rapatriement de leurs prisonniers respectifs, peu importe l'étendue des délais, mais dès lors que l'une des deux adopte une autre fréquence, l'autre devrait faire de même. Rien dans l'article 118¹²¹⁶ ni dans l'accord entre les Parties n'incite pourtant à cette

¹²¹⁶ Tout au contraire, le deuxième alinéa de l'article 118 suggère que l'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre à l'issue des hostilités actives est une obligation unilatérale puisque si les Parties ne concluent pas d'accord entre elles à propos des modalités de rapatriement il prévoit que « *chacune des Puissances détentrices établira elle-même et exécutera sans délai un plan de rapatriement conforme au principe énoncé à l'alinéa précédent* ». Dans le même sens voir, Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, p. 419 et note de bas de page 118, qui prend notamment appui sur la déclaration unilatérale du Pakistan de novembre 1972 selon laquelle il procéderait au rapatriement des prisonniers de guerre indiens qu'il détenait suite au conflit indo-pakistanaï des années soixante-dix et Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire, op.cit.* note 39, p. 579. Dans le même sens, dès 1950 à propos des prisonniers encore détenus à l'issue de la seconde guerre mondiale, l'Assemblée générale des Nations unies a eu l'occasion d'affirmer que les prisonniers de guerre doivent jouir de la possibilité d'être rapatriés « *dans le plus bref délai et sans réserve* », Assemblée générale des Nations unies, *Mesures en vue du règlement pacifique de la question des prisonniers de guerre*, adoptée le 14 décembre 1950, A/RES/427(V). De même encore selon John Quigley, « *[l']article 118 de la troisième Convention de Genève [...] requiert la libération et le rapatriement du prisonnier à la cessation des hostilités plutôt qu'à la conclusion d'un traité de paix. Ce faisant, l'article 118 prend clairement un postulat qui n'avait pas été identifié dans la Convention de La Haye, à savoir que l'obligation de libérer et de rapatrier ne dépend pas d'une*

interprétation. Cette conclusion est d'autant plus difficile à comprendre que préalablement les arbitres posaient en principe que « [...] selon leur sens ordinaire et l'objet et le but humanitaires de la Convention de Genève III, ces mots [« sans délai »] indiquent que le rapatriement devrait avoir lieu à un stade précoce et sans restrictions ou délais déraisonnables ou injustifiables. À la fois, le rapatriement ne peut pas être instantané. »¹²¹⁷ Cette lecture initiale de l'article 118 s'inscrit dans la droite ligne de ce que voulaient les auteurs des Conventions de Genève¹²¹⁸ et l'interprétation qui en est généralement donnée ; il est nécessaire de laisser aux États le temps d'organiser le rapatriement des prisonniers¹²¹⁹, lequel doit intervenir le plus rapidement possible, pour autant qu'aucune contrainte matérielle ne soit invoquée de bonne foi pour repousser le moment auquel il doit se produire. L'échelonnement du rapatriement sur deux années et l'achoppement des parties sur l'élucidation du sort d'un pilote éthiopien capturé par l'Érythrée va irrémédiablement troubler le raisonnement de la Commission. En effet, ce n'est pas tant le point de savoir quand les hostilités actives ont cessé et donc depuis quand l'Éthiopie était redevable du rapatriement des prisonniers qui sera au centre de ses préoccupations que l'interruption du rapatriement puis l'intervalle de trois mois entre les derniers rapatriements effectués par l'Érythrée et ceux auxquels à procédé l'Éthiopie. Au final, au lieu de se poser la question de savoir si l'Éthiopie a procédé au rapatriement des prisonniers de guerre sans délai après la cessation des hostilités actives, et éventuellement la question subsidiaire de savoir si un retard constaté dans le processus pouvait lui être reproché, elle se pose la question suivante : est-ce que le fait que l'Éthiopie ne procède pas aussi

*libération et d'un rapatriement correspondants par l'autre Partie. L'article 118 requiert d'une Partie qu'elle libère ses prisonniers, même si l'autre Partie ne montre aucune volonté de faire de même. », John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 80, nous traduisons. Voir également Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 65 qui rappelle qu'au cours des négociations qui allaient aboutir à l'adoption de la troisième Convention de Genève il était apparu clairement que l'obligation de rapatrier était une obligation unilatérale.*

¹²¹⁷ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202, p. 34 § 147, nous traduisons.

¹²¹⁸ Voir l'analyse des travaux préparatoires *supra*, Titre II, Chapitre II, Section I, I.

¹²¹⁹ Le commentaire de l'article 118 énonce notamment en substance que l'« [...] obligation de rapatriement immédiat ne porte évidemment aucun préjudice aux mesures d'organisation qui doivent être prises pour que les rapatriements aient lieu dans des conditions conformes aux règles de l'humanité et aux exigences conventionnelles, telles qu'elles sont définies au premier alinéa de l'article 119, par référence aux articles 46 à 48 relatifs aux transferts. », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, *op.cit.* note 39, p. 579. Dans le même sens Philippe BRETTON, « De quelques problèmes du droit de la guerre dans le conflit indo-pakistanaï », *op. cit.* note 744, p. 218. Howard S. Levie considère au contraire que le laps de temps entre la fin des hostilités actives et le début de l'obligation à la charge de la Puissance détentrice doit être plus long que le seul temps nécessaire à l'organisation des modalités de rapatriement, Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, p. 428, en particulier à la note de bas de page 167 ; il considère que le point de vue de Philippe Bretton « [...] va trop loin [...] », nous traduisons.

rapidement que l'Érythrée au rapatriement des derniers prisonniers peut se justifier au regard des circonstances ? Question qui n'est fondée par aucune base légale.

Au-delà de ce raisonnement douteux, il convient de noter qu'en l'occurrence la fin des hostilités actives est réputée trouver son origine dans l'accord conclu entre les Parties et à leur comportement subséquent. On regrettera simplement que la Commission n'est pas étoffé son argumentaire pour expliquer pourquoi les faits correspondaient à la qualification de « *fin des hostilités actives* ». Par ailleurs, la circonstance que la Commission utilise simultanément l'accord du 12 décembre 2000 et l'article 118 tend à confirmer une similitude entre l'exigence de cette disposition et l'article 2 de l'accord susmentionné. Si les deux dispositions servent indifféremment de base légale c'est bien que l'immédiateté requise à l'article 2 de l'accord reflète l'urgence sous-entendue par les termes « *sans délai après la fin des hostilités actives* » contenus à l'article 118.

À titre accessoire, le poids accordé par les arbitres aux prises de parole d'organes du, ou aux communiqués émis par le, Comité international de la Croix-Rouge est pour le moins surprenant. La Commission statue en effet dans un premier temps qu'elle « *n'est pas en position d'être en désaccord avec la conclusion du CICR [...]* »¹²²⁰ à propos du retard allégué depuis août 2001, puis dans un deuxième temps qu'« *au vu [notamment] du communiqué de presse du 23 août 2002 [...] la Commission ne voit pas de justification juridique pour la détention prolongée continue par l'Éthiopie des prisonniers de guerre érythréens restants* »¹²²¹. Mais le Comité international de la Croix-Rouge, bien qu'étant un acteur humanitaire majeur, de surcroît très impliqué en l'occurrence, n'est tout d'abord pas un organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel. Les prises de position qu'il peut prendre dans la limite du respect du principe de neutralité qu'il s'impose ne sauraient engager qui que ce soit. Ensuite, cette institution se place systématiquement sur le terrain du dialogue et de la coopération avec les autorités concernées, autrement dit elle négocie continuellement avec elles, elle est donc peu prompte à déclarer que telle ou telle violation est commise, tant cela pourrait entacher ses efforts pour parvenir à ses fins en matière de protection des victimes de conflits armés. Enfin, ce que dit son Président, organe politique s'il en est, ou un communiqué de presse, par définition destiné à un large public, ne saurait constituer un quelconque élément de droit.

¹²²⁰ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, *op. cit.* note 1202, p. 38 § 162, nous traduisons, nous soulignons.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 38 § 163, nous traduisons, nous soulignons.

B) Les morts, le retour des restes humains et les disparus

Les articles 17 de la première Convention de Genève de 1949 et 130 de la quatrième, complétés par les articles 33 et 34 du premier Protocole additionnel de 1977, prescrivent un certain nombre d'obligations pour les Puissances en conflit relatives aux personnes décédées au cours d'un conflit armé¹²²². Parmi ces obligations, on trouve l'échange de renseignements entre ces Puissances pour identifier les emplacements des tombes et les individus qui y sont enterrés. D'un point de vue temporel, ces dispositions présentent un intérêt dans la mesure où elles prévoient une mise en œuvre « *dès que les circonstances le permettront, et au plus tard à la fin des hostilités* »¹²²³. Par conséquent, on va ici au-delà de la notion de « fin des hostilités » comme point de départ de l'obligation mise à la charge des États de coopérer sur ce point précis. Ici la « fin des hostilités » constitue une limite, mais l'obligation existe déjà *pendant* les hostilités. Ce qui est d'autant plus remarquable dans la mesure où la Convention de 1929 relative aux prisonniers de guerre ne prévoyait cette obligation qu'*après* la fin des hostilités¹²²⁴. En outre, l'association de ces deux notions, « *fin des hostilités* » et « *dès que les circonstances le permettront* » confirme que ce moment, à savoir la fin des hostilités, doit se produire assez rapidement en dehors de toute considération liée à la fin du conflit armé¹²²⁵.

Dans le même esprit, les articles 33 et 34 du premier Protocole additionnel, relatifs respectivement aux personnes disparues et aux restes des personnes

¹²²² D'autres articles, dans la deuxième et la troisième Conventions de Genève de 1949 établissent certaines prescriptions relatives aux morts, elles ne font cependant pas appel à la notion de « fin des hostilités », elles ne sont donc pas évoquées dans ces lignes. En particulier, la Convention II contient une disposition relative à l'immersion des morts. Cet article renvoie à la Convention I si les morts sont débarqués, l'article 17 suscitait donc la référence en la matière. L'article 120 de la Convention III quant à lui régit la transmission d'information pour ce qui concerne les prisonniers de guerre morts en captivité. Pour eux c'est le Bureau de renseignements des prisonniers de guerre qui est chargé de traiter les informations qui lui auront été transmises « *dans les plus brefs délais* » après la mort des prisonniers. Il n'est donc pas question d'échanges entre les Parties en conflit et donc pas nécessaire de prévoir d'obligation une fois que les hostilités auront cessé.

¹²²³ Article 17 alinéa 4 de la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* et article 130 alinéa 3 de la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*. Gro Nystuen et Stuart Casey-Maslen relèvent qu'en anglais les mots ont été traduits de manière différente. À l'article 17 le texte anglais utilise l'expression « *at the latest at the end [...]* » et à l'article 130 « *not later than the close [...]* », Gro NYSTUEN et STUART CASEY-MASLEN, « Article 20. Duration and Withdrawal », *op. cit.* note 863, p. 305, note de bas de page 127. En réalité, bien que cette divergence de traduction soit malheureuse, il semble que l'utilisation de l'une ou l'autre expression en anglais est absolument équivalente.

¹²²⁴ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, pp. 541-542.

¹²²⁵ Elle a également pour but de laisser une marge d'appréciation la plus large possible aux autorités en cause puisque « *ce sont elles qui doivent déterminer si les circonstances permettent d'entreprendre celles-ci* », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, p. 355, § 1235.

décédées, posent des points de départ spécifiques pour les obligations, d'une part de rechercher les personnes disparues signalées par la partie adverse, et d'autre part de conclure des accords relativement au sort des restes humains¹²²⁶. Ces obligations commencent à courir soit « [d]ès que les circonstances le permettent et au plus tard dès la fin des hostilités actives [...] », soit « [d]ès que les circonstances et les relations entre les Parties adverses le permettent [...] ». La compréhension de ces notions est fondamentale puisqu'elles constituent le moment à partir duquel les États ont des obligations à respecter, c'est-à-dire le moment à partir duquel on pourra considérer qu'ils sont en infraction à la Convention s'ils ne respectent pas cette obligation.

Cette série de dispositions relative aux morts, au retour des restes humains et aux disparus apporte à plusieurs égards un éclairage nouveau sur la notion de « fin des hostilités ». Les moyens à mettre en œuvre aux termes de l'article 33 requièrent la collaboration entre les Parties¹²²⁷. Pour que cette collaboration soit possible, il faut nécessairement que les hostilités, si elles ne sont pas complètement terminées, soient tout au moins en bonne voie de toucher à leur fin¹²²⁸. Dans le même ordre d'idée, les équipes qui seront chargées d'enquêter¹²²⁹ doivent pouvoir mener à bien leur travail sans craindre de subir les effets des hostilités dans une mesure telle qu'elles seraient empêchées d'accomplir leur mandat. Il en va de même pour que l'exigence selon laquelle elles doivent être respectées et protégées¹²³⁰ puisse être facilitée. Enfin, pour que les Parties en cause puissent être en mesure de conclure les accords

¹²²⁶ Pour un tour d'horizon général relatif aux dispositions du droit international humanitaire traitant des personnes disparues et décédées, voir Marco SASSOLI et Marie-Louise TOUGAS, « The ICRC and the missing », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 84, n° 848, 2002, pp. 727-750, en particulier aux pp. 730 et s. Voir également Nicolas MICHEL, « Les disparus : Action pour résoudre le problème des personnes portées disparues dans le cadre d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne et pour venir en aide à leurs familles », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 849, 2003, pp.194-203, qui met notamment en évidence les enjeux relatifs à la nécessité d'entreprendre des mesures aussi vite que possible pour déterminer le sort des personnes portées disparues, au nom d'un droit de savoir universel.

¹²²⁷ Même si la précaution a voulu que la transmission de renseignements puisse se faire par l'intermédiaire de la Puissance protectrice ou l'Agence centrale de recherches du Comité international de la Croix-Rouge, ou de Sociétés nationales (article 33 paragraphe 3 du premier Protocole), il reste que les opérations de recherche conduiront presque toujours à ce que les autorités des deux camps en présence évoquent cette question ensemble.

¹²²⁸ La délégation libanaise lors des débats de 1976 relatifs à la proposition de disposition concernant les restes des personnes décédées du premier Protocole additionnel estimait « qu'il sera[it] difficile d'appliquer les dispositions prévues [...] dans le cas où les hostilités se poursuivraient » et « propos[ait] donc [...] que soit inséré le membre de phrase "après la normalisation des relations entre les Parties" », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XI, op. cit. note 47, p. 261, § 16. L'article 34 paragraphe 2 final ne tient toutefois pas compte de cette remarque.

¹²²⁹ Lorsque la première phase des recherches n'aboutit pas, s'ensuit une véritable phase d'enquête afin d'élucider le sort des personnes mentionnées comme étant disparues, voir en ce sens Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 354, § 1233.

¹²³⁰ Article 33 paragraphe 4 du premier Protocole I.

prescrits à l'alinéa 2 de l'article 34, il est bien évident que leurs relations réciproques doivent à tout le moins être en voie de se pacifier¹²³¹. Aussi, bien entendu, les obligations résultant des articles 33 et 34 du premier Protocole additionnel n'exigent pas que les Parties procèdent à des enquêtes après chaque engagement¹²³², sauf lorsque cela est possible ; marquant une limite absolue¹²³³, la « fin des hostilités » est donc une situation plus générale que la situation entourant la fin d'un engagement. Toutefois, les Parties doivent procéder aux recherches dès que les circonstances ou les relations entre elles le permettent, il n'est donc pas question d'attendre le règlement général du conflit armé et le retour à des rapports « normaux » dans l'intégralité de leurs relations réciproques ; la « fin des hostilités » se situe donc bien avant ce moment. La Résolution adoptée en la matière par l'Assemblée générale des Nations unies en 1974 traduit cette interprétation de façon tout à fait explicite lorsqu'à la dernière phrase de son préambule elle énonce que « [...] la communication de renseignements sur les personnes qui ont disparu ou péri lors de conflits armés ne doit pas être retardée simplement parce que d'autres problèmes restent en suspens. »¹²³⁴ Bien que le point 2 de cette Résolution demande aux Parties de prendre pour ce faire toute mesure en leur pouvoir « pendant et après les hostilités »¹²³⁵, c'est-à-dire que les démarches doivent être entreprises pendant les hostilités, cette phrase du préambule semble bien faire référence aux situations dans lesquelles, si le feu des combats a cessé, toutes les conséquences du conflit armé ne sont pas encore réglées. Dans cet espace temporel, qui, dans le langage du droit international humanitaire se situe entre la « fin des hostilités (actives) » et la « fin générale des opérations militaires », les États en cause doivent déjà commencer à déployer les moyens propres à élucider le sort des personnes portées disparues. Est ainsi confirmé que la « fin des hostilités (actives) » peut intervenir avant et indépendamment de la résolution du conflit. Il y a donc bien une distinction entre la fin de l'applicabilité générale du droit international humanitaire marquée par la « fin générale des opérations militaires » et le début de la mise en œuvre de dispositions spécifiques du fait de la « fin des hostilités (actives) ».

¹²³¹ Il faut toutefois noter que pour les démarches relatives aux restes des personnes décédées, l'article 34 du Protocole I ne fixe aucune limite additionnelle. Le seul critère déterminant à la mise en œuvre de cette disposition renvoie aux circonstances et aux relations entre les Parties, sans l'adjonction d'un quelconque élément temporel qui serait lié à la « fin des hostilités ».

¹²³² Comme le prescrit l'article 15 de la première Convention de Genève à propos des blessés et malades sur le champ de bataille.

¹²³³ Terme emprunté au commentaire de l'article 33, voir Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 355, § 1238.

¹²³⁴ Assemblée générale des Nations unies, *Assistance et coopération dans la recherche de personnes disparues ou décédées lors de conflits armés*, Résolution 3220 (XXIX), adoptée le 6 novembre 1974, préambule.

¹²³⁵ *Ibid.*, point 2.

Par ailleurs, les travaux préparatoires du premier Protocole additionnel révèlent qu'une fois encore la question de la différence entre des hostilités « actives » ou des hostilités sans qualificatif s'est posée. Le projet d'articles utilisait tour à tour les deux expressions, sans les différencier, ce que soulignait un délégué qui en profitait également pour livrer que, de son point de vue, « [...] il serait bien difficile de faire la distinction entre hostilités actives et passives »¹²³⁶. Au moment de discuter du projet soumis par le groupe de travail une délégation relève quant à elle en deux occasions appuyées que le texte ne précise pas « *ce qu'il faut entendre par "hostilités actives"* »¹²³⁷ et aimerait que ce point soit précisé. Bien que sa compréhension de cette expression à cet endroit du texte soit discutable, puisqu'il se demande si l'obligation de rechercher les personnes disparues s'éteint à la fin des hostilités actives, alors que c'est précisément le contraire, il n'en demeure pas moins qu'il insiste sur le fait qu'il lui « *semble[...] que les mots "hostilités actives" supposent qu'ils puisse y avoir des hostilités non actives [...]* »¹²³⁸ et se demande « *[q]uelle est la situation réelle à la fin des hostilités actives* »¹²³⁹, ce à quoi lui est notamment opposé qu'il s'agit d'une question de rédaction et non une question de fond¹²⁴⁰. Le groupe de travail chargé de la rédaction de cette disposition va finalement décider de garder la notion de « *fin des hostilités actives* », invoquant le souci de cohérence avec les Conventions de Genève pour éluder la question de savoir si les deux expressions sont synonymes ou non¹²⁴¹. Cette référence aux Conventions de Genève pour ces dispositions précises est pour le moins curieuse puisque les articles 17 et 130 du même Protocole utilisent les termes « *fin des hostilités* », sans préciser « *actives* ». En 1949, seul l'article 118 de la troisième Convention comporte ce terme¹²⁴². C'est finalement le commentaire proposé par le Comité international de la Croix-Rouge qui va apporter une réponse à cette préoccupation, estimant qu'« *[e]n réalité, l'expression «hostilités actives» n'a pas, dans ce contexte, un sens différent de l'expression «hostilités». Dans l'un et l'autre*

¹²³⁶ Intervention du délégué représentant le gouvernement de l'URSS, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume XI, op. cit. note 47, p. 377, § 13.*

¹²³⁷ Intervention du délégué représentant le gouvernement irakien, *ibid.*, p. 261, § 12.

¹²³⁸ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume XI, op. cit. note 47, p. 261.*

¹²³⁹ *Ibid.*

¹²⁴⁰ Intervention de M. Bothe, représentant de la République fédérale d'Allemagne, *ibid.*, p. 262, § 20.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 264, § 34.

¹²⁴² Voir en ce sens le commentaire de l'article 33 du Protocole I qui rappelle que « *[l'on retrouve effectivement dans les Conventions de Genève] la limite absolue constituée par la «fin des hostilités actives», [...] mais à un seul endroit [l'article 118 de la Convention III]. Le Commentaire de la IIIe Convention assimile la fin des hostilités actives au cessez-le-feu, soulignant le fait que les hostilités «peuvent se terminer sans armistice, ou même sans traité de paix»* », Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit. note 11, p. 355, § 1238, notes de bas de page non reproduites.*

cas, il s'agit des hostilités armées. »¹²⁴³ Cette mention aura des répercussions puisque, concernant les personnes disparues, les organes des Nations unies saisis de la question reprendront les termes du Protocole I¹²⁴⁴ et parce que postérieurement les négociateurs des traités portant sur certaines armes réemploieront ces termes.

C) Les effets de certaines armes

La problématique des effets que produisent certaines armes longtemps après que les conflits au cours desquels elles ont été utilisées ont pris fin est un autre cas typique d'application dérogatoire du droit international humanitaire¹²⁴⁵. L'étendue de ces effets, plus encore que l'utilisation de ces armes pendant le conflit, a rendu absolument nécessaire de prévoir des obligations à la charge des États en la matière qui ne devaient pas se limiter au temps du conflit armé *stricto sensu*. Trois textes, correspondant à trois types d'armes, à savoir les mines (1), les restes explosifs de guerre (2) et les armes à sous-munitions (3), encadrent les obligations les concernant. Ils utilisent une terminologie voisine en matière d'applicabilité temporelle.

1) La terminologie des textes relatifs aux mines

Concernant les mines, deux textes servent de référence, lesquels fixent des domaines d'applicabilité *ratione temporis* distincts. Le Protocole II à la Convention sur les armes classiques de 1980 est le premier à prévoir une limitation de l'emploi des mines ; révisé en 1996 il énonce, notamment, que les mines doivent être enlevées ou détruites « [s]ans retard après la cessation des hostilités actives »¹²⁴⁶. De même, il exige que « les parties à un conflit, [...] après la cessation des hostilités actives, prennent sans attendre toutes les mesures nécessaires et appropriées, [...] pour protéger les civils contre les effets des champs de mines

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ En ce sens comme le mentionne l'étude sur le droit coutumier du Comité international de la Croix-Rouge, voir Commission des Nations unies pour les droits de l'Homme, *Personnes disparues*, Résolution 2002/60, point 3 de la Résolution, Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier*, Volume I : Règles, *op. cit.* note 164, p. 563. La Commission des droits de l'Homme a réutilisé le même langage en 2004, voir Commission des Nations unies pour les droits de l'Homme, *Personnes disparues*, Résolution 2004/50, point 4 de la Résolution.

¹²⁴⁵ Éric DAVID, au contraire, ne distingue pas entre la fin des hostilités ou la fin des opérations militaires comme critère de détermination de la fin d'un conflit armé, adopte la position originale selon laquelle « [...] des mines disséminées pendant le conflit ainsi que les restes explosifs de guerre demeurant actifs après la fin des combats, restent une forme d'« opération militaire » continuant à relever de la Convention. La Convention continue donc à s'appliquer et ce n'est pas vraiment une exception au principe de la cessation d'application du droit des conflits armés à l'issue des hostilités. », Éric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, Précis de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, quatrième édition, 2008, 1117 p., § 1.237, p. 262.

¹²⁴⁶ *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, *op. cit.* note 85, article 10 paragraphe 1.

[...]. »¹²⁴⁷ Premier texte à employer de nouveau la terminologie « fin des hostilités **actives** » depuis son apparition en 1949 dans une disposition de la troisième Convention de Genève et sa réutilisation en 1977 dans une disposition du premier Protocole additionnel, ce texte ne précise pas autrement ce qu'il faut entendre par cette expression. Rien ne permet par conséquent de déterminer avec exactitude le moment à partir duquel ces obligations pèsent à la charge des États. Toutefois, le fait que les rédacteurs de cet instrument aient dans les deux cas accolé à cette expression un complément circonstanciel de manière apporte une précision sur leur intention. Ajouter « *sans retard* » ou « *sans attendre* » souligne en effet que les mesures doivent être prises aussi vite que possible. C'est donc toujours la recherche de l'immédiateté qui conduit à utiliser les termes « cessation des hostilités actives ». On peut d'ailleurs penser que dans leur esprit, le mot « active » contribue à refléter l'urgence dans laquelle ces dispositions doivent être mises en œuvre. Il s'agit d'éviter tout prétexte à différer l'exécution du Protocole. L'inhibition des dangers liés aux mines doit être une priorité absolue dès les premiers signes annonciateurs d'un arrêt des violences. Inutile dès lors d'attendre tout autre événement que la fin des hostilités pour commencer à procéder au déminage. Il est frappant de noter que la « fin du conflit armé » ne soit absolument pas mentionnée pour ce faire. On cherche ici la notion la plus efficace possible, c'est-à-dire dont on pense qu'elle ne fait que refléter une réalité et n'est pas sujet à controverses, là où la notion de fin du conflit pourrait encore renvoyer à un certain formalisme. Point n'est besoin que les parties au conflit en voie d'extinction s'entendent préalablement sur quoi que ce soit pour que les dispositions du Protocole produisent leurs effets. Cependant, l'expression « fin des hostilités actives » ne répond que partiellement à ce souci. Car, concrètement, comment savoir quel événement marque la fin des hostilités actives, avant d'avoir pu laisser s'écouler un certain laps de temps ?¹²⁴⁸

La Convention d'Ottawa de 1997, relative aux mines antipersonnel et dont l'ambition est beaucoup plus large¹²⁴⁹, évite totalement ce problème. À l'aune de son article 5 paragraphe 1 qui dispose que « *[c]haque État partie s'engage à*

¹²⁴⁷ *Ibid.*, article 9 paragraphe 2.

¹²⁴⁸ La règle 83 de l'étude sur le droit coutumier du Comité international de la Croix-Rouge estime que l'enlèvement des mines « *après la cessation des hostilités actives* » est une obligation coutumière, toutefois elle ne dit rien à propos du moment à partir duquel cette obligation est à la charge de l'État en cause, Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier, Volume II : Règles*, op. cit. note 164 Chapitre 29, Section K. Règle 83, pp. 379-380.

¹²⁴⁹ La Convention d'Ottawa interdit l'usage des mines antipersonnel, le Protocole II à la Convention de 1980 limite l'utilisation des mines antipersonnel et anti-véhicules. Pour plus de détails sur l'articulation entre ces deux instruments voir par exemple Kathleen LAWAND, « Les mines et les restes explosifs de guerre : Coûts humains et réponses humanitaires », *L'Humanitaire-Maghreb*, janvier 2005, pp.4-8, disponible en ligne sur : http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/pages_4-8_huma_maghreb_08.pdf, dernier accès le 3 avril 2012. Il peut y avoir juxtaposition de régime car l'un interdit, l'autre limite, les traités s'appliquent tant qu'ils ne sont pas incompatibles.

détruire toutes les mines antipersonnel dans les zones minées sous sa juridiction ou son contrôle, ou à veiller à leur destruction, dès que possible, et au plus tard dix ans après l'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet État partie », toutes les considérations relatives à l'applicabilité temporelle de cet instrument sont liées, non pas à un quelconque conflit armé, mais à sa date d'entrée en vigueur pour l'État concerné. Dès lors il est extrêmement simple de déduire avec précision le moment à partir duquel l'obligation commence à courir.

2) *La terminologie du Protocole relatif aux restes explosifs de guerre*

Le cinquième Protocole à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques de 1980, relatif aux restes explosifs de guerre, pose dès son Préambule le principe selon lequel les États ont des obligations en la matière qui ne sont pas limitées au temps du conflit armé. Il rappelle que de « *graves problèmes humanitaires [se posent] après les conflits par les restes explosifs de guerre [... nécessitant des] mesures correctives générales à prendre après des conflits afin de réduire autant que faire se peut les risques inhérents aux restes explosifs de guerre et les effets de tels restes* »¹²⁵⁰. Dès l'abord, et du fait de la spécificité de la matière dont traite ce texte, est donc posée une applicabilité *ratione temporis* différente de celle qui est énoncée de façon générale dans d'autres instruments de droit international humanitaire, ce que confirme expressément l'article 1 paragraphe 3 du Protocole qui prévoit que ce texte « *s'applique aux situations résultant des conflits* »¹²⁵¹. Les restes de guerre sont « *les munitions non explosées et les munitions explosives abandonnées* »¹²⁵² à l'issue d'un conflit armé. Utilisées pendant le temps du conflit armé, ces munitions produisent des effets principalement « *dans les situations postérieures aux*

¹²⁵⁰ *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Protocole V)*, adopté à Genève, 28 novembre 2003, Recueil des Traités, vol. 2399, 2006, RTNU n° A-22495, pp. 136-146, Préambule, nous soulignons. Il est à cet égard intéressant de souligner que le premier alinéa du Préambule de la Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, adoptée le 18 septembre 1997, énonce simplement que les mines emportent de « *graves conséquences pendant des années après leur mise en place* » sans autre précision des circonstances entourant cette mise en place, nous soulignons.

¹²⁵¹ *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre (Protocole V à la Convention de 1980)*, op. cit. note 1253, article 1 paragraphe 3, nous soulignons : « *Le présent Protocole s'applique aux situations résultant des conflits qui sont visés dans les paragraphes 1 à 6 de l'article premier de la Convention, tel qu'il a été modifié le 21 décembre 2001* », c'est-à-dire aux « *situations prévues par l'article 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949* » ainsi que « *toute situation décrite au paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel I aux Conventions* » mais aussi « *aux situations visées à l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949* » et non « *pas aux situations de tensions et de troubles intérieurs, telles qu'émeutes, actes de violence isolés et sporadiques et autres actes de caractère similaire, qui ne sont pas des conflits armés* », Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, op. cit. note 22, amendement à l'article 1, adopté le 21 décembre 2001.

¹²⁵² Selon l'article 2 paragraphe 4 du *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre (Protocole V à la Convention de 1980)*, op. cit. note 1253.

conflits »¹²⁵³. Comme c'est le cas pour les mines, les zones sur lesquelles se trouvent ces armes demeurent inexploitable et continuent de constituer un danger létal pour la population civile qui s'y aventurerait. Leur présence est l'un des stigmates du conflit contre lequel il faut lutter, non seulement pour rétablir la sécurité physique dans les zones qui sont affectées mais également pour faire en sorte qu'elles ne soient pas le terreau à une résurgence de la violence, alors qu'un compromis a été trouvé pour faire taire les armes durablement.

À la recherche de la signification des termes propres à prévoir une applicabilité dérogatoire du droit international humanitaire, ce Protocole offre une large gamme pour l'étude. En effet, après que ses rédacteurs aient utilisé des expressions visant toutes un moment qui se situe après le « *conflit armé* » pour ses dispositions générales, ils ont employé les termes « *après la cessation des hostilités actives* », adjoints à d'autres locutions qui tentent de préciser leur sens, dans les dispositions spécifiques qui décrivent les obligations des États parties. L'article 3 en particulier énonce en premier lieu à son paragraphe 1 la responsabilité de la puissance qui a employé des munitions explosives devenues des restes explosifs de guerre de faciliter la dépollution des sites « *après la cessation des hostilités actives* »¹²⁵⁴. Ce même article exige ensuite que les États concernés¹²⁵⁵ marquent, enlèvent, retirent ou détruisent les restes de guerre et énumère les mesures qu'ils doivent prendre afin de réduire les risques inhérents aux restes explosifs de guerre « *[a]près la cessation des hostilités actives et dès que faisable* »¹²⁵⁶. Enfin, au paragraphe 2 de son article 4, ce Protocole prévoit que les États doivent fournir des renseignements concernant les munitions explosives employées et les munitions explosives abandonnées à la partie ou aux parties qui contrôlent la zone affectée « *[s]ans retard après la cessation des hostilités* »¹²⁵⁷. De la même manière que dans le Protocole relatif aux mines, des compléments circonstanciels sont utilisés pour renforcer la notion d'immédiateté intrinsèque de l'expression « *fin des hostilités actives* ». En particulier, les mots « *dès que faisable* », complément circonstanciel de temps, permettent de ne pas utiliser l'expression « *dès que possible* » qui est soigneusement évitée du fait de la subjectivité qui lui est attachée.

Par ailleurs, ces dispositions, mises en regard des termes utilisés pour fixer l'applicabilité générale du texte, invitent à la réflexion suivante : si le « *Protocole s'applique aux situations résultant des conflits* » et que les obligations

¹²⁵³ *Ibid.*, article 1 paragraphe 1.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, article 3 paragraphe 1.

¹²⁵⁵ Il peut s'agir soit des États utilisateurs soit des États sur le territoire desquels ont été employées ces armes, le Protocole mentionnant à la fois les États en tant que Hautes Parties contractantes et parties à un conflit armé.

¹²⁵⁶ *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre (Protocole V à la Convention de 1980)*, op. cit. note 1253, article 3 paragraphes 2 et 3.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, article 4 paragraphe 2.

mises à la charge des États commencent à courir « *après la cessation des hostilités actives* », on pourrait considérer qu'il y a identité de notions entre ces deux expressions. En effet, s'il faut attendre que le conflit soit terminé pour que ce Protocole puisse commencer à produire des effets, alors les expressions « *cessation des hostilités actives* » et « *fin du conflit armé* » sont synonymes car si de façon générale le Protocole s'applique à des situations qui sont la conséquence du conflit armé, et non au conflit armé lui-même, et que dans le même temps c'est la notion de « *cessation des hostilités actives* » qui est déterminante du point de départ de son applicabilité, alors la fin du conflit armé correspond à la fin des hostilités actives. Dans le cas contraire, il faut alors considérer que le Protocole vise des situations qui sont de façon générale postérieures au conflit armé mais que les États ont certaines obligations par anticipation, dès la fin des hostilités actives. Quoi qu'il en soit, l'utilisation de l'une ou l'autre des expressions laisse en suspens la question fondamentale de savoir à partir de quand doit-on considérer que ce moment existe. Plus fondamentalement encore, comment savoir à partir de quand un État contrevient à cet instrument s'il ne procède pas par exemple au retrait ou à la destruction des restes explosifs de guerre ?

3) *La terminologie de la Convention sur les armes à sous-munitions*

Résultant de la même logique, l'article 4 paragraphe 1 (b) de la Convention sur les armes à sous-munitions adoptée en 2008 prévoit que les États doivent notamment veiller à l'enlèvement et à la destruction des restes d'armes à sous-munitions « *dès que possible, mais au plus tard dix ans après la fin des hostilités actives au cours desquelles ces armes à sous-munitions sont devenues des restes d'armes à sous-munitions* »¹²⁵⁸. La question est alors : dix ans à partir de quand ? Si le premier paragraphe du même article permet de fixer une date précise du moment à partir duquel l'obligation existe, puisque dans l'hypothèse qu'il énonce l'État doit procéder à la dépollution « *dès que possible, mais au plus tard dix ans après [la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet État partie]* », au paragraphe 2 rien ne dit ce qu'il faut entendre par « *dix ans après la fin des hostilités actives* ». Le commentaire¹²⁵⁹ proposé relativement à cette disposition n'est à cet égard d'aucun secours. En effet, il reprend à son compte ce qu'ont pu dire, notamment, les commentateurs à propos du premier Protocole additionnel. Puis, après avoir constaté que la notion de « *fin des hostilités actives* », bien qu'utilisée non seulement dans les Conventions de

¹²⁵⁸ *Convention sur les armes à sous-munitions*, *op. cit.* note 85, article 4 paragraphe 1 (b). Selon l'article 2 paragraphe 7 de ce texte, les « *restes d'armes à sous-munitions* » [sont] *les armes à sous-munitions ayant raté, les armes à sous-munitions abandonnées, les sous-munitions non explosées et les petites bombes explosives non explosées* ».

¹²⁵⁹ Gro NYSTUEN & Stuart CASEY-MASLEN, « Article 20. Duration and Withdrawal », *op. cit.* note 863.

Genève et leurs Protocoles¹²⁶⁰ mais aussi dans d'autres traités intéressant particulièrement la réglementation sur les armes¹²⁶¹, ce commentaire se contente de mentionner qu'il peut y avoir controverse sur le moment qui constitue la fin du conflit¹²⁶². Au-delà du fait que la « fin des hostilités actives » ne marque pas nécessairement la fin du conflit armé, il reste exact qu'il peut y avoir controverse sur le moment auquel cessent les hostilités (actives). Or, sur cette thématique aux conséquences extrêmement douloureuses, mais surtout au regard des implications que la détermination de cette date peut avoir au plan de la responsabilité des États qui sont parties à ce traité et qui ont été, ou sont, engagés dans un conflit armé, on ne peut que le regretter. Aucune des questions que suscite cette formulation ne trouve de réponse. Là encore, on peut constater l'utilisation de termes qui font consensus, qui permettent de prendre des mesures en dehors de la détermination formelle de la fin d'un conflit armé et qui laissent une confortable marge d'appréciation au moment de la mise en œuvre de la disposition qui l'utilise. Ces termes créent toutefois une nouvelle incertitude qui, du point de vue de la rigueur du raisonnement juridique, ne satisfait pas.

L'article 4 paragraphe 1 de la Convention est le seul à employer les termes « *après la fin des hostilités actives* », mais d'autres dispositions utilisent un langage lié au temps pour fixer certains comportements que les États parties doivent adopter. L'article 3 paragraphe 2 en particulier dispose que les États s'engagent à détruire ou à veiller à la destruction de toutes les armes à sous-munitions se trouvant sous leur juridiction et leur contrôle « *dès que possible* » et au plus tard huit ans après l'entrée en vigueur de la Convention à leur endroit. Dans la même veine, au paragraphe 2 de l'article 4 par exemple, le texte énonce une série de mesures qu'ils doivent prendre en vue de la dépollution et la destruction des restes d'armes à sous-munitions « *dans les meilleurs délais* ». De même encore, l'article 7 indique les mentions que les États doivent faire figurer dans leur rapport à transmettre au Secrétaire général des Nations unies « *aussitôt que possible* » et au plus tard cent quatre-vingt jours après l'entrée en vigueur de la Convention à leur égard. À ce titre, les États doivent notamment faire état des mesures prises pour alerter « *dans les plus brefs délais* » les personnes civiles vivant dans des endroits où se trouvent des

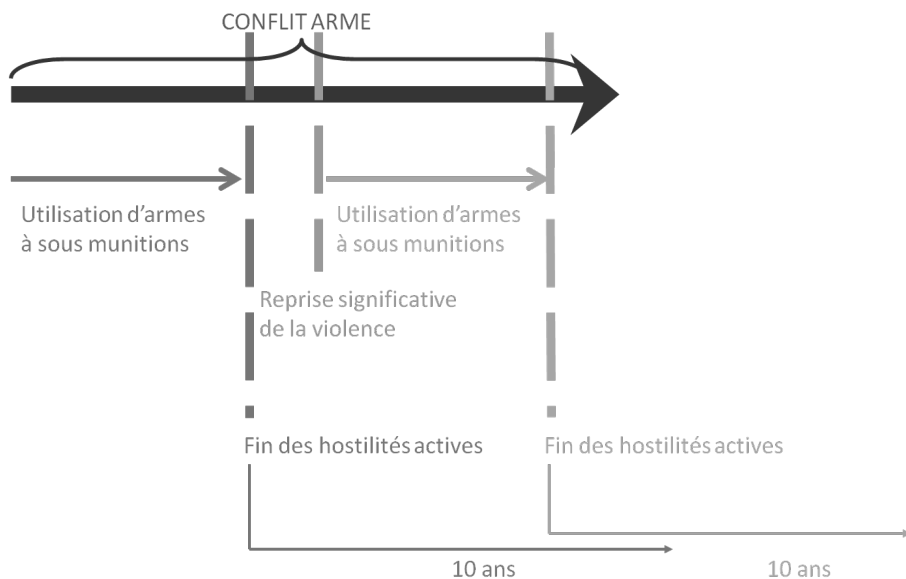
¹²⁶⁰ C'est le cas effectivement, mais uniquement aux articles 118 de la troisième Convention et 33 du Protocole I. Toutes les autres dispositions qui mentionnent les « hostilités » le font sans l'ajout de l'épithète « active ».

¹²⁶¹ Au nombre desquels on trouve, comme le mentionne le commentaire d'Oslo : le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs* (Protocole II), adopté à Genève, 10 octobre 1980, Recueil des Traités, vol. 1342, 1983, RTNU n° I-22495, pp. 178-182, art. 7 § 3. a) et 9 ; le *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, op. cit. note 85, art. 9 § 2 et 10 § 1 ; et le *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre* (Protocole V à la Convention de 1980), op. cit. 1253, art. 3 §§ 1, 2 et § 3, et 4 § 2 qui ajoutent « et dès que faisable ».

¹²⁶² Gro NYSTUEN & Stuart CASEY-MASLEN, « Article 20. Duration and Withdrawal », op. cit. note 863, pp. 304-305, § 4.55.

restes d'armes à sous-munitions. La logique poursuivie par l'emploi de tous ces termes est assez évidente. Il s'agit de faire disparaître, ou d'annihiler les effets, des restes d'armes à sous-munitions le plus rapidement possible. Toutes ces formules expriment le sentiment d'urgence qui anime ceux qui font campagne pour leur bannissement. Toutefois aucune d'entre elles ne permet d'éviter de potentielles ambiguïtés. Chacune de ces expressions – « *dès que possible* », « *dans les meilleurs délais* », « *aussitôt que possible* » et « *dans les plus brefs délais* » – porte en elle-même une grande part de subjectivité. Qu'est-ce qu'un délai « meilleur » (et par rapport à quoi) ou « bref » ?

Subsidiairement, la rédaction de l'article 4 paragraphe 1 (b) conduit à une situation curieuse du point de vue de ces effets temporels. En effet, les États doivent enlever ou détruire les restes d'armes à sous-munitions situés dans des zones sous leur juridiction ou leur contrôle « *au plus tard dix ans après la fin des hostilités actives* ***au cours desquelles*** ces armes à sous-munitions sont devenues des restes d'armes à sous-munitions ». Dès lors un État pourrait se retrouver dans la situation suivante :



Autrement dit, si des armes à sous-munitions générant des restes sont utilisées successivement au cours de période d'hostilités distinctes – où à l'occasion de conflits armés successifs – le délai commencera à courir de façon différenciée pour l'État sur le territoire duquel elles se trouvent. En pratique, on voit mal comment il pourrait être distingué entre les restes d'armes à sous-munitions utilisées pendant la première période et ceux qui sont devenus des

restes au cours de la seconde. Mais, telle qu'elle est formulée, cette disposition invite à opérer une distinction.

§ III. Le sens de la notion de « *fin des hostilités (actives)* » en droit positif

Au terme de l'examen des circonstances dans lesquelles la notion de « *fin des hostilités (actives)* » est apparue en droit international humanitaire contemporain, et ce même en les confrontant à l'intention des rédacteurs des instruments de droit international humanitaire lorsqu'ils décident d'y avoir recours depuis, il est impossible d'établir un ou plusieurs critère(s) invariable(s) qui permettrait(en)t dans tous les cas de déterminer à quel moment cette fin survient avec exactitude. Tout au plus est-il possible de dégager des quelques indicateurs susmentionnés ce qu'il est raisonnable de prendre en considération si l'on est amené à déterminer ce moment. Ces éléments à prendre en considération sont au nombre de six et sont énumérés ci-après.

A) *Une ambiguïté volontaire*

Avant toute chose, il convient de mettre en exergue qu'il est assez manifeste que les difficultés rencontrées, lorsque l'on cherche à envisager ce que recouvre précisément cette notion¹²⁶³, traduisent le souhait des auteurs de ces textes de conserver un certain flou autour de la fixation du moment à partir duquel certaines dispositions *spécifiques* commencent à produire des effets. La perspective très humanitariste qui domine généralement les négociations de traités ayant vocation à limiter les effets des conflits armés, voire l'émotivité extrême qui motivait le recours à cette notion en 1949¹²⁶⁴, conduit invariablement les négociateurs à penser qu'en recourant à des termes qui, tout en essayant de refléter la réalité telle qu'elle se produit sur le terrain¹²⁶⁵,

¹²⁶³ Tout comme c'est le cas à la recherche de critères établissant le point de départ ou la fin de l'applicabilité *générale* du droit international humanitaire.

¹²⁶⁴ Ce climat très particulier, jamais retrouvé ensuite au moment de négocier un traité multilatéral, peut être décrit ainsi : « *La Convention a été écrite pendant une période de conscience grandissante que la protection et la promotion des droits humains sont intimement associées avec les conditions nécessaires pour assurer une paix permanente. La Charte des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les projets de Pactes sur les droits humains, la Convention sur le génocide, aussi bien que la Résolution de l'Assemblée générale sur les réfugiés de 1946, tous indiquent cette conscience.* », Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155, p. 398, nous traduisons.

¹²⁶⁵ Voir en ce sens Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109 : « L'introduction d'une telle formulation tentait d'éviter les difficultés liées au label juridique de la fin des hostilités. [...] Sa préoccupation [de la Conférence diplomatique] que le rapatriement des prisonniers de guerre ne

demeurent vagues, il sera ensuite plus aisé de plaider pour l'interprétation la plus favorable aux individus lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre le traité. Toutefois, de la même manière que depuis 1949 on n'a jamais retrouvé un sentiment d'humanité aussi fort que celui qui animait les négociateurs des Conventions de Genève, de façon constante les États argumentent toujours en faveur de leurs intérêts plutôt que dans ceux des personnes affectées par les conflits qu'ils mènent. Aussi, si les acteurs humanitaires pousseront naturellement pour une conception souple de la « *fin des hostilités (actives)* », les amenant à conclure que ce moment se produit très rapidement, les États tenteront toujours au contraire de démontrer qu'en réalité les hostilités ne sont pas complètement terminées et par conséquent que leurs obligations n'ont pas encore commencé à courir. Pour les contredire deux arguments peuvent néanmoins être invoqués.

B) Un moment qui a vocation à se produire au plus vite

Premièrement, bien qu'il ait été récemment affirmé que « [l]e concept d'« *hostilités* » se réfère au recours (collectif) par les parties au conflit à des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi »¹²⁶⁶ et que le concept d'opérations militaires lui ait été dans le même temps assimilée¹²⁶⁷, il apparaît au contraire que la notion de « *fin des hostilités (actives)* » se veut résolument distincte de la « *fin générale des opérations militaires* » qui, elle, est davantage propice à marquer la fin du conflit armé. Elle entend marquer un moment qui se produit avant, et en dehors de, toute considération liée à la fin du conflit. Toutes les locutions qui sont adjointes aux termes « *fin des hostilités* », du type « *sans délai* », « *aussitôt que les circonstances le permettront* », « *dès que faisable* », ou encore par exemple « *dans les plus brefs délais* », comme l'ajout de l'adjectif « *actives* », tendent sans exception vers un moment qui se produit le plus rapidement possible. C'est donc l'immédiateté qui est sous-jacente à cette notion. Il devra toutefois toujours s'écouler un laps de temps incompressible de carence avant de pouvoir affirmer que les hostilités ont cessé. En effet, pour être mesure de dire que tel coup de feu était le dernier, il est nécessaire d'avoir un minimum de recul¹²⁶⁸. Il n'en demeure pas moins par ailleurs que ces termes ayant été

devrait pas dépendre d'instruments juridiques l'a conduit à choisir une formulation suffisamment générale pour inclure toutes les méthodes de cessation des hostilités. », p. 71, nous traduisons.

¹²⁶⁶ Nils MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit. note 935, p. 45, notes de bas de page omises.

¹²⁶⁷ Nils Melzer mentionne en effet en note de bas de page que : « *Le droit des traités n'établit pas une terminologie uniforme pour la conduite des hostilités, mais il fait référence non seulement aux « hostilités » mais également à la « guerre » (titre du Titre III, Section I et article 35 [1] PA I), aux « opérations militaires » (article 53 CG IV ; article 51 [1] PA I ; article 13 [1] PA II), ou simplement aux « opérations » (article 48 PA I)* », Nils MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit. note 935, p. 45.

¹²⁶⁸ Ceci ne doit toutefois pas être le prétexte à une interprétation abusive. S'il est justifié de laisser s'écouler un bref moment afin de s'assurer que les hostilités ont bel et bien cessé, utiliser cet alibi

choisis pour déroger à l'applicabilité générale du droit international humanitaire, cela va dans le sens des assertions selon lesquelles une simple reprise sporadique des hostilités ne peut pas être le prétexte à différer ou à interrompre leurs mises en œuvre. Au surplus, distinguer « *opérations militaires* » et « *hostilités (actives)* » permet de considérer que l'échange de coups de feu intermittents ne pourra pas constituer un obstacle à la mise en œuvre des dispositions qui recourent à la notion de « *fin des hostilités* » si ces coups de feu sont rattachés aux dernières opérations militaires qui se déroulent sur un territoire, en vue de l'achèvement du conflit armé.

C) *La confirmation de l'exclusion du formalisme*

Deuxièmement, les actes formels ne sont pas absolument nécessaires¹²⁶⁹. Cependant, ils opèrent un retour en grâce en tant que facteur de détermination de la « *fin des hostilités (actives)* », dans la mesure où – lorsqu'ils existent – ils manifestent l'intention des parties de mettre un terme aux hostilités¹²⁷⁰ ; à condition qu'il ne s'agisse pas d'une simple démarche politique, c'est-à-dire à condition qu'ils soient suivis d'effets¹²⁷¹. Toute autre manifestation de la volonté des parties constitue également un indicateur à condition de ne pas

pour ne pas débiter le processus de rapatriement des prisonniers de guerre ne saurait être recevable. En ce sens, voir Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, p. 427, qui relate l'attitude de l'Inde à l'issue du conflit qui l'a opposée au Pakistan dans les années soixante-dix. Considérant que « [...] la possibilité d'une reprise des hostilités ne pouvait pas être exclue », l'Inde avait refusé de rapatrier les prisonniers de guerre pakistanais en son pouvoir pendant presque deux ans après la fin des hostilités actives, qui se serait produite dans ce cas le 16 décembre 1971, date à laquelle l'armée pakistanaise signalait ce que Howard S. Levie qualifie d'acte de reddition inconditionnel. En l'espèce, Howard S. Levie estime qu'un délai de trente à soixante jours aurait été le laps de temps raisonnable pour s'assurer que les hostilités ne reprendraient pas. Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, pp. 426-427. Philippe Bretton quant à lui évoque une succession de cessez-le-feu ayant mis fin à ce conflit, Philippe BRETTON, « De quelques problèmes du droit de la guerre dans le conflit indo-pakistanaï », *op. cit.* note 744, pp. 209 et s.

¹²⁶⁹ Voir en ce sens notamment le manuel militaire allemand, cité par l'étude sur le droit coutumier du Comité international de la Croix-Rouge, selon lequel la fin des hostilités actives « *n'exige[nt] ni un accord officiel d'armistice, ni la signature d'un traité de paix* », Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, avec des contributions de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN et Baptiste ROLLE, *Droit international humanitaire coutumier*, Volume I : Règles, *op. cit.* note 164, p. 601 ; Louis MARESCA, « A new protocol on explosive remnants of war: The history and negotiation of Protocol V to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 856, 2004, pp. 815-835, p. 826.

¹²⁷⁰ Voir en ce sens John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 75.

¹²⁷¹ En ce sens, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, pp. 97-100 : « *C'est l'application pratique des Parties et la manière dont elles établissent un accord particulier sur la cessation des hostilités qui sera déterminant de la fin des hostilités, et non le caractère sui generis de l'armistice per se.* », p. 97, nous traduisons. C'est en outre, ce qu'il semble opportun de déduire du commentaire français de l'article 118 de la troisième Convention de Genève qui mentionne le « *cesser-le-feu* » qu'il faudrait ici prendre en compte dans son matériel et non dans son sens formel, voir *supra*, Titre II, Chapitre II, Section I, II, A, 1.

être la traduction d'une pure déclaration rhétorique.¹²⁷² En ce sens, toute poursuite ou reprise de la violence n'emportera pas automatiquement la conclusion que les hostilités (actives) ne sont pas terminées¹²⁷³. Si des actes d'hostilités sont commis par des individus isolés, cela ne saurait suffire à considérer que les hostilités continuent ou ont repris.¹²⁷⁴ Il faut que ce soit le groupe ou les forces armées, exprimant en cela une intention contraire à celle exprimée dans le cessez-le-feu, par exemple, qui continuent ou recommencent à faire usage de la force armée. Là encore, la poursuite ou la reprise d'hostilités sporadiques, alors qu'un cessez-le-feu a été conclu, ne sauraient par conséquent être le prétexte à l'interruption du rapatriement des anciennes personnes détenues, de la recherche des personnes disparues et de la destruction des restes explosifs de guerre que l'État en cause a sous contrôle. À cet égard, on peut relever que pour le Comité international de la Croix-Rouge, un cessez-le-feu peut être un élément déterminant à la mise en œuvre de l'article 118 de la troisième Convention de Genève. En effet, c'est parce que l'institution prenait acte de l'entrée en vigueur du cessez-le-feu entre l'Iran et l'Irak en 1988 qu'elle « a aussitôt proposé aux deux parties une procédure de rapatriement global de tous les prisonniers de guerre. »¹²⁷⁵ À titre complémentaire,

¹²⁷² En ce sens Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 104.

¹²⁷³ À propos de la guerre des Malouines, Christopher Greenwood estime en ce sens que « [l]a reddition des forces Argentines dans les Falklands en juin 1982 a conduit à la fin des hostilités actives et au rapatriement des prisonniers de guerre dans une période très brève une fois que les forces britanniques avaient acté la reddition de garnisons argentines périphériques qui n'étaient pas couvertes par l'instrument de reddition principal et une fois qu'il est devenu clair que l'Argentine n'avait pas l'intention de mener des hostilités depuis le continent », Christopher GREENWOOD, « Scope of Application of Humanitarian Law », op. cit. note 79, p. 70, nous traduisons.

¹²⁷⁴ Dans le même sens, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 110.

¹²⁷⁵ Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport Complet*, op. cit. note 806, p. 77. Procédure de rapatriement mentionnée au point 3 du cessez-le-feu. Plus loin on comprend que le cessez-le-feu est pour le Comité international de la Croix-Rouge l'élément déterminant de la fin des hostilités. En effet, constatant qu'un grand nombre de prisonniers étaient toujours détenus en 1990, il estimait « qu'aux termes de la III^e Convention de Genève, ils auraient dû être rapatriés après l'entrée en vigueur du cessez-le-feu, 17 mois auparavant » *ibid.* De la même manière, à propos du conflit qui a opposé l'Irak et le Koweït en 1990-91, toujours concernant le rapatriement des prisonniers de guerre capturés à cette occasion, le Comité international de la Croix-Rouge, prenant acte que « [l]e cessez-le-feu allait être déclaré le 2 avril (résolution N° 687) [...] il] commença [...] immédiatement à enregistrer l'identité des prisonniers et, par des entretiens sans témoin, à s'assurer de la volonté de chacun d'eux d'être rapatrié. », Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport d'Activité*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1991, 168 p., p. 100. Mais les opérations de rapatriement elles-mêmes n'ont débuté que le 4 mars, soit un mois plus tard, au lendemain d'une réunion entre les forces coalisées et l'Irak au cours de laquelle les parties prenantes convenaient de rapatrier sans délai les prisonniers de guerre et d'en confier la mise en œuvre au Comité international de la Croix-Rouge. *Ibid.* Dès lors, se pose la question de savoir si ce qui domine à l'action du Comité international de la Croix-Rouge en l'espèce ne serait pas moins la constatation de la cessation effective des hostilités, hypothétiquement matérialisée par un cessez-le-feu, que l'accord de cessez-le-feu lui-même qui contient une clause dédiée aux modalités de rapatriement des prisonniers de guerre. La base de son argumentation ne se situerait donc pas dans le constat que les hostilités ont cessé, mais dans l'engagement que les États ont pris en la matière. Aussi ne mentionne-t-il pas à

on peut noter que ce constat est sans conséquence sur une quelconque conclusion selon laquelle le conflit armé serait terminé dans toute sa dimension. En réalité, d'ailleurs, peu importe. L'applicabilité des dispositions dont le point de départ de leur mise en œuvre est fixé par la « *fin des hostilités (actives)* » est indépendante de la fin du conflit armé et peut en outre se prolonger bien au-delà de toute considération liée à la « *fin générale des opérations militaires* ».

D) *La probabilité que les hostilités (actives) ne vont pas reprendre*

Corollairement, il a pu être considéré qu'à l'effet indicateur que peut jouer l'existence d'actes formels devrait s'ajouter un élément subjectif, qui consisterait en l'examen de la probabilité que les hostilités ne vont pas reprendre¹²⁷⁶. En effet, pour qu'attendre un certain laps de temps dans le but de constater l'effectivité de l'arrêt des hostilités ait un sens, il est nécessaire d'avoir de bonnes raisons de penser que les hostilités ne sont pas susceptibles de reprendre dans la même mesure que précédemment. Cela peut se déduire notamment du raisonnement qui a conduit à l'introduction de l'expression à propos du rapatriement des prisonniers de guerre. Le but de leur captivité étant de les empêcher de combattre, il convient de les relâcher dès qu'on n'a plus à craindre qu'ils participent de nouveau aux hostilités, or s'il est probable que les hostilités resurgissent cette crainte continue d'exister.¹²⁷⁷ Bien que très

cette occasion que ses activités en l'occurrence trouvent leur justification dans la seule constatation matérielle de la fin des hostilités, c'est-à-dire dans une obligation prévue par le droit international humanitaire, ni expressément dans le mandat qu'ont entendu lui confier les parties en présence, et de ce silence naît la question de savoir quel est le fondement juridique de ces opérations de rapatriement. Probablement, le Comité international de la Croix-Rouge lui-même s'est dispensé d'entrer en matière sur ce point, préférant bénéficier de la bonne volonté des États, plutôt que de leur opposer des obligations juridiques fermes qui auraient pu avoir pour effet de les inciter à ne plus dialoguer avec lui et à ne plus lui permettre de mener à bien ses activités. C'est simplement si les autorités avaient refusé de procéder au rapatriement que le droit international humanitaire aurait alors pu venir en renfort et servir de base à une activité de plaidoyer en faveur de la libération et du rapatriement des prisonniers. Dans le même ordre d'idée on peut relever à propos du conflit entre l'Érythrée et l'Éthiopie que dans son Rapport d'Activités le Comité international de la Croix-Rouge se réfère sur un pied d'égalité aux prescriptions du droit international humanitaire comme à l'accord passé entre ces deux pays, pour exiger qu'il soit procédé au rapatriement des prisonniers de guerre et des internés civils, Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2001, 474 p., p. 91.

¹²⁷⁶ Voir en ce sens Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 72 et en particulier pp. 101-105 ; John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », op. cit. note 774, p. 75.

¹²⁷⁷ John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », op. cit. note 774, p. 75. Christiane Shields Delessert, dont l'étude de la notion de « *fin des hostilités actives* » est exclusivement fondée sur l'article 118 de la troisième Convention est conduite à une conclusion assez extrême et rigide. Tant que la Puissance détentrice peut craindre une résurgence de la violence, elle est bien fondée à ne pas procéder au rapatriement des

intéressante d'un point de vue politique, et sous l'angle des arguments qui peuvent être avancés au plan de la négociation pour convaincre un État de respecter ses engagements au terme du droit international humanitaire, d'un point de vue juridique c'est une notion extrêmement glissante, tant elle purement prédictive. Au même titre que les études examinant les probabilités qu'un acte formel soit respecté, pour enrichissantes qu'elles soient, ne peuvent servir à étayer l'argumentation juridique, fonder une partie du raisonnement relatif à la détermination du moment précis à partir duquel les hostilités (actives) ont cessé sur un élément laissant une telle part d'incertitude ne peut satisfaire la dialectique légale¹²⁷⁸.

E) *La fin des hostilités (actives) attachées à un contexte n'empêchent pas que d'autres hostilités se poursuivent dans un autre*

Parallèlement, une autre série de considérations peut être mentionnée pour contrecarrer toute velléité de ne pas mettre en œuvre les dispositions qui trouvent leur origine dans la « *fin des hostilités (actives)* ». D'abord, ce n'est pas parce des hostilités, même d'un niveau d'intensité élevé ou démontrant une intention belliqueuse certaine, se poursuivent ailleurs que la « *fin des hostilités (actives)* » ne peut pas être constatée à propos d'un conflit en particulier. En effet, « [s]i le droit international humanitaire s'applique, chaque conflit a un début et une fin qui lui est propre. À la fin des hostilités actives dans un conflit donné, les prisonniers de guerre (non accusés d'un, ou condamnés pour un, crime) doivent être rapatriés. La détention, par exemple de Taliban ayant pris part aux hostilités en Afghanistan, ne peut pas être prolongée du simple fait qu'aux Philippines ou en Irak la 'guerre contre le terrorisme' continue. »¹²⁷⁹ Cette affirmation vaut plus

prisonniers de guerre dans la mesure où ces derniers pourraient participer à des hostilités qui se dérouleraient dans un futur très proche, ce qui bien évidemment lui nuirait. Aussi, une simple probabilité que les hostilités ne vont pas reprendre serait insuffisante, il faudrait avoir la certitude qu'elles sont terminées. Pour ce faire, elle propose qu'un délai de six mois s'écoule entre le coup de feu qui serait le dernier et le début des procédures de rapatriement. Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, pp. 101-105. Mais, constatant toutefois que cette interprétation peut conduire à des situations « absurdes », au regard du but recherché par la troisième Convention de Genève, dont les « principes humanitaires sous-jacents [...] requièrent que les prisonniers de guerre ne doivent pas être indéfiniment détenus », elle invite – notamment à la lumière du conflit continu au Moyen Orient – à une interprétation « flexible » de la notion, *ibid.* pp. 107-108, nous traduisons. Ainsi, en cas de conflit armé de longue durée, « [d]ans le but d'éviter la possibilité de longues détentions [...], il est suggéré de rapatrier néanmoins les prisonniers valides à la fin d'une période de deux ans. », *ibid.* p. 135, nous traduisons.

¹²⁷⁸ C'est le raisonnement de Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, pages préliminaires.

¹²⁷⁹ Marco SASSOLI, « The status of persons held in Guantanamo under international humanitarian law », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, n° 4, pp.96-106, p.100, nous traduisons.

généralement pour toutes les dispositions qui utilisent les termes « *fin des hostilités (actives)* ». L'internement des prisonniers de guerre étant justifié par un conflit en particulier, les décès et les disparitions ayant eu lieu pendant un conflit précis et les effets des restes explosifs de guerre étant liés à un conflit spécifique, c'est la fin des hostilités (actives) attachée à ce conflit, particulier, précis ou spécifique, qui est déterminante du moment à partir duquel on doit considérer que l'État a l'obligation de procéder à leur rapatriement, de communiquer des renseignements relatifs aux morts et aux disparus ou d'entamer la dépollution des sites. L'unique élément qu'un État pourrait faire valoir de bonne foi dans ces circonstances serait une impossibilité matérielle d'honorer les obligations qui sont les siennes. Comme l'avait envisagé dès 1947 les experts chargés de la codification contemporaine du droit international humanitaire, « à l'impossible nul n'est tenu ». Dès lors, si de nouvelles hostilités engagent l'État en cause soit sur son territoire, mais avec un autre État, ou si un conflit armé international laisse la place à un conflit armé non international, soit dans une proportion telle que cela ne lui permette pas de rapatrier les personnes détenues, de procéder à une recherche efficace des morts et des disparus ou de déployer les moyens nécessaires à la dépollution des zones contaminées par des restes explosifs de guerre, sa responsabilité internationale ne saurait être engagée.

F) Les dispositions prenant naissance avec la fin des hostilités (actives) sont sans limite de temps

Ensuite, toutes les dispositions spécifiques dont le point de départ de l'applicabilité est fixé par la « *fin des hostilités (actives)* » sont sans limite de temps¹²⁸⁰. Tant que toutes les personnes détenues ne sont pas libérées, rapatriées (ou établies)¹²⁸¹, que le sort de tous les morts et de tous les disparus ne sera pas élucidé et tant que des mesures devront être prises pour enlever ou détruire des restes de guerre, les obligations des États resteront pleines et entières. Le texte de ces dispositions ne le dit pas expressément ; cette exigence repose toutefois sur leur effet utile. En effet, si la fin des hostilités (actives) est concomitante de la fin du conflit armé, d'une part les dispositions spécifiques doivent être mises en œuvre et d'autre part le droit international humanitaire cesse de s'appliquer de façon générale. On ne saurait en déduire que l'applicabilité générale du droit international humanitaire étant éteinte, les dispositions spécifiques cessent également de produire leurs effets. Cela reviendrait à conclure dans ce cas que ces dispositions sont des coquilles vides. Elles existeraient sur le papier mais elles ne trouveraient pas d'application

¹²⁸⁰ Voir en ce sens Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 355-356, § 1239.

¹²⁸¹ Le sens de ces notions est étudié *infra* (Section II ci-dessous).

pratique. Or, tout au contraire, ces dispositions ont précisément pour but de prolonger, le cas échéant, l'applicabilité du droit international humanitaire au-delà de tout événement permettant de conclure à la fin du conflit armé et donc à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. D'ailleurs certaines autres dispositions étendent explicitement cette applicabilité dans ce sens.

En outre, si l'applicabilité du droit international humanitaire prend fin de façon générale à l'issue des opérations militaires, il n'en demeure pas moins que certaines normes du droit international humanitaire prévoient parfois une applicabilité prolongée. L'article 3 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève est particulièrement clair à cet égard. Il prévoit en effet que « *pour les catégories de personnes dont la libération définitive, le rapatriement ou l'établissement ont lieu [postérieurement à la fin générale des opérations militaires ou de l'occupation]* »¹²⁸² l'applicabilité des Conventions de Genève et du premier Protocole additionnel perdure au-delà de la fin matérielle du conflit armé. Pour ces personnes, par conséquent, ces textes ne cesseront pas de s'appliquer à leur endroit lorsque les armes se taisent. Tout au contraire, elles « *continuent à bénéficier des dispositions pertinentes des Conventions et du [...] Protocole jusqu'à leur libération définitive, leur rapatriement ou leur établissement* »¹²⁸³, car la situation dans laquelle se trouve ces personnes « *exige [...] qu'elles continuent à [...] bénéficier [des protections offertes par le droit international humanitaire] au-delà [du] terme [fixé de façon générale à la fin du conflit armé]* »¹²⁸⁴. En ce sens, on ne tire pas brutalement le rideau sur le droit

¹²⁸² Article 3, b).

¹²⁸³ *Ibid.* Comme le mentionne le commentaire de cette disposition, on retrouve une formulation analogue au paragraphe 6 de l'article 75 du Protocole.

¹²⁸⁴ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 68, § 157. À cet égard, il est particulier de relever que le premier projet de Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, proposé par le Comité international de la Croix-Rouge à la Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, on trouve un projet d'article 5 laissé en blanc et comportant le commentaire suivant : « *Convierait-il d'introduire dans ce Protocole une disposition spécifique relative au début et à la fin de son application ? Une telle disposition, entrant dans le détail, risquerait d'être assez compliquée.* », Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 3 mai – 3 juin 1972 (seconde session), II, Commentaires, première partie, Documentation présentée par le Comité international de la Croix-Rouge, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Janvier 1972, 188 p., p. 14. Pourtant la version finale du Protocole additionnel I comporte un article 3 tout entier dévoué au début et à la fin de l'application, car c'est finalement au cours des débats que les délégations ont exprimé le souhait de voir figurer dans le Protocole une disposition détaillant ses modalités d'application temporelle. Un groupe de travail a été constitué à cet effet et a formulé deux propositions à l'ensemble des participants, « *l'une ne contenant qu'une référence aux dispositions correspondantes des Conventions et l'autre formulant de nouvelles règles [...]* ». C'est ainsi que de nouvelles règles relatives en particulier à la fin de l'applicabilité en cas d'occupation ont vu le jour. Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 3 mai – 3 juin 1972 (seconde session), Rapport sur les travaux de la Conférence, Volume I, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Juillet 1972, 212 p., p. 178.

international humanitaire dès lors que l'on peut constater dans les faits que les parties antérieurement en proie à un conflit armé ne se livrent plus à un affrontement armé. C'est au cas par cas, en fonction de chaque situation propre aux différents statuts offerts aux personnes affectées par un conflit armé, que l'on constatera que les règles du droit international humanitaire cessent de produire des effets.¹²⁸⁵ Un prisonnier de guerre, par exemple, ne deviendra pas subitement un prisonnier de droit commun du simple fait de la cessation des opérations militaires ; les raisons de sa détention demeurent inchangées il doit pouvoir continuer de bénéficier de son statut même si la situation qui l'a fait naître, elle, a cessé d'exister. Autrement dit, puisque « *la période qui suit la fin des opérations militaires reste assez trouble et les passions nées de la guerre continuent à se manifester. De là, la nécessité de règles précises assurant la sauvegarde des personnes protégées, qui sont pour la plupart, comme nous le savons, des ressortissants ennemis.* »¹²⁸⁶

¹²⁸⁵ C'est ce qu'exprime Robert Kolb en ces termes : « *Le droit des conflits armés ne cesse pas de s'appliquer en bloc, tout entier et au même moment. Au contraire, l'application des règles se termine progressivement et de manière fonctionnelle.* », Robert KOLB, *Ius in bello*, *Le droit international des conflits armés*, op. cit. note 85, p. 221.

¹²⁸⁶ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *Commentaire*, op. cit. note 39, p. 68.

Section II « *La libération, le rapatriement ou l'établissement définitifs* » ou la prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques

Non seulement les actes juridiques formels ne sont que d'un secours très relatif dans la détermination du moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de produire des effets, mais comme le soulignait fort bien le délégué uruguayen à la Conférence Diplomatique de 1977 « [...] *quel que soit l'acte qui met fin aux opérations militaires – armistice, capitulation – il faut prévoir des violations possibles, donc prévoir aussi que les normes du droit humanitaire devront rester en vigueur même après la fin des opérations militaires.* »¹²⁸⁷ En effet, « à quelque moment que cesse l'application générale du droit humanitaire, la situation d'un certain nombre de personnes exigera qu'elles continuent à en bénéficier au delà de ce terme. »¹²⁸⁸ Ainsi s'explique le fondement de l'introduction de dispositions prolongeant l'applicabilité du droit international à l'égard de certaines personnes. Il en résulte que, puisqu'« [o]n peut facilement imaginer que le moment prévu pour la fin générale de l'applicabilité de la Convention, tant sur le territoire des Parties au conflit qu'en territoire occupé, précède celui où les personnes protégées auront pu retrouver une existence normale, en particulier s'il s'agit de les rapatrier ou de leur faciliter un nouvel établissement »¹²⁸⁹, il fallait prévoir des dispositions qui auraient pour fonction de prolonger l'applicabilité du droit international humanitaire au-delà de la fin du conflit armé, moment qui par essence est supposé être celui qui sonne le glas de son application. Pour ce faire, les rédacteurs des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels prévoyaient que, tant que les personnes ne font pas l'objet d'une « libération », d'un « rapatriement » ou d'un « établissement », elles doivent continuer de jouir des protections offertes par ces instruments, mêmes dans les cas où cette libération, ce rapatriement ou cet établissement ont lieu postérieurement à la fin du conflit, quel que soit le moment auquel ils se produisent.

Ces considérations, rapportées aux problématiques strictement liées à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire, conduisent

¹²⁸⁷ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume V, Comptes-rendus analytiques des séances plénières, 391 p., dixième séance plénière, 5 mars 1974, p. 91, § 24, à propos de ce qui deviendra l'article 3 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, relatif à son applicabilité temporelle.*

¹²⁸⁸ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, op. cit. note 11, p. 68, § 157.*

¹²⁸⁹ Voir en ce sens Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire, op. cit. note 39, p. 71.*

naturellement à se poser la question de savoir, à partir de quand une personne peut-elle être considérée comme libérée, rapatriée ou établie ?, autrement dit de déterminer le moment à partir duquel le droit international humanitaire ne produit plus d'effets à l'égard de ces personnes. De la réponse qui sera donnée à cette question spécifique dépendra la réponse plus générale à la première question. Or si les termes choisis sont *a priori* explicites (I), l'expérience révèle que certaines incertitudes subsistent (II).

§ I. Le sens des notions « libération », « rapatriement » et « établissement »

Comme les notions fondamentales – au regard de l'applicabilité *ratione temporis* du droit des conflits armés – de « *fin générale des opérations militaires* » et de « *fin des hostilités (actives)* », les notions non moins importantes – puisque ce sont précisément celles qui permettent de justifier une prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire au-delà de son terme général – de « libération », « rapatriement » et « établissement » ne sont pas autrement précisées par la lettre des instruments de droit international humanitaire. Bien qu'elles paraissent plutôt claires en elles-mêmes, il n'est toutefois pas inutile de rechercher la plénitude de leur sens, dans la mesure où, postérieurement à leur adoption, elles ont pu être sujettes à controverses. Initialement scindées en deux groupes, les notions de « libération »¹²⁹⁰ et « rapatriement » (A) et la notion d'« établissement » (B) seront finalement réunies pour les États parties au premier Protocole additionnel (C).

A) « Libération » et « rapatriement »

L'introduction de ces termes a très clairement une justification historique, sur laquelle il est bon de revenir, même brièvement, pour avoir bien à l'esprit le but poursuivi par ces dispositions¹²⁹¹, notamment lorsqu'il sera temps de considérer leur portée au moment d'examiner les controverses dont elles ont pu faire l'objet. Absent de la Convention de 1929 relative aux prisonniers de

¹²⁹⁰ Cette notion a également été reprise en 1977 pour les conflits armés non internationaux à l'article 2 paragraphe 2 du deuxième Protocole qui énonce que les personnes doivent bénéficier des protections offertes par le Protocole jusqu'à la cessation des mesures restrictives de liberté. Il n'y a pas de divergences entre ce que signifie la libération pour les conflits armés non internationaux et les conflits armés internationaux ; les développements qui suivent à propos de la libération sont donc transposables aux conflits armés non internationaux. Cependant, cette même disposition comporte une spécificité, la protection accordée lorsque la capture a lieu *après* la fin du conflit armé non international, qui elle est examinée *infra* (D. ci-dessous).

¹²⁹¹ Pour une approche générale de la notion de rapatriement, voir Alfred DE ZAYAS, « Repatriation », in. Rüdiger WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 11 août 2012.

guerre, le souci de protéger cette catégorie de personnes non seulement pendant tout le temps de leur captivité, mais au-delà, va naturellement s'imposer lors des travaux relatifs à la révision de ce traité.

En 1947, les notions de rapatriement et de libération font dans un premier temps leur apparition au détour d'un débat plus large, concernant l'application de la Convention dans le temps, au cours duquel ce sont surtout les questions liées au début de l'application de la Convention qui occupent les experts¹²⁹². Toutefois le souci de protéger les prisonniers jusqu'au moment de leur libération et rapatriement ne réapparaîtra en lui-même que beaucoup plus tard, lorsque sera abordé l'article relatif au sort des prisonniers de guerre à l'issue des hostilités. À cette occasion, le Comité international de la Croix-Rouge précise sa position en des termes dépourvus de toute équivoque : « *Les P.G. [prisonniers de guerre] ont droit à l'application entière de la Convention jusqu'à leur libération et leur rapatriement* »¹²⁹³. Cette formulation avait pour but d'offrir une « *notion plus stable* »¹²⁹⁴, en vue de pallier les carences de la Convention de 1929 qui ne prévoyait rien dans l'hypothèse où des prisonniers restaient captifs longtemps après la fin du conflit armé, tout en se voyant dénier l'applicabilité de la protection qui leur avait été accordée pendant celui-ci, dès lors qu'il prenait fin. Les experts unissent leurs voix pour accorder une protection la plus large possible aux prisonniers de guerre, mais dans la limite cependant de ce qu'ils estiment juste d'exiger d'un État dans une situation post-confliktuelle. C'est pourquoi tous ceux qui s'expriment émettent des doutes quant à la faisabilité de la proposition du Comité international de la Croix-Rouge et souhaitent introduire une incise qui permettrait aux gouvernements de ne pas avoir à respecter l'ensemble de la Convention. Ceux-ci souhaitent que seules certaines dispositions continuent d'être applicables à l'égard des personnes qui se trouvent encore sur leur territoire à l'issue des hostilités, et lorsque des circonstances indépendantes de toute mauvaise volonté les empêchent de pouvoir renvoyer les prisonniers de guerre chez eux. Pourtant, à trois reprises, les représentants du Comité international de la Croix-Rouge vont fermement insister pour que l'on n'intègre pas cette possibilité dans le texte de la Convention, qui de leur point de vue doit être particulièrement « stricte » en la matière. Ils arguent notamment du fait que si une Puissance fait face à une

¹²⁹² Cherchant à résumer le débat, le délégué américain estime que la Convention « *doit continuer de s'appliquer jusqu'au moment de son [il parle du militaire] rapatriement* », *Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, Séance du 15 avril 1947, p. 50*. De la même manière le délégué britannique constate un peu plus loin que tous les experts sont d'accord que les droits du prisonnier de guerre doivent être respectés « *jusqu'au moment de sa libération* », *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, Séance du 15 avril 1947, p. 54*.

¹²⁹³ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, 21 avril 1947, p. 348*.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

impossibilité matérielle de rapatrier les prisonniers il ne pourra pas lui en être tenu rigueur¹²⁹⁵. Ces interventions sont déterminantes. Tous les experts qui prennent ensuite la parole s'expriment dans le même sens, conduisant au consensus selon lequel les prisonniers doivent bénéficier de la protection offerte par la Convention aussi longtemps qu'ils continuent à être internés. Il faut noter qu'au cours de son plaidoyer, le Comité international de la Croix-Rouge dit d'abord que « *la Convention [doit être] applicable jusqu'au moment du rapatriement* »¹²⁹⁶ puis qu'il faut s'en tenir au principe selon lequel « *elle est applicable jusqu'au moment de la libération* »¹²⁹⁷, ce qui conduit à penser que les deux termes, « libération » et « rapatriement », sont synonymes, puisqu'ils les utilisent indistinctement¹²⁹⁸. Au terme du débat, le Président fait ainsi la proposition de formulation suivante : « *Les dispositions de la présente Convention devront être respectées par les Hautes Parties Contractantes en toutes circonstances. Elles seront applicables jusqu'au rapatriement.* »¹²⁹⁹

Chargé d'élaborer un texte à soumettre aux gouvernements en vue de la Conférence diplomatique de 1949, sur la base des points de vue exprimés par les experts conviés à la réunion de 1947, le Comité international de la Croix-Rouge va non seulement déplacer cette disposition au début du texte de la Convention, mais va également la reformuler. Elle sera finalement soumise à la

¹²⁹⁵ Il se faisait ici la voix des Sociétés nationales de la Croix-Rouge qui lorsqu'elles avaient été consultées en 1946 avaient exprimé le « *vœu unanime [de voir] proclame[r] le principe de l'intangibilité des droits reconnus aux prisonniers de guerre et que [la Convention] indique de façon plus précise que son application doit demeurer inchangée jusqu'à la libération complète et définitive de tous les prisonniers* », Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport sur les travaux de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge*, Genève, 26 juillet – 3 août 1946, op. cit. note 121, p. 73. Ce souci était particulièrement vif puisque dans le contexte concomitant de la liquidation des effets de la seconde guerre mondiale, les prisonniers de guerre continuaient alors de souffrir des insuffisances de la Convention de 1929 lorsque par exemple ils étaient ressortissants d'un État qui avait capitulé, donc disparu et avaient été alors considérés comme « *Surrendered Enemy Personnel* » auxquels on avait refusé toute protection ou lorsqu'ils avaient été théoriquement libérés mais en fait immédiatement repris comme travailleurs. *Ibid.* p. 74.

¹²⁹⁶ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, 21 avril 1947, p. 351, nous soulignons.

¹²⁹⁷ *Ibid.*

¹²⁹⁸ Du reste, c'est l'interprétation qui prévaut au terme du commentaire de la troisième Convention. À propos de l'article 118 on peut en effet lire : « [...] il n'y a pas lieu de rechercher si le rapatriement est une opération différente de celle de la libération, [...] on peut tout au plus considérer qu'il y aura libération sans rapatriement lorsque les prisonniers sont détenus sur le territoire de leur propre pays, celui-ci étant occupé. Mais, en général, les deux opérations sont intimement liées et doivent s'accomplir simultanément. Du reste, la libération et le rapatriement sont, **dans la plupart des cas**, le rétablissement des prisonniers de guerre **dans la situation où ils se trouvaient lorsqu'ils ont été capturés** ; autrement dit, par leur libération et leur rapatriement, les prisonniers de guerre **retombent sous l'autorité militaire dont ils dépendaient au moment de leur capture**. », Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Commentaire, op.cit. note 39, p. 576. Ainsi à la lumière de l'article 118 c'est ainsi qu'il faut comprendre ces notions.

¹²⁹⁹ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, 21 avril 1947, p. 354.

Conférence diplomatique dans les mêmes termes que ceux que l'on connaît actuellement à l'article 5 de la troisième Convention de Genève. En effet, en 1949, cette disposition ne fait l'objet d'absolument aucune discussion ; après que le délégué du Comité international de la Croix-Rouge ait rappelé les circonstances qui avaient présidé à l'inclusion de cette disposition, le Président de séance constate qu'aucune délégation ne demande la parole sur cet article et conclut par conséquent à son adoption à l'unanimité¹³⁰⁰. Désormais, « [l]a [troisième] Convention s'appliquera aux [combattants] dès qu'[ils] seront tombés au pouvoir de l'ennemi et jusqu'à leur libération et leur rapatriement définitifs. »¹³⁰¹

Quant à l'ajout du terme « définitif » qui vient terminer la première phrase de cet article 5, selon le commentaire de cette disposition, il « [...] indique que le prisonnier de guerre ne doit pas perdre son statut avant d'être replacé dans sa situation, telle qu'elle existait avant la captivité. »¹³⁰² Ici, la façon dont le commentaire retranscrit la pensée des experts ayant débattu de ces notions peut prêter à confusion. Ce qu'il faut comprendre c'est qu'une Puissance ne peut pas prétendre avoir dûment rempli les obligations qui lui incombent au terme de cet article lorsqu'elle « libère » un prisonnier de guerre puis qu'il est repris. Cette situation s'était présentée à l'issue de la deuxième guerre mondiale, le terme « définitif » avait pour vocation qu'elle ne se reproduise pas¹³⁰³. Ainsi, affirmer que le prisonnier doit être replacé dans la situation qui était la sienne avant le début du conflit armé va considérablement plus loin que de simplement veiller à ce qu'il ne fasse pas ultérieurement l'objet de mesures privatives de liberté injustifiées. Certes, dans les débats qui ont immédiatement suivi, à propos de l'hypothèse d'un refus du prisonnier de retourner dans son pays, les experts se prononçaient de façon générale en faveur d'un rapatriement des prisonniers de guerre sans exception, c'est-à-dire sans tenir compte des éventuels désirs qu'ils pourraient exprimer, mais cela ne relevait plus la question de l'opportunité de l'ajout du terme « définitif ». Cette dichotomie n'est pas sans conséquence si l'on anticipe les problèmes

¹³⁰⁰ Voir en ce sens Conférence diplomatique 1949, Sténogrammes de la Commission II, Tome I, 4^{ème} séance, 28 avril 1949, pp. 8-10, tels que résumés par les *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission II, Quatrième séance, 28 avril 1949, p. 236.

¹³⁰¹ *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, article 5 alinéa 1.

¹³⁰² Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, op.cit. note 39, p. 83, nous soulignons.

¹³⁰³ Seule la Belgique s'exprime sur ce point pour témoigner du fait qu'après avoir libéré des prisonniers allemands pour inaptitude au travail ceux-ci avaient été repris en Allemagne et « remis au travail dans des camps ». Le délégué du Comité international de la Croix-Rouge confirme que ce n'est pas une hypothèse d'école, mais ne donne pas davantage de précisions, *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203, Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, 21 avril 1947, p. 342. Voir également, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, pp. 175-177.

rencontrés lors de conflits postérieurs, à l'issue desquels les prisonniers ont exprimé leur refus d'être rapatriés. Pour ceux-là il peut se produire qu'on ne puisse pas, et même qu'on ne doive pas, exiger qu'il retrouve leur situation telle qu'elle existait avant leur captivité¹³⁰⁴. Si le commentaire retranscrit des éléments qui ont effectivement été évoqués, ceux-ci ne figurent finalement pas *expressis verbis* dans la disposition¹³⁰⁵, il aurait par conséquent sans doute été plus heureux qu'il n'apporte pas *a posteriori* cette précision supplémentaire. Et ce d'autant moins que ce souci de prendre en considération la volonté du prisonnier figure à un autre endroit de la Convention. En effet, l'alinéa 4 de l'article 109 se lit comme suit : « *Aucun prisonnier de guerre blessé ou malade [...] ne pourra être rapatrié contre sa volonté pendant les hostilités.* » Certes, cette disposition vise *prima facie* uniquement les blessés et malades et traite du rapatriement *pendant* les hostilités et non lorsqu'elles sont réputées avoir pris fin ; toutefois, au moment de traiter les incertitudes que l'article 5, combiné à l'article 118, laisse subsister¹³⁰⁶, il sera avisé de l'évoquer, car lire ces articles à la lumière de cet article 109¹³⁰⁷ permettra d'appréhender l'articulation de la troisième Convention autour des questions liées à la possibilité de s'opposer au rapatriement.

Enfin, pour être tout à fait complet, il est nécessaire de mentionner la spécificité de l'article 5 de la première Convention de Genève qui énonce de façon similaire à l'article 5 de la troisième que « *[p]our les personnes protégées qui sont tombées au pouvoir de la partie adverse, la présente Convention s'appliquera jusqu'au moment de leur rapatriement définitif.* »¹³⁰⁸ Or, les blessés ou malades qui tombent au pouvoir de l'ennemi sont aussi protégés par la troisième Convention de Genève. Ils sont dès lors prisonniers de guerre. Dans ces circonstances, leur situation relève de l'article 5 de la troisième Convention de Genève et non pas de la première. On peut donc se demander quelle est l'utilité de cette disposition. Là encore, les travaux préparatoires sont révélateurs. Cette disposition ne figurait pas dans le projet de texte approuvé par la XVII^{ème} Conférence internationale de la Croix-Rouge soumis aux gouvernements en 1949. Ce n'est qu'à l'occasion des débats que Jean Pictet, représentant le Comité international de la Croix-Rouge lors de la Conférence

¹³⁰⁴ Voir *infra* (II. ci-dessous).

¹³⁰⁵ Dans le même sens J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit.* note 1154, p. 212.

¹³⁰⁶ Voir *infra* (II. ci-dessous).

¹³⁰⁷ Christiane Shields Delessert ajoute à l'article 109 l'article 21 alinéa 2 (relatif à la remise en liberté sur parole) comme autre témoignage dans la troisième Convention de Genève de la possibilité de prendre en considération les souhaits des prisonniers de guerre, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 170. La question de la remise en liberté sur parole ne sera toutefois pas considérée ici, dans la mesure où cette pratique est tombée en désuétude.

¹³⁰⁸ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, adoptée le 12 août 1949, article 5.

diplomatique, suggère l'inclusion d'un nouvel article dont le but, à l'instar de ce que prévoyaient les projets de troisième et quatrième Conventions, serait de « *prévo[ir] que, comme pour les prisonniers de guerre, les membres du personnel sanitaire retenus doivent être au bénéfice de la Convention jusqu'au moment de leur rapatriement définitif [...]* »¹³⁰⁹. Seule une catégorie de personnes, le personnel médical, était par conséquent visée, mais la formulation retenue adoptait des termes très généraux. Cet ajout est justifié ; le personnel médical ne bénéficie pas du statut de prisonnier de guerre s'il est capturé, l'article 5 de la troisième Convention ne lui est par conséquent pas applicable. Toutefois, le commentaire de cette disposition ne semble plus distinguer entre le personnel médical et les blessés ou malades et argue plutôt du fait que cet article a été proposé à la Conférence « *[p]ar souci d'équilibre et dans l'idée que chaque Convention devait [...] former un tout complet [...]* »¹³¹⁰. Le sens des termes « *rapatriement définitif* » doit donc être compris dans le même sens que dans la troisième Convention de Genève.

Pour ce qui concerne les personnes civiles, les experts de 1947 n'ont abordé la question de leur libération et de leur retour que de façon tout à fait sommaire¹³¹¹. Et c'est finalement uniquement la notion d'établissement qui est brièvement évoquée en 1949.

B) « Établissement »

Ce terme, qui figure aujourd'hui à la suite des deux autres dans le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, n'avait été ajouté à l'origine que pour étendre encore la protection due aux civils qui demeurent aux mains de l'ennemi alors que le conflit est réputé avoir pris fin, cette question ne semblant pas affecter les prisonniers de guerre dans la même mesure. En 1949, à l'occasion de la présentation de son rapport à ses collègues, Monsieur Du Pasquier précise pourquoi cette notion a été introduite ; afin de prendre en considération les problèmes liés aux personnes qui ne peuvent pas retourner dans le pays dont elles sont originaires, puis précise que les mots « *établissement* » et « *re-establishment* » en anglais sont, malgré les apparences,

¹³⁰⁹ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission I, deuxième séance, 26 avril 1949, p. 47.

¹³¹⁰ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Commentaire, op. cit. note 39, pp. 69-70. Notons en outre que la Convention II ne contient aucune mention relative à son applicabilité spécifique dans la mesure où la qualité de « naufragés » est nécessairement temporaire. Une fois la terme ferme retrouvée, ces personnes seront soit des blessés ou malades et protégées à ce titre par la première Convention, soit prisonnières de guerre et par conséquent protégées par la troisième.

¹³¹¹ Seules trois délégations s'expriment au moment où est abordée la question du rapatriement et de surcroît sur des notions accessoires. Voir en ce sens, Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, procès verbaux de la Commission III, Condition et protection des civils en temps de guerre, vol. IV, 18 avril 1949, pp. 183-184.

équivalents. Il s'agit bien, dans les deux cas, d'un nouvel établissement des personnes concernées¹³¹². Aucune intervention substantielle de la part des autres délégations ne s'en suit. Il en résulte qu'au terme du rapport présenté à l'Assemblée plénière, à propos du sens à ce donner à ce mot, il convient de considérer qu'« [...] il concerne les personnes protégées dont le rapatriement n'a pas été possible, par exemple parce qu'elles seraient persécutées dans leur pays d'origine (article 41 [aujourd'hui 45], quatrième alinéa) ou parce que leurs foyers sont détruits ; c'est, alors, de leur établissement dans de nouveaux foyers qu'il faut parler. »¹³¹³ Ce qui permet au commentaire de cette disposition d'affirmer plus largement que « [l]a notion d'établissement se rapporte aux personnes protégées qui, pour une raison ou une autre, ne pourraient être rapatriées et à qui l'État sur le territoire duquel elles se trouvent refuserait le droit de s'y installer définitivement. [...] C'est en particulier les expériences faites à la fin de la seconde guerre mondiale qui ont poussé à l'adoption de cette clause. »¹³¹⁴ Ainsi, à la lecture du commentaire, la notion d'établissement renverrait aux hypothèses dans lesquelles les personnes s'installent dans un autre pays que le leur. Elles ne pourraient pas non plus s'établir sur le territoire sur lequel elles se trouvent au moment de leur libération, ce qui semble logique pour ce qui concerne un conflit armé international : on voit mal pourquoi un ancien national ennemi voudrait s'établir dans un pays devenu « hostile ». ¹³¹⁵ L'article 134 de la quatrième Convention vient utilement compléter l'interprétation qui peut être donnée au mot « établissement ». S'adressant à toutes les Parties contractantes, et non pas seulement aux Parties en conflit qui auraient interné des personnes civiles, celui-ci les prie de « s'efforcer[...], à la fin des hostilités ou de l'occupation, d'assurer le retour de tous les internés à leur dernière résidence, ou de faciliter leur rapatriement. » Les États n'ont donc consenti qu'à veiller au retour dans les meilleures conditions possibles des anciens internés « à leur ancienne résidence ». Le projet en faveur duquel militait le Comité international de la Croix-Rouge allait considérablement plus loin puisqu'il prévoyait en particulier que les Hautes Parties Contractantes devaient « veiller[...] notamment à ce que ces personnes puissent, si elles le désirent, se rendre dans d'autres pays [...] »¹³¹⁶. Or, tout comme en 1947 à propos des prisonniers de guerre, la

¹³¹² Voir en ce sens, Conférence diplomatique de 1949, *Sténogrammes de la Commission III*, Tome I, 8 juillet 1949, p. 9 ou *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Quarante-quatrième séance, 8 juillet 1949, p. 759.

¹³¹³ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Rapport, article 4, p. 799.

¹³¹⁴ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, p. 71.

¹³¹⁵ Des situations postérieures vont toutefois révéler que des personnes peuvent demander à ne pas être rapatriées dans leur pays d'origine et être autorisée à s'établir dans le pays dans lequel elles ont fait l'objet de mesures d'internement, grâce notamment aux interactions entre le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés. Voir développements sur ce point *infra* (II. ci-dessous).

¹³¹⁶ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, op. cit. note 39, p. 551.

majorité des délégations gouvernementales de 1949, à propos des civils cette fois, s'est virulemment opposée à ce que leur soient imposées des obligations particulièrement lourdes, concernant des personnes dont elles considéraient qu'elles ne relevaient pas de leur ressort¹³¹⁷. Pourtant, à l'article 45 ils s'accordaient pour prévoir qu'« [u]ne personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses »¹³¹⁸ ; version édulcorée mais avant-gardiste du principe de non-refoulement que l'on trouve aujourd'hui conventionnellement exprimé en particulier à l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut de réfugiés¹³¹⁹ ou à l'article 3 de la Convention des Nations unies contre la torture de 1984¹³²⁰.

C) *Le caractère rassembleur du premier Protocole additionnel*

À l'occasion de la rédaction du premier Protocole additionnel, les trois notions, « libération », « rapatriement » et « établissement », vont être regroupées et produiront des effets à l'égard de toutes personnes qui bénéficient d'une protection au terme de cet instrument, qu'elles soient prisonniers de guerre ou personnes civiles. Initialement, la mention selon laquelle le droit international humanitaire s'applique jusqu'à la libération, le rapatriement et l'établissement des personnes figurait uniquement dans un projet d'article 65 relatif aux garanties fondamentales. Si certains experts avaient suggéré d'ajouter un alinéa au projet d'article 3 du Protocole I relatif à son domaine d'applicabilité général, pour préciser l'extension possible de son application à certaines personnes au-delà de la fin des opérations militaires, le Comité international de la Croix-Rouge n'avait pas retenu cette proposition dans le projet de texte qu'il soumettait à la Conférence comme base de travail, car, bien qu'il n'y était pas catégoriquement hostile, il estimait que « [...] son contenu figurait déjà à

¹³¹⁷ Voir en ce sens le résumé des débats de la troisième Commission proposé par les *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, quarante-septième séance, pp. 774-775. Le délégué soviétique allant jusqu'à affirmer que cela reviendrait à « transformer les gouvernements en agence de voyage pour faciliter le retour des internés » ce qu'il n'estime pas possible, « [I]es Gouvernements n'[ayant] que l'obligation de faciliter le retour des internés au lieu où ils résidaient quand ils ont été internés ».

¹³¹⁸ *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, Titre III : Statut et traitement des personnes protégées, Section II : Etrangers sur le territoire d'une Partie du conflit, Article 45 – Transfert à une autre puissance.

¹³¹⁹ *Convention relative au statut de réfugié*, adoptée à Genève, 28 juillet 1951, Recueil des Traités, vol. 189, 1954, RTNU n° I-2545, pp. 138-221. Voir en ce sens Cordula DROEGE, « Les transferts de détenus : le cadre juridique, le non-refoulement et les enjeux actuels », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Sélection française 2008, vol. 90, pp. 269-305, p. 274.

¹³²⁰ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradant*, adoptée à New York, Recueil des Traités, vol. 1465, 1987, RTNU n° I-24841, pp. 10 décembre 1984, pp. 123-209.

l'alinéa 5 de l'article 65. »¹³²¹ S'agissant de prévoir une applicabilité temporelle dérogatoire du droit international humanitaire par rapport à champ d'application *ratione temporis* général, cette logique semble satisfaisante¹³²². Toutefois, un certain nombre de délégations gouvernementales participant à la Commission I de la Conférence diplomatique de 1974-77, chargée de ce texte, entendait corriger ce qu'elles considéraient au mieux comme un oubli, au pire comme une véritable lacune¹³²³. Cette disposition a été discutée, élaborée puis adoptée par consensus¹³²⁴ au sein d'un groupe de travail dont seul un compte-rendu sommaire est disponible. On peut simplement relever que lors d'un débat en Commission quelques délégations ont pris la parole pour insister sur la nécessité de prévoir une prolongation de la protection offerte aux personnes hors de combat, même lorsque le conflit a pris fin¹³²⁵. La délégation israélienne en particulier, représentée par M. Rosenne, souligne l'importance pratique de cet article technique et plaide plus généralement pour « *un examen complet de l'aspect temporel de la durée d'application des dispositions* »¹³²⁶. De même, le représentant du gouvernement indien s'inquiète de certaines « *difficultés d'interprétation* » à venir du fait de l'emploi d'expressions disparates dans les instruments de droit international humanitaire. Comme il le rappelle, « [à] l'alinéa 2 de l'article 3 [du projet de Protocole I] il est dit [...] "*la fin générale des opérations militaires*". À l'article 118 de la troisième Convention de Genève on lit "*après la fin des hostilités actives*". À l'alinéa 5 de l'article 65 du projet de Protocole I, c'est l'expression "*après la fin générale des hostilités*" qui est utilisée. »¹³²⁷

Malgré tout, c'est donc finalement très principalement au cours des discussions relatives au projet d'article 65 que l'on peut trouver trace de préoccupations liées aux notions de « libération », « rapatriement » et « établissement ». Bien qu'il s'agisse d'une évocation laconique à l'extrême, elle

¹³²¹ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 66, § 11.*

¹³²² Ce qui par ailleurs confirme l'interprétation donnée précédemment à propos de la portée de l'article 6 de la quatrième Convention par opposition à celle des articles 5 des première et troisième Conventions.

¹³²³ Voir en ce sens les amendements proposés par Israël, l'Inde, la République Arabe Syrienne, les États-Unis d'Amérique et l'Australie, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume III, op. cit. note 917, pp. 15-18 et les débats y relatifs Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, pp. 66-81, en particulier aux pp. 73 et 74.*

¹³²⁴ Voir en ce sens, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 270.*

¹³²⁵ Pour les développements relatifs à ce point, voir *infra* (D. ci-dessous).

¹³²⁶ Voir en ce sens, *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 209, § 24.*

¹³²⁷ *Ibid.*, p. 210.

mérite toutefois d'être mentionnée car elle démontre qu'en tout cas l'une de ces notions – l'« établissement » – n'est pas claire aux yeux de deux délégations et confirme que leur compréhension repose toute entière sur l'interprétation qu'en donne *a posteriori* le Comité international de la Croix-Rouge dans son commentaire et dans sa pratique. Ainsi, l'Égypte et l'Australie avaient proposé un amendement dont la formulation beaucoup moins précise permettait d'englober toutes les situations¹³²⁸, sans pouvoir ensuite donner lieu à controverses¹³²⁹. Elle ne sera toutefois pas retenue dans le texte final de l'article 75 paragraphe 6 du premier Protocole additionnel, qui conserve intacte à cet égard la formulation proposée dès 1973. Intacte à cet égard seulement, car la version finale du texte contient une modification substantielle au regard du choix des termes propres à qualifier la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, puisque les mots « *après la fin générale des hostilités* » disparaissent au profit de l'expression « *même après la fin du conflit armé* ».

Ainsi, non seulement l'article 3 relatif à l'applicabilité générale du premier Protocole, mais aussi l'article 75 traitant spécifiquement de garanties fondamentales, énoncent aujourd'hui la prolongation de la protection des personnes tant que la situation dans laquelle elles se trouvent le justifie. S'il est notable que la notion d'« établissement » a été ajoutée et profite donc désormais aussi aux prisonniers de guerre, puisque les dispositions qui contiennent cet ajout modifient sur ce point l'énoncé des Conventions de Genève¹³³⁰, il reste toutefois qu'une limite subsiste : il faut que la Puissance au

¹³²⁸ L'amendement proposé se lisait comme suit : « [...] les personnes [...] qui seraient détenues en raison d'une situation visée par l'article 2 commun aux Conventions bénéficieront de la protection accordée par le présent article même après la fin générale des opérations militaires. », Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume III, op. cit. note 917, p. 304.

¹³²⁹ La délégation australienne, au nom de son gouvernement et de celui de l'Égypte, justifiait sa proposition d'amendement comme ayant pour but d'« étendre dans toute la mesure du possible les garanties fondamentales accordées au titre de cet article. [...] La délégation australienne a des doutes quant au sens des termes « établissement » dans ce paragraphe, mais estime que, quelle que soit sa signification, il est essentiel de garantir que les personnes qui restent détenues pour quelque motif que ce soit, après la fin générale des hostilités continueront à bénéficier des dispositions de l'article 65 [...] ». Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume XV, Première partie, Comptes-rendus analytiques de la Commission III, 553p., p. 35, § 53.

¹³³⁰ Voir en ce sens Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 67, § 151, qui confirme le point de vue exposé par George Abi-Saab, en tant que représentant de l'Égypte, à la Conférence diplomatique de 1974-1977. Il s'exprime ainsi : « Il ne devrait y avoir aucune divergence entre les Conventions et le Protocole en ce qui concerne leur champ d'application dans le temps. Le Protocole n'est pas un instrument indépendant susceptible d'une application indépendante, mais il complète les Conventions et ne saurait être appliqué qu'en relation avec celles-ci. [...] Un Protocole "additionnel" constitue, juridiquement et par son essence même, un instrument de révision, qu'il soit ou non étiqueté ainsi ; et qu'il n'y a, du point de vue juridique, aucune différence entre le fait de compléter la protection fondamentale offerte par les Conventions et celui d'étendre leur application dans le temps. », Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 210.

pouvoir de laquelle se trouvent ces prisonniers soit Partie au premier Protocole additionnel. Subsidiairement, une subtilité peut être relevée : alors que l'article 5 de la troisième Convention parle de « *libération et rapatriement définitifs* », les articles 3 et 75 du premier Protocole additionnel évoquent « *[la] libération définitive, [le] rapatriement ou [l']établissement* »¹³³¹, sans qu'aucune raison apparente ne justifie cette divergence syntaxique. On peut toutefois avancer l'hypothèse que cette modification dans l'agencement des mots reflète l'évolution du droit international en la matière, parallèlement aux problèmes pratiques soulevés lors du (non)rapatriement de prisonniers à l'issue de conflits postérieurs à l'adoption des Conventions de 1949. Si le terme « définitif » adjoint au terme « rapatriement » doit se comprendre comme l'obligation pour la Puissance détentricrice de renvoyer les prisonniers dans leur pays d'origine¹³³², en 1977 il n'est plus possible de maintenir cette exigence. La Convention relative au statut de réfugiés adoptée en 1951 et l'autorité acquise par le principe de non-refoulement, contenu à son article 33, de façon plus générale en droit international, obligent à prévoir que toutes les personnes, quel que soit leur statut, puissent faire valoir un risque de persécution et ne pas être renvoyées dans le pays duquel elles sont originaires, si ce risque est avéré.¹³³³ En ce sens, le rapatriement et l'établissement pouvant se produire sur le territoire d'un État sur lequel les personnes concernées n'avaient pas leur résidence habituelle avant l'ouverture des hostilités, il n'est pas exigé qu'ils soient « définitifs ». La « libération », elle, le sera par définition, lorsqu'il ne sera pas possible qu'elle soit suivie d'un rapatriement ou d'un établissement, puisqu'elle se produit nécessairement sur le territoire sur lequel sont internées les personnes en question.

Aucun des termes employés aux fins de prolonger dans certaines circonstances l'applicabilité du droit international humanitaire au-delà de son terme normal, c'est-à-dire au-delà de toute constatation propre à conclure à la fin du conflit armé, ne fait l'objet de beaucoup de précisions. À l'issue de cet examen on se demande même s'il y a en réalité une différence entre la libération définitive et le rapatriement dans l'esprit des participants aux débats. Là encore, des dispositions ayant des conséquences directes sur l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire utilisant des termes qui se veulent les moins sujet à controverses possible laissent en suspens la question de savoir jusqu'à quel moment, très précisément, les Puissances concernées sont liées par le droit international humanitaire. Pas plus qu'on ne sait dire sans aucun doute quand des hostilités ou le conflit armé

¹³³¹ Voir en ce sens l'article 5 de la Convention III et les articles 3 et 75 du premier Protocole additionnel, nous soulignons. L'article 6 de la quatrième Convention qui utilise également ces termes n'emploie pas la précision « définitif » ou « définitive ».

¹³³² Comme le suggère le commentaire de cette disposition, tel que mentionné précédemment.

¹³³³ Voir *infra* (II. ci-dessous).

cessent, on ne sait dire à quelles conditions, et donc à partir de quand, on doit considérer qu'une personne est effectivement libérée, rapatriée ou établie.

Dans une logique analogue à l'extension des protections offertes par le droit international humanitaire aussi longtemps que le conflit armé produit des effets à leur égard, certaines dispositions franchissent un pas supplémentaire en prévoyant une applicabilité qui peut prendre naissance alors que le conflit est terminé de façon générale.

D) *L'extension de la protection aux personnes affectées par une situation trouvant naissance après le conflit armé*

1) *La protection explicite offerte par l'article 2 paragraphe 2 du Protocole II*

Le premier projet de Protocole additionnel à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 prévoyait qu'« [...] *après la fin des hostilités, les personnes internées, ou les personnes détenues après jugement, pour un acte commis en relation avec le conflit armé, qui ne seraient pas libérées ainsi que celles qui feraient l'objet d'arrestations motivées par le conflit armé resteront au bénéfice [...] du présent Protocole aussi longtemps qu'elles seront privées de liberté* »¹³³⁴. Bien que l'on considère que ce soit la notion de conflit armé qui est utilisée dans le deuxième Protocole pour marquer la fin de son applicabilité, celui-ci ne contient aucune disposition, ni générale, ni spécifique, relative à son domaine d'application dans le temps. Seul l'article 2 paragraphe 2 énonce restrictivement une applicabilité prolongée et dérogatoire des articles 5 et 6, relatifs aux personnes privées de liberté et aux poursuites pénales, pour toutes les personnes faisant l'objet de mesures restrictives ou privatives de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé. Si ces personnes sont arrêtées pendant le conflit armé mais ne sont libérées que postérieurement au moment auquel on considère qu'il a pris fin, l'application des articles 5 et 6 est prolongée jusqu'à leur libération. Cette partie de la disposition suit la même logique que ce que prévoient les instruments applicables dans les conflits armés internationaux. Les personnes qui font l'objet d'une protection spécifique du fait de la situation dans laquelle elles se trouvent pendant le conflit armé doivent continuer à être traitées de la même manière, même si le conflit cesse, tant que cette situation est inchangée. Mais, de surcroît, si des personnes sont arrêtées alors que le conflit est déjà réputé avoir pris fin, à condition que cette arrestation soit motivée par des faits liés à ce conflit, les articles 5 et 6 leur

¹³³⁴ Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 3 mai – 3 juin 1972 (seconde session), II, Commentaires, seconde partie, Documentation présentée par le Comité international de la Croix-Rouge, op. cit. note 638, p. 7.

seront applicables par dérogation, c'est-à-dire alors que le droit international humanitaire a cessé de s'appliquer dans son ensemble. Cette spécificité mérite d'être soulignée, car ce que prévoit ici l'article 2 du Protocole II va considérablement plus loin que les garde-fous posés dans les instruments applicables dans les conflits armés internationaux. Pour les conflits armés non internationaux, lorsque le Protocole II est (était) applicable, deux dispositions vont commencer à s'appliquer non pas pendant le conflit armé ou concomitamment à sa fin, mais potentiellement bien longtemps après qu'il ait pris fin. Ces deux dispositions ont donc pour une part un domaine d'application autonome. Ce n'est plus le conflit armé lui-même qui est le seul phénomène déclencheur de l'applicabilité du droit international humanitaire, mais également le lien avec celui-ci. Le Comité international de la Croix-Rouge est à l'origine de l'introduction de cette disposition. Si quelques modifications ont été proposées, aucune modification substantielle n'est venue altérer la conception selon laquelle les personnes arrêtées en lien avec le conflit armé non international doivent rester au bénéfice des garanties offertes dans le deuxième Protocole additionnel « *et cela en tout temps et sans limite de temps, jusqu'à leur libération, même si celle-ci ne devait intervenir que vingt ans après la fin du conflit armé.* »¹³³⁵ La version qui figure dans le texte actuel¹³³⁶ a été adoptée par consensus au sein d'un groupe de travail, dont les réflexions détaillées ne sont pas disponibles, et le texte n'a fait l'objet d'aucun débat en séance plénière. La logique de cette disposition tient à la situation qui suit immédiatement la fin du conflit armé, au cours de laquelle « *le parti vainqueur [peut] procéde[r] à des arrestations en vue de rétablir l'ordre public et d'assurer son autorité, [dès lors] une protection juridique resterait nécessaire pour ceux qui en seraient l'objet.* »¹³³⁷ Le droit international humanitaire prend donc explicitement en considération les suites des conflits armés non internationaux. Il étend en cela lui-même sa portée au-delà de la situation stricte pour laquelle il a été conçu.

2) *La protection implicite que contiendrait l'article 75 paragraphe 6 du Protocole I*

Si le droit international humanitaire des conflits armés internationaux ne prévoit rien de tel, *expressis verbis*, il semble qu'il faille néanmoins lui appliquer

¹³³⁵ Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, *op. cit.* note 85, p. 227, § 46.

¹³³⁶ À l'exception de deux mots, qui ne changent rien au sens du texte, voir Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume X, Rapports de la Commission I, 300 p., p. 97.

¹³³⁷ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.* note 11, p. 1384, § 4493.

le même raisonnement. En effet, bien que l'article 75 paragraphe 6 ait fait l'objet de très peu de discussions au moment de son adoption, il conviendrait de considérer qu'il est « évident que [les] garanties [qu'il offre], faites en premier lieu pour le temps de conflit ou d'occupation, sont a fortiori valables après la fin du conflit armé, en faveur des personnes poursuivies pour des motifs en relation avec le conflit [lorsqu'elles seraient arrêtées, détenues ou internées **après** la fin du conflit armé]. »¹³³⁸ S'il est aisé de comprendre pourquoi des personnes dont les mesures privatives de liberté ont commencé pendant le conflit doivent continuer de bénéficier du statut qui leur a été reconnu à cette occasion jusqu'à la fin de leur captivité, peu importe l'évolution de la situation, il l'est moins de saisir en quoi ces dispositions, précisément conçues pour le temps du conflit, devraient s'appliquer « a fortiori » lorsqu'il a pris fin. Bien sûr, « [...] l'immédiat après-guerre est souvent l'heure des « règlements de comptes » et c'est alors que les inculpés ont le plus besoin de garanties, dans le domaine judiciaire et administratif », mais pourquoi serait-ce au droit international humanitaire que devrait revenir le rôle d'assurer la protection de ces personnes ? Certes, au moment de l'adoption du Protocole I, le *Pacte international sur les droits civils et politiques*¹³³⁹ (ci-après « le *Pacte* ») vient tout juste d'entrer en vigueur, mais en 1986, au moment de la publication de ce commentaire qui vient donner une interprétation extensive de la disposition silencieuse sur ce point, il est une réalité depuis déjà vingt ans et produit ses effets depuis dix¹³⁴⁰. Or, ce traité contient certaines dispositions relatives aux garanties judiciaires¹³⁴¹ analogues à celles prévues à l'article 75 du Protocole I ou 5 et 6 du Protocole II, dont nombre d'entre elles ont aujourd'hui une valeur coutumière et sont enrichies par la jurisprudence et les Observations générales émises par le Comité des droits de l'Homme. Ainsi par exemple, l'article 9 du *Pacte* consacre le droit à la liberté et l'interdiction de toute forme de détention arbitraire, tandis que l'article 14 détaille les règles relatives à un procès équitable. Plus encore, le Comité des droits de l'Homme dans son Observation générale relative à l'article 4 du *Pacte*, qui encadre les dérogations qui peuvent être faites par les États « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel »¹³⁴² a notamment affirmé que certains éléments du droit à un procès équitable ne sont jamais susceptibles de dérogation¹³⁴³.

¹³³⁸ *Ibid.*, pp. 910-911, § 3128, nous soulignons.

¹³³⁹ *Pacte international sur les droits civils et politiques*, op. cit. note 21.

¹³⁴⁰ Le *Pacte international sur les droits civils et politiques* a été adopté le 16 décembre 1966 et est entré en vigueur le 23 mars 1976.

¹³⁴¹ En ce sens voir notamment Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n° 32, Article 14, Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, 23 août 2007, CCPR/C/GC/32.

¹³⁴² Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n° 29, Article 4*, 24 juillet 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, §16.

¹³⁴³ *Ibid.* Dans cette observation générale, le Comité se fonde sur le fait que « [c]ertains éléments du droit à un procès équitable étant expressément garantis par le droit international humanitaire [...] »,

Il semblerait par conséquent plus pertinent aujourd'hui de se fonder sur les droits de la personne pour exiger l'application de ces garanties fondamentales à l'égard de personnes faisant l'objet de poursuites lorsque le conflit est réputé avoir pris fin, même si les faits qui leurs sont reprochés ont un lien avec celui-ci. En effet, plaider pour l'application d'un droit spécifiquement élaboré pour les situations de conflits armés, alors que ceux-ci viennent de prendre fin, n'est probablement pas la démarche la plus opportune en terme de pacification des relations entre d'anciens belligérants, voire de réconciliation nationale. Demander à des autorités de respecter ce qu'elles préfèrent encore volontiers plutôt dénommer le « droit de la guerre » alors qu'elles s'emploient le plus souvent à nier l'existence d'une situation de conflit armé pourrait avoir un effet contreproductif certain à l'égard des personnes dont on vise la protection. Aussi, si le droit international humanitaire s'est montré précurseur en de nombreux domaines, offrant des garanties aux individus et créant des obligations à la charge des États qu'aucune autre branche du droit international n'aurait osé ne serait-ce que penser exiger aussi bien en 1949 qu'en 1977, l'essor considérable qu'a connu depuis le droit international des droits de la personne oblige à reconsidérer l'opportunité de plaider pour la prolongation de l'applicabilité d'un droit certes extrêmement protecteur pour l'individu mais aussi profondément connoté et dont exiger le respect – là où une autre branche du droit international est à même de le faire aussi bien – pourrait conduire à l'effet contraire de celui recherché. Du reste les situations qui relèvent *stricto sensu* du domaine d'applicabilité du droit international humanitaire mobilisent bien suffisamment les acteurs de sa mise en œuvre pour qu'ils doivent en plus être sollicités lorsqu'elles ont pris fin, alors même qu'aujourd'hui une branche du droit international est en mesure de le faire de façon au moins aussi probante en ce qui concerne les atteintes à l'intégrité, les garanties judiciaires, ou les poursuites pénales.

3) *La curiosité de la combinaison des articles 3 et 41 du Protocole I qui offrirait une protection dérogatoire additionnelle*

En dernier lieu, il convient de mentionner une curiosité apparue lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977 qui a pour résultat de lire au commentaire de l'article 3 paragraphe 2 du Protocole I que si « [s]ont principalement visées [par cette disposition] les personnes dont la situation méritant protection se prolonge après la fin de l'application générale des Conventions et du Protocole. Il va de soi que **sont pareillement couvertes** des personnes dont la situation méritant protection **ne commencerait qu'après** cette fin de l'application

il estime dès lors qu'il n'y pas de raison « qu'il soit dérogé à ces garanties au cours d'autres situations d'urgence. », *ibid.* § 16.

générale du droit humanitaire. »¹³⁴⁴ Cette précision renvoie expressément à l'article 41 du Protocole I relatif à la sauvegarde de l'ennemi hors de combat. Or la lecture des travaux préparatoires révèle en effet que lorsque les délégués ont abordé cet article en groupe de travail en 1976 ils « [se sont] aussi demandé[s] si l'article [41] devait préciser que les personnes hors de combat qui ne sont pas tombées au pouvoir d'une Partie adverse à la clôture des hostilités conservent leur droit aux protections prévues dans l'article [41]. [Ils estimaient que c]ette question pourrait se poser, par exemple, dans le cas de traînards qui se trouvent derrière les lignes ennemies à la clôture des hostilités. [Selon eux] ces personnes seraient encore protégées au titre de l'article 3 paragraphe 2 [...] ». »¹³⁴⁵ Seul ce résumé des discussions est disponible. En l'état, on peut simplement s'interroger sur le bien fondé de cette préoccupation uniquement à cet endroit du Protocole.

De la même manière que le commentaire de l'article 3 renvoie à l'article 41 et *vice versa*, on trouve également dans les travaux préparatoires relatifs à l'article 3 la préoccupation d'offrir une protection aux personnes qui la nécessiteraient du fait d'une situation qui trouverait naissance après la fin générale de l'applicabilité du droit international humanitaire. Certains délégués ont en effet suggéré, dès 1975, au sein d'un sous groupe de travail dont le compte-rendu analytique n'est malheureusement pas non plus reproduit, qu'il était nécessaire que soit ajoutée à la proposition d'article 3 en discussion une disposition « [...] traitant des malades, des blessés et des naufragés et des personnes hors de combat, afin d'assurer que ces personnes bénéficient aussi d'une protection, après la fin des opérations militaires générales. »¹³⁴⁶ L'article 3 paragraphe 2 ne contient pas cette référence, sans qu'aucun débat postérieur ne permette de l'expliquer. Cependant, à relire¹³⁴⁷ l'introduction des débats sur l'article 3 à la Conférence diplomatique sous ce spectre, deux interventions interpellent. En effet, la délégation israélienne en tête, appuyée par la délégation américaine¹³⁴⁸, suggérait l'introduction d'une mention relative à la

¹³⁴⁴ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, p. 69, § 159, note de bas de page non reproduite, nous soulignons.

¹³⁴⁵ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume XV, op. cit. note 932, p. 402, § 25, reprenant, concernant ce passage, quasiment *in extenso* le rapport proposé par le Rapporteur du groupe de travail s'étant réuni du 21 avril au 11 juin 1976.

¹³⁴⁶ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume X, op. cit. note 1339, Rapport à la première Commission sur les travaux du groupe de travail A, 3 février – 8 avril 1975, p. 68.

¹³⁴⁷ Voir la première lecture effectuée à propos du contenu de l'article 3 *supra*, Titre II, Chapitre II, Section II, I, C.

¹³⁴⁸ La délégation américaine lorsqu'elle présente sa proposition d'amendement qui ne fait directement référence aux personnes hors de combat, ajoute que « [...] comme l'a suggéré Israël, il convient d'ajouter une disposition visant le cas des personnes **hors de combat**. », *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)*, Volume VIII, op. cit. note 85, p. 74, l'emphasis est de l'original.

protection des personnes jusqu'à leur libération, leur rapatriement et leur établissement au-delà de la fin de l'application générale du droit international humanitaire lorsqu'elles sont *hors de combat*. À la première lecture, et sans précision additionnelle de la part de ces délégations, cette préoccupation a été analysée comme faisant partie du débat plus large selon lequel le projet proposé par le Comité international de la Croix-Rouge comportait une lacune, en ce qu'il ne reprenait pas les formulations des articles 5 de la troisième Convention et 6 de la quatrième Convention destinés à prolonger la protection des personnes qui continuent à être *détenues* à l'issue du conflit armé¹³⁴⁹. Or, à la lumière des préoccupations soulevées au moment de débattre de l'article 41 on se demande finalement si l'intention de ces délégations n'était pas plutôt de prévoir une applicabilité du Protocole, non pas à des personnes dont la situation serait née à l'occasion du conflit, mais dont la protection serait nécessaire du fait de la situation dans laquelle elles se trouvent postérieurement au conflit armé. La remarque du délégué israélien prend alors une toute autre dimension. En effet, lorsque prenant appui sur « [...] la Convention IV de La Haye de 1907 [...] et les Conventions de Genève de 1949 aux termes desquelles il y a lieu [...] de protéger les personnes *hors de combat* en toutes circonstances, en tout temps et en tout lieu »¹³⁵⁰ il affirme que « [l']alinéa [6] de l'article [75], dont la portée est limitée, ne couvre en aucune manière les cas visés à l'amendement israélien »¹³⁵¹, il faudrait non pas comprendre que les personnes auxquelles il fait référence sont uniquement les internés civils et les prisonniers de guerre, mais aussi les blessés, les malades, les naufragés et toutes les personnes hors de combat. Autrement dit, si l'on complète la pensée de M. Rosenne, il faudrait lire que « [l']alinéa [6] de l'article [75], dont la portée est limitée [sous-entendu aux cas des personnes arrêtées, détenues ou internées], ne couvre en aucune manière les cas visés à l'amendement israélien [qui lui couvre les personnes qui ne se trouvent pas encore au pouvoir de l'ennemi lorsque le conflit s'achève] ». Ainsi l'amendement proposé par sa délégation n'aurait pas simplement eu pour finalité de combler une lacune du projet du Comité international de la Croix-Rouge qui ne traitait que de la fin générale de l'applicabilité du droit international humanitaire et non de ses cas d'applicabilité spécifique. Il faudrait par conséquent comprendre : « Les personnes *hors de combat* continueront, après la fin générale des opérations militaires, à bénéficier de la protection accordée par le présent Protocole »¹³⁵² dans le sens que : « Les personnes hors de combat bénéficieront également de la

¹³⁴⁹ Voir en ce sens *supra*, Titre II, Chapitre II, Section II, I, C.

¹³⁵⁰ *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume VIII, op. cit. note 85, p. 73.*

¹³⁵¹ *Ibid.*, l'emphasis est de l'original.

¹³⁵² *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volume III, op. cit. note 917, p. 15, l'emphasis est de l'original.*

protection accordée par le présent Protocole, même si la situation qui justifie cette protection prend naissance après la fin générale des opérations militaires ». Concrètement il s'agirait donc des cas où des blessés, malades, naufragés ou personnes hors de combat se trouvent sur un territoire qui n'est pas le leur alors que le conflit est terminé – des « traînards » selon le terme employé dans le compte-rendu suscité – sans qu'ils soient jamais tombés au pouvoir de l'ennemi ; car s'ils étaient tombés aux mains de l'ennemi durant le conflit chacun dans sa catégorie serait une personne protégée et bénéficierait à ce titre de la prolongation de l'application de la Convention qui le concerne et, le cas échéant, du Protocole. La formulation finalement adoptée dans le premier Protocole, quasiment identique à celles que l'on peut trouver aux articles 5 des première et troisième Conventions et 6 de la quatrième Convention, ne mentionne pas expressément ce cas de figure. Les travaux préparatoires n'étant pas très diserts sur les raisons qui ont motivé cette formulation plutôt qu'une autre ils ne permettent pas de conclure que ces personnes bénéficient d'une protection même après la fin du conflit armé ; le commentaire de l'article 3 cependant y invite. Cette interprétation a le mérite de trancher la question de savoir quel devrait être le statut d'une personne capturée après que les hostilités actives aient cessé mais avant la fin générale des opérations militaires. Théoriquement, ce cas de figure ne devrait pas trouver à se produire ; si les hostilités ont cessé, *a priori*, il n'y a pas de raison qu'à l'occasion des opérations militaires qui pourraient encore avoir lieu des personnes tombent au pouvoir de l'ennemi. Toutefois, les suites immédiates des hostilités s'inscrivent nécessairement dans des climats dans lesquels les animosités des parties les unes envers les autres perdurent. Il se peut donc, bien que ce ne soit plus justifié, que l'une d'elles capture encore certains de ceux qui sont en passe de devenir des *anciens* ennemis. Dans cette hypothèse, l'applicabilité générale du droit international humanitaire n'a pas cessé, les personnes civiles continuent par conséquent d'être protégées si nécessaire, et quoi qu'il en soit s'il y a capture d'un membre des forces armées d'un autre État, celle-ci suffit à elle seule à déclencher l'applicabilité de la troisième Convention de Genève. L'article 41 combiné à l'article 3 apporte alors une garantie supplémentaire dans ce cas.

L'esprit de ces instruments de droit international humanitaire est sans équivoque ; si la règle générale veut que le droit international humanitaire cesse de s'appliquer lorsque le conflit armé prend fin, la règle particulière impose de continuer à appliquer les dispositions pertinentes aux personnes qui demeurent dans une situation de vulnérabilité identique à celle qui était la leur pendant le conflit et qui perdure au-delà du retour à une situation non conflictuelle.

Offrant un résumé ramassé, le commentaire du premier Protocole additionnel donne une réponse à la question de savoir quand le droit international humanitaire cesse de s'appliquer en fonction de la situation des

personnes. Cette réponse paraît excessivement simple : « *«Libération définitive» s'entend de la fin de la captivité, de la détention ou d'autres mesures restrictives de liberté résultant du conflit armé ou de l'occupation ; «rapatriement» s'entend du retour dans le pays dont on a la nationalité ou, le cas échéant, dans lequel on avait sa résidence habituelle; «établissement» s'entend de l'installation dans un autre pays, pour quelque raison que ce soit.* »¹³⁵³ Seulement, l'expérience révélée à l'issue de certains conflits témoigne, comme c'est généralement le cas en droit international humanitaire, de la persistance de certaines incertitudes quant à la plénitude de leur sens, créant ainsi des situations juridiques complexes à l'endroit des personnes qu'elles visent. En effet, malgré l'apparente clarté des termes de l'article 118, il est bien plus fréquent que le rapatriement des prisonniers de guerre intervienne tardivement, plutôt qu'immédiatement la cessation des hostilités actives constatée. Tout comme l'utilisation prohibée qui peut être faite des prisonniers de guerre au cours d'un conflit armé peut constituer une manœuvre tactique, destinée à influencer la partie adverse – comme ce fut le cas en particulier lors de la guerre du Viêt-Nam¹³⁵⁴ – ne pas procéder à leur libération et à leur rapatriement semble se révéler être à tout le moins un moyen de pression, si ce n'est d'une certaine manière un moyen de faire durer le conflit sur un plan idéologique alors que, matériellement, il a pris fin¹³⁵⁵. D'ailleurs si des personnes sont encore détenues, contre leur gré et contre le gré de la Puissance dont elles sont ressortissantes, on peut s'interroger sur le point de savoir si le conflit a réellement pris fin. La prolongation induite de la détention ne constitue pas un acte d'hostilité en tant que tel mais est tout de même la manifestation d'un comportement hostile à l'égard d'un ancien adversaire. Dans les circonstances troubles qui demeurent même lorsque le cessez-le-feu, par exemple, a été décrété, on peut se demander si la poursuite injustifiée de ces détentions n'est pas plutôt une forme de poursuite du conflit armé plutôt qu'une simple conséquence de celui-ci. On pourrait dès lors opposer que ce raisonnement conduirait à la conclusion absurde selon laquelle on ne pourrait pas exiger le rapatriement des prisonniers de guerre, le conflit perdurant. C'est alors que l'intérêt de la notion de « *fin des hostilités actives* » prend tout son sens. La poursuite de l'internement, si elle peut être assimilée à une opération militaire, ne constitue pas un acte d'hostilité actif. Le problème est donc résolu de lui-même. Les

¹³⁵³ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, op. cit. note 11, pp. 68-69, § 158, notes de bas de pages omises.

¹³⁵⁴ Voir en ce sens Walton K. RICHARDSON, « Prisoners of war as instruments of foreign policy », *Naval War College Review*, September 1970, n° 47, vol. 62, pp. 235-342.

¹³⁵⁵ En ce sens voir Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », op. cit. note 981, qui considère à propos de l'attitude de l'Inde suite au conflit qui l'a opposée au Pakistan – qui a consisté à retenir « en otages » des prisonniers de guerre pakistanais pendant presque deux ans après la fin du conflit – que le but était de « [...] forcer le Pakistan à accepter la sécession de l'Est du Pakistan et à le reconnaître comme la nouvelle République populaire du Bangladesh indépendante », p. 427, nous traduisons.

suites du conflit qui a opposé l'Iran à l'Irak dans les années 1980 illustrent parfaitement cette pratique, puisque malgré l'entrée en vigueur d'un cessez-le-feu le 20 août 1988, plus de cent mille personnes demeuraient dans des camps de prisonniers de guerre en 1989, sans qu'une réponse quant à leur sort ne soit en voie d'être trouvée¹³⁵⁶ et sans qu'aucun des arguments invoqués par l'une ou l'autre de ces Puissances – telles que des violations sporadiques du cessez-le-feu¹³⁵⁷ ou encore l'occupation de certaines portions du territoire de l'une par l'autre¹³⁵⁸ – ne justifie ce retard dans la mise en route des procédures de rapatriement. Cette attitude a eu pour résultat une poursuite de l'applicabilité des dispositions de la troisième Convention de Genève quelles que soient les considérations liées à l'applicabilité générale du droit international humanitaire que l'on considère que le conflit avait ou non cessé¹³⁵⁹.

L'étirement considérable dans le temps de l'applicabilité du droit international humanitaire¹³⁶⁰ va toutefois révéler que malgré la prolongation des protections offertes par le droit international humanitaire au-delà des conflits armés, certaines incertitudes subsistent.

¹³⁵⁶ Selon les chiffres avancés par John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 79. Dans son rapport d'activités pour l'année 1989, le Comité international de la Croix-Rouge constatait que « [m]algré l'espoir suscité en 1988 par l'entrée en vigueur, le 20 août, du cessez-le-feu entre l'Irak et l'Iran, consécutive à l'acceptation de la résolution 598 des Nations unies par l'Iran (rappelons que l'Irak avait accepté cette résolution l'année précédente), force était de constater que le rapatriement global des prisonniers de guerre, prévu par le droit dès la fin des hostilités actives, n'était toujours pas en voie de se réaliser à fin 1989. », Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport d'activités 1989*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1990, 166 p., p. 85.

¹³⁵⁷ Comme il a été démontré précédemment, la circonstance que quelques coups de feu isolés soient tirés n'empêche pas que la fin des hostilités actives soit caractérisée et ne relèvent donc pas les États de leur obligation de procéder au rapatriement des prisonniers.

¹³⁵⁸ En l'occurrence, l'Iran prenait appui sur la Résolution du Conseil de sécurité des Nations unies établissant le cessez-le-feu. Pour l'Iran le fait que le Conseil de sécurité exigeait d'abord l'arrêt des hostilités « *comme première mesure en vue d'un règlement négocié* » au point 1 de sa Résolution, puis le rapatriement des prisonniers de guerre conformément à la troisième Convention de Genève au point 3, signifiait que le rapatriement ne pouvait être exigé qu'une fois toutes les conséquences du conflit armé réglées. Or, la logique de l'article 118 a très précisément consisté à contourner un problème de ce type. Si c'est la fin des hostilités actives qui est exigée c'est bien pour qu'aucune autre considération ne soit prise en compte, telle que la poursuite sous une forme ou une autre des opérations militaires. Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 598 (1987), adoptée le 20 juillet 1987.

¹³⁵⁹ Pour le détail des négociations et du processus de rapatriement des prisonniers irakiens et iraniens détenus en raison du conflit qui a opposé l'Iran et l'Irak entre 1980 et 1988, voir John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774.

¹³⁶⁰ Elle mérite en l'occurrence d'être soulignée puisque qu'elle s'est prolongée en tout cas plus de quatorze années après la fin supposée du conflit. En effet, au 11 mars 2003, le Comité international de la Croix-Rouge avait supervisé au total le rapatriement de quatre-vingt dix-sept mille prisonniers de guerre (Source : site Internet du CICR, <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5KQL9B?OpenDocument>, dernier accès le 25 juillet 2012), mais de façon échelonnée au fil des années depuis sa présence sur place. À titre d'exemple, en 1997, le Comité international de la Croix-Rouge a supervisé le rapatriement de cinq cent quarante-deux prisonniers, ou encore de cinq cent vingt-sept en 2002. Il s'agit donc d'un processus de longue haleine.

§ II. Des incertitudes persistantes

Une fois le principe établi de la protection prolongée des personnes au pouvoir de l'ennemi jusqu'à leur libération, rapatriement ou établissement, il est rapide d'entrevoir que certaines dispositions du droit international humanitaire pourraient être frappées d'une applicabilité tendant vers l'infini. Il suffit de penser aux personnes qui refusent d'être rapatriées ou qui ne peuvent pas l'être en raison de persécutions qu'elles pourraient subir. Doivent-elles bénéficier de la protection du droit international humanitaire, et donc conserver le statut qui leur a été accordé au cours d'un conflit armé indéfiniment quelle que soit l'évolution de leur situation mais au prétexte qu'elles n'ont pas été rapatriées ? Et si non, quand cesse-t-il ? (A) De même, le cas du Général Noriega, prisonnier de guerre détenu aux États-Unis et extradé vers la France pour y être jugé pour des crimes de droit commun, suscite la question suivante : son statut de prisonnier de guerre, autrement dit l'applicabilité du droit international humanitaire à son égard, doit-il continuer de lui être accordé ? Et si oui, jusqu'à quand ? (B)

A) *Quelle articulation entre les statuts protecteurs lorsqu'un rapatriement ne peut pas être envisagé ?*

La notion d'établissement a été introduite dans la quatrième Convention de Genève de 1949 pour prendre en considération la situation des personnes qui refuseraient d'être rapatriées à la suite de leur libération. Le fait qu'elle ne figure pas dans la troisième Convention de Genève présente une difficulté qui s'est tôt faite jour, lorsque des prisonniers de guerre nord coréens refusaient de rentrer chez eux, suite au conflit qui avait opposé leur pays et la Corée du Sud jusqu'en 1953¹³⁶¹. À cette occasion, la doctrine a été extrêmement abondante concernant l'interprétation à donner à l'article 118 de la troisième Convention de Genève, en particulier quant à savoir si cette disposition impose un rapatriement forcé ou non des prisonniers de guerre à l'issue du conflit¹³⁶².

¹³⁶¹ Cette date de la signature de l'armistice est généralement retenu comme marquant la fin du conflit, voir en ce sens Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, p. 421, par exemple.

¹³⁶² Seules quelques références parcellaires seront reprises ci-après, pour un examen complet on se référera notamment à Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155 ; J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit.* note 1154 ; Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *The American Journal of International Law*, vol. 47, 1953, pp. 414-438 ; Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, pp. 424-426 ; Carl E. LUNDIN, « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *op. cit.* note 1198 ; Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445. Il faut également noter que le commentaire de l'article 118 est assez original en ce qu'il se livre notamment à une analyse très minutieuse des événements survenus pendant la guerre de Corée, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, *op.cit.* note 39, p. 569-582.

D'un point de vue temporel cependant, cette question n'a qu'une conséquence indirecte. En soi, la conclusion dominante selon laquelle les prisonniers de guerre peuvent faire valoir un droit de refus à leur rapatriement est une question matérielle ; les considérations temporelles n'interviennent qu'au moment de s'interroger sur le statut à accorder aux personnes qui ne seront de ce fait pas rapatriées. En d'autres termes, c'est une lecture combinée de l'article 118, autorisant à ne pas rapatrier ceux qui ne le souhaitent pas, et de l'article 5, prévoyant une prolongation de la protection tant que le rapatriement n'a pas lieu, qui introduit une nouvelle variable. Les prisonniers de guerre jouissent de leur statut jusqu'à leur rapatriement. S'ils expriment le désir de ne pas rentrer dans leur dernier lieu de résidence, ils ne seront pas rapatriés de force. Cela signifie-t-il alors qu'ils demeurent prisonniers de guerre *ad vitam æternam* ?

Abordée de façon subsidiaire lors des débats de 1949 et ceux qui les ont précédé, la question du rapatriement volontaire ne pose pas de problème particulier aux délégations présentes (1). En revanche, les suites de la guerre de Corée (2) vont faire émerger de nouvelles difficultés qui peuvent être résolues grâce aux interactions entre les statuts prévus par le droit international humanitaire (3).

1) *La compréhension du phénomène au lendemain de la seconde guerre mondiale*

La circonstance que des prisonniers de guerre peuvent parfois demander à ne pas être renvoyés dans leur pays d'origine était connue des experts de la Conférence de 1947 mais n'en a pas moins été sciemment ignorée¹³⁶³. En effet, une fois le cadre temporel de ce qui deviendra l'article 118 fixé, les experts portent leur attention sur le rapatriement en lui-même, afin de déterminer notamment si des différences devaient être faites entre les prisonniers en la matière. Au moment des discussions relatives à la possibilité de procéder au rapatriement des prisonniers contre leur gré, le Comité international de la Croix-Rouge et les représentants étatiques expriment des opinions diamétralement opposées. Alors que le premier est « *d'avis de prohiber de telles*

¹³⁶³ Les experts connaissaient en effet le sort de certains des prisonniers qui avaient été rapatriés contre leur gré après la fin du second conflit mondial. Voir en ce sens, Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155, p. 401, note de bas de page 46. Dans le même sens, Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 151. Par ailleurs et dans le même sens, Howard S. LEVIE, en plus du phénomène des suicides des prisonniers de guerre qui ne souhaitent pas être rapatriés en Union Soviétique, mentionne un certain nombre d'accords conclus suite à des conflits antérieurs à la seconde guerre mondiale dans lesquels figuraient des mentions permettant à des prisonniers de guerre d'opposer un droit de refus à leur rapatriement, Howard S. LEVIE, « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, pp. 422-423 ; Jeffrey E. Rockwell fait de même dans sa note, Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, page 358 note de bas de page 1. Pour une analyse détaillée de l'histoire de l'élaboration de l'article 118 voir J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit.* note 1154.

mesures »¹³⁶⁴, considérant que « c'est important »¹³⁶⁵, les experts gouvernementaux sont absolument unanimes à considérer que cela ne relève pas du champ du texte dont ils discutent¹³⁶⁶. La délégation de l'Union Sud-Africaine résume les problèmes que cela poserait en ces termes : « [...] si des P.G refusent d'être rapatriés, cela pose des problèmes difficiles pour la Puissance détentrice, qui pourra se demander ce qu'elle devra faire d'eux. Il y a des pays où il existe des lois d'immigration et où les personnes qui désirent immigrer doivent d'abord présenter une requête. Par conséquent, l'insertion d'une telle clause pourrait donner lieu à des difficultés sérieuses pour la Puissance détentrice. »¹³⁶⁷ L'ensemble des experts se rallie à cette position. Au moment où ils s'expriment le droit international des réfugiés contemporain n'existe pas encore. Le phénomène des persécutions subies par des populations fait bien l'objet de préoccupations au lendemain de la seconde guerre mondiale, mais d'une part on pense alors que quelques années suffiront à régler le problème¹³⁶⁸ et d'autre part l'émotion suscitée par le fait que ce sont très principalement les populations civiles qui jusqu'à présent ont eu à subir ce fléau occulte complètement le problème « résiduel » que cela peut ou pourrait poser à l'endroit des prisonniers de guerre¹³⁶⁹. Plus encore, le fait que les débats de 1947 se soient très

¹³⁶⁴ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 340.*

¹³⁶⁵ *Ibid.* Comme le rappelle Howard S. Levie, le Comité international de la Croix-Rouge.

¹³⁶⁶ Additionnellement, certains considèrent qu'à force de prévoir des « exceptions » ou des « échappatoires » le principe d'un rapatriement rapide risque d'être réduit « à néant », selon les termes du délégué des États-Unis d'Amérique, *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 340.* Dans le même sens, Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit. note 1155, p. 402* ; J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit. note 1154, p. 213.*

¹³⁶⁷ *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 340.*

¹³⁶⁸ Voir en ce sens le *Statut du Haut Commissariat pour les Réfugiés des Nations unies*, annexé à la Résolution de l'Assemblée générale adoptée le 14 décembre 1950, dont le point 5 prévoit que l'agence est créée pour trois ans, Assemblée générale des Nations unies, *Statut du Haut Commissariat pour les Réfugiés*, Résolution 428 (V), adoptée le 14 décembre 1950, A/RES/428(V). Reconduit de loin en loin jusqu'en 2003, ce n'est que cinquante-trois ans plus tard, à l'occasion de sa cinquante-huitième session que l'Assemblée générale des Nations unies « [d]écide de lever la restriction touchant la durée du mandat du Haut Commissariat [...] et de proroger ce mandat jusqu'à ce que le problème des réfugiés soit résolu », Assemblée générale des Nations unies, *Mesures d'application proposées par le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés pour renforcer la capacité du Haut Commissariat de s'acquitter de son mandat*, Résolution adoptée le 22 décembre 2003, A/RES/58/153, point 9.

¹³⁶⁹ Si la Nouvelle Zélande mentionne les prisonniers japonais qu'elle a libérés à l'issue de la deuxième guerre mondiale et qui ont ensuite refusé de repartir, et bien que le cas de prisonniers italiens qui avaient refusé de rentrer chez eux soit évoqué, les experts considèrent tout de même que les législations relatives à l'immigration doivent prévaloir, *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, pp. 340-341.* Pour Jeffrey E. Rockwell la prévalence du phénomène des prisonniers de guerre

majoritairement concentrés sur les dispositions à prévoir afin d'empêcher des internements qui se prolongeraient indûment et n'aient abordé le problème de ceux qui ne voudraient pas être rapatriés que de façon accessoire – comme le fait que cette dernière question ne soit quasiment plus discutée en 1949 – reflète le contexte dans lequel les discussions ont lieu. À l'époque, bien que les Puissances ayant rapatrié de force des prisonniers de guerre aient été confrontées à des actes radicaux de la part de ceux-ci¹³⁷⁰, c'est bien davantage le problème des millions de prisonniers de guerre qui n'avaient toujours pas eu l'opportunité de regagner leurs foyers au moment même où les gouvernements se prononçaient qui hante les esprits.¹³⁷¹ C'est pourquoi l'emphase est mise sur la nécessité de procéder à leur libération et leur rapatriement au plus vite, tout en verrouillant le système de la troisième Convention, en prévoyant qu'elle continuerait de s'appliquer tant que la libération ou le rapatriement n'aurait pas eu lieu, laissant la question de leur volonté à un règlement au cas par cas. Finalement, la conception de l'époque en la matière est magistralement exposée par le Président de séance : « *Il me semble évident que les prisonniers de guerre doivent d'abord être renvoyés dans leur pays d'origine. Une fois qu'ils sont rentrés, s'ils désirent aller ailleurs, c'est aux Autorités de leur propre pays qu'il appartient de prendre une décision* »¹³⁷². S'il avait dû prendre la parole aujourd'hui, il aurait probablement énoncé tout le contraire. En effet, l'apparition du principe de non-refoulement, aujourd'hui considéré comme de nature coutumière¹³⁷³, et érigé en norme de *jus cogens*¹³⁷⁴

retenus contre leur gré plutôt que ceux rapatriés contre leur gré à l'issue de la seconde guerre mondiale contribue à expliquer pourquoi la Convention de 1949 relative aux prisonniers de guerre n'a pas plus porté attention à ce problème, Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, p. 359. Voir dans le même sens Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362, p. 432, qui y voit une des raisons pour lesquels le souci majeur des gouvernements de l'époque était de faire en sorte que le rapatriement ait lieu aussi vite que possible. Voir également Carl E. LUNDIN, « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *op. cit.* note 1198, p. 561 qui souligne que les rédacteurs n'avaient pas envisagé que des prisonniers puissent *massivement* demander à ne pas être rapatriés dans leur propre pays.

¹³⁷⁰ Voir à ce sujet Alfred de ZAYAS), « Repatriation », *op. cit.* note 1291, § 13.

¹³⁷¹ Voir Assemblée générale des Nations unies, *Mesures en vue du règlement pacifique de la question des prisonniers de guerre*, *op. cit.* note 1219, point 1. Dans le même sens, Alfred de ZAYAS, « Repatriation », *op. cit.* note 1291, §§ 4-5 ; Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, pp. 171-172.

¹³⁷² *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre*, Genève, 14 – 26 avril 1947, *op. cit.* note 203. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 341.

¹³⁷³ Voir en ce sens Sir Elihu LAUTERPACHT et Daniel BETHLEHEM, « *Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement* », in. Erika FELLER, Volker TÜRK et Frances NICHOLSON (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bruxelles, 2008, 835 p., pp. 119-216, en particulier à partir de la p. 173 et les annexes. En sens contraire voir, voir Jean-Yves CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 332, 2007, pp. 9-354, p. 128, d'après qui « [m]algré la richesse de l'étude, l'argumentation pêche par volontarisme excessif. » Dans le même sens, voir, bien qu'il prenait position en 1997, Jean-François FLAUS, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in. Société française pour le droit international, *La protection des droits de*

interdit totalement désormais de retenir une telle vision¹³⁷⁵. En 1949, toutefois, cette position ne sera pas démentie. En effet, la question ayant été largement débattue lors de la Conférence d'experts de 1947, les délégués gouvernementaux discutant de la troisième Convention ne reviennent quasiment pas sur ce qui avait été agréé alors, et laissent l'article 118 muet sur ce point¹³⁷⁶.

En 1949, la question est en revanche abordée à propos des internés civils ; et l'approche reste exactement la même. Les délégations sont conscientes du problème que peut susciter le retour de personnes dans un pays où elles peuvent craindre des persécutions¹³⁷⁷, mais sont partagées sur le point de savoir si la quatrième Convention de Genève est le texte approprié pour traiter du problème des réfugiés. La position qui va l'emporter sera que les obligations prévues dans le projet du Comité international de la Croix-Rouge vont trop loin¹³⁷⁸, il ne restera donc que des prescriptions incitatives, énoncées

l'homme et l'évolution du droit international, Colloque de Strasbourg 29-31 mai 1997, Pedone, Paris, 1998, 344 p., pp. 11-79, p. 64 qui parle en la matière « d'un processus coutumier inductif et non plus déductif et à la limite même purement rhétorique. »

¹³⁷⁴ La *Déclaration de Carthagène* énonce par exemple à son point 5 : « [...] Ce principe [de non-refoulement] impératif à l'égard des réfugiés doit être reconnu et respecté, dans l'état actuel du droit international, en tant que principe de jus cogens. », *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, Carthagène des Indes, Colombie, 22 novembre 1984, disponible en ligne sur <http://www.unhcr.fr/4b14f4a5e.html>, dernier accès le 26 mars 2012. Voir également Jean ALLAIN, « The jus cogens Nature of Non-Refoulement », *International Journal of Refugee Law*, 2001, vol. 13, n° 4, pp. 533-558.

¹³⁷⁵ Voir en ce sens Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, p. 371 selon qui « [...] la reconnaissance dans la Convention relative au statut de réfugiés du principe de non-refoulement pour des individus vers un territoire sur lequel ils sont menacés de persécution doit être pris en considération à l'égard de toute application de la Convention. », nous traduisons. Il considère qu'il y a donc lieu d'estimer que l'adoption de la Convention relative au statut de réfugiés opère un changement de circonstances qui justifie d'interpréter aujourd'hui l'article 118 comme garantissant un droit de refus des prisonniers de guerre, malgré la volonté affirmée à l'époque par ses rédacteurs.

¹³⁷⁶ Malgré une ultime tentative de l'Autriche d'insérer dans la disposition la possibilité pour les prisonniers de guerre de demander à être renvoyés vers un pays qui les accepterait, la discussion ne sera pas rouverte. *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission II, p. 314. À ce propos, Howard S. Levie cite Jeffrey E. Rockwell selon qui « ce n'est pas parce qu'une proposition est rejetée par une Conférence internationale que cela signifie que l'opposé est approuvé », Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, nous traduisons, cité par) S.), « Prisoners of war in international armed conflict », *op. cit.* note 981, p. 423, note de bas de page 148. Carl E. LUNDIN, « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *op. cit.* note 1198, p. 560 souligne le fait que la possibilité de laisser le choix au prisonnier de guerre avait été évoquée mais finalement abandonnée.

¹³⁷⁷ Le délégué britannique affirme par exemple que « [...] pour ce qui concerne les internés, et pour une grande partie d'entre eux, un rapatriement serait souvent un grand malheur. », *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, vingt-deuxième séance, p. 673.

¹³⁷⁸ Voir en ce sens *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, Rapport, p. 829.

dans l'article 134 actuel de la Convention¹³⁷⁹. Là encore, il est intéressant de se replacer dans le contexte de l'époque. Les conséquences en la matière, liées au second conflit mondial, ne sont pas du tout perçues comme un phénomène juridique global. Pour une délégation, par exemple, l'ancêtre du Haut Commissariat pour les Réfugiés, c'est-à-dire l'Organisation internationale pour les Réfugiés qui participe aux réunions de la Conférence diplomatique, dont « [l]e retour au domicile ou l'établissement dans un nouveau domicile des personnes déplacées ou des réfugiés est de la compétence »¹³⁸⁰ est « une organisation [...] sans doute appelée à disparaître »¹³⁸¹. En conséquence le problème des personnes qui ne souhaitent pas retourner dans leur pays à l'issue d'un conflit armé est laissé en suspens. La règle conventionnelle se résume donc à exiger des Puissances détentrices qu'elles procèdent au rapatriement des personnes en leur pouvoir à l'issue des hostilités, ce qui ne pose aucun autre problème temporel que celui susmentionné de savoir à partir de quand cette obligation existe. La pratique subséquente, en raison de l'émergence d'une autre règle de droit international plus spécifique, va cependant modifier cette règle. Ce faisant elle questionne la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire à l'égard des personnes qui ne seront pas rapatriées, malgré les démarches de la Puissance détentriche en ce sens.

2) Les enseignements de la guerre de Corée

Il n'aura fallu que quatre années pour que le silence du texte ne soit soumis à controverses. En effet, en 1953 dès les négociations visant à mettre fin au conflit qui avait opposé la Corée du Nord et la Corée du Sud, certains des prisonniers de guerre nord-coréens détenus au sud exprimèrent leur refus de retourner au nord¹³⁸². Au-delà des déclarations politiques, de la nature de celle du Président américain Truman qui affirmait qu'« [ils] ne dev[aient] pas utiliser des baïonnettes pour forcer ces prisonniers à retourner vers l'esclavage et une mort presque certaine entre les mains des communistes »¹³⁸³, l'Assemblée générale des Nations unies, saisie de la question, décidait qu'il : « ne dev[ait] pas être fait usage de la force contre les prisonniers de guerre afin d'empêcher ou d'assurer leur

¹³⁷⁹ L'article 134 de la Convention IV énonce en effet : « Les Hautes Parties contractantes **s'efforceront**, à la fin des hostilités ou de l'occupation, d'assurer le retour de tous les internés à leur dernière résidence, ou de **faciliter** leur rapatriement. », nous soulignons.

¹³⁸⁰ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome II, Section A, Commission III, vingt-deuxième séance, p. 674.

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² Voir en ce sens, Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 451 ; voir également Richard R. BAXTER, « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *op. cit.* note 732, pp 380 et s.

¹³⁸³ N.Y. Times, Aug. 21, 1952, p. 1, col. 4, cité par Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155, p. 392.

retour dans leur pays d'origine [...]»¹³⁸⁴. Se fondant sur l'article 118 de la troisième Convention¹³⁸⁵, l'interprétation qui prévalut fut donc celle selon laquelle le choix revenait au prisonnier de guerre¹³⁸⁶. Ce principe posé, d'un point de vue temporel, la question qui se pose dès lors est celle de savoir jusqu'à quand le prisonnier ayant usé de son « droit de refus » bénéficie-t-il de son statut de prisonnier de guerre ?

Vis-à-vis du contexte coréen, il s'agit de déterminer ce que sont devenus les cent mille chinois et nord-coréens anciennement internés qui, sur les cent soixante-dix mille prisonniers répertoriés, ont exprimé le souhait de ne pas être rapatriés¹³⁸⁷. En effet, s'ils ont bien été libérés, ils n'ont de fait pas été

¹³⁸⁴ Assemblée générale des Nations unies, *Corée : rapports de la Commission des Nations Unies pour l'unification et le relèvement de la Corée*, 3 décembre 1952, A/RES/610(VII), Propositions III. Selon Jeffrey E. ROCKWELL, déjà en 1950 l'Assemblée générale des Nations unies présentait l'article 118 comme offrant une opportunité aux prisonniers de guerre de demander leur rapatriement et non comme une obligation absolue à la charge de l'État, Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, p. 364, faisant référence à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies, *Mesures en vue du règlement pacifique de la question des prisonniers de guerre*, *op. cit.* note 1219, selon laquelle : « [...] les conventions et accords internationaux [...] exigent qu'à la cessation des hostilités actives, tous les prisonniers de guerre jouissent, dans le plus bref délai et sans réserve, de la **possibilité** d'être rapatriés [...] », point 2 de la Résolution, nous soulignons. Dans le même sens, Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362, p. 436.

¹³⁸⁵ Bien qu'aucune des parties n'avait signé les Conventions, toutes avaient déclaré au début du conflit entendre se conformer à leurs principes. Voir en ce sens, Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *Commentaire*, *op.cit.* note 39, p. 572 ; Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362, p. 424 ; Carl E. LUNDIN, « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *op. cit.* note 1198, p. 560.

¹³⁸⁶ Voir en ce sens, Alfred DE ZAYAS, « Repatriation », *op. cit.* note 1291, § 14. Le bloc de l'Est de l'époque faisait prévaloir une interprétation totalement antagoniste, c'est-à-dire littérale de l'article 118 prônant ainsi un retour, le cas échéant, forcé. En résumé, cette position était argumentée de la façon suivante : l'article 118 de la troisième Convention de Genève de 1949 prévoit une obligation de rapatrier les prisonniers de guerre lorsque les hostilités ont cessé, l'article 7 de la même Convention énonce que les droits des prisonniers de guerre sont inaliénables, ils ne peuvent donc pas y renoncer, il en résulte une obligation inconditionnelle de rapatrier les prisonniers de guerre qui ne peuvent en aucune manière faire valoir une quelconque préférence, selon le discours de M. Vyshinsky représentant de l'Union soviétique devant la première Commission de l'Assemblée générale des Nations unies le 24 novembre 1952, cité en particulier par Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155 ; Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362, p. 424, et Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 159-165, qui resituant notamment la Convention dans son contexte général démontrent pourquoi cette interprétation littérale ne saurait prévaloir. Voir subsidiairement J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit.* note 1154, p. 208 ou encore Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, p. 361.

¹³⁸⁷ Selon les chiffres avancés par Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155, p. 392 et Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, *op. cit.* note 109, p. 158. Carl E. LUNDIN, « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *op. cit.* note 1198, p. 559 utilise d'autres chiffres : il mentionne trente-huit mille nord-coréens, sur quatre-vingt trois mille prisonniers répertoriés, n'ayant pas souhaité être rapatriés.

rapatriés. Vient alors une seconde question : quel statut leur a ensuite été appliqué ? La réponse à cette question est difficile à trouver. En fait, il semblerait qu'ils aient été installés dans des camps d'internement mis sur pied par les Nations unies en tant que civils¹³⁸⁸ puis que ces camps aient tout simplement été ouverts et que ces ex-prisonniers de guerre devenus civils se soient naturellement intégrés dans la société sud-coréenne¹³⁸⁹. La situation s'est donc résorbée par elle-même sans engendrer de problèmes particuliers grâce à une solution conjoncturelle qui ne devait pas devenir le principe. Les commentaires des Conventions de Genève précisent d'ailleurs à cet égard que « la guerre de Corée ne saurait nullement être considérée comme un précédent pour l'application de l'article 118 »¹³⁹⁰.

Les enjeux politiques sous-jacents, dans le contexte de la guerre froide, expliquent pour une part cette prise de position¹³⁹¹. Pourtant d'autres conflits postérieurs vont confirmer la tendance et faire de cette solution conjoncturelle un principe général¹³⁹². Aussi, si l'interprétation qui prévaut aujourd'hui

¹³⁸⁸ Richard R. BAXTER, « Asylum to Prisoners of War », *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 489-498, p. 493.

¹³⁸⁹ L'accord relatif au sort des prisonniers de guerre prévoyait que devaient être libérés et bénéficier du statut de civils dans les cent vingt jours ceux des prisonniers de guerre qui n'avaient pas manifesté leur souhait d'être rapatriés. Voir en ce sens Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, p. 365 ; Richard R. BAXTER, « Asylum to Prisoners of War », *op. cit.* note 1388, pp. 496-497. De façon plus générale, pour l'historique de l'accord d'armistice, en particulier sur les négociations relatives au sort des prisonniers de guerre, voir Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362, en particulier p. 415 et s.

¹³⁹⁰ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *Commentaire*, *op. cit.* note 39, p. 575.

¹³⁹¹ À cet égard, il est bon de souligner qu'une partie de la doctrine accessible, majoritairement de langue anglaise, peine parfois à cacher son inclinaison partisane en faveur d'une interprétation qui allait à l'encontre du bloc soviétique. Certains auteurs cependant affichent la volonté de se livrer à une interprétation « *dépassionnée* », soit explicitement comme c'est le cas par exemple de J.A.C. GUTTERRIDGE, « The Repatriation of Prisoners of War », *op. cit.* note 1154, p. 207 ou implicitement comme par exemple Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155 ou Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362.

¹³⁹² Dans le même sens, Alfred DE ZAYAS, « Repatriation », *op. cit.* note 1291, §§ 11 et s. L'Assemblée générale des Nations unies l'avait du reste anticipé dès qu'elle s'était penchée sur les suites du second conflit mondial, estimant que les gouvernements qui détenaient encore des prisonniers de guerre devaient se conformer non seulement aux accords internationaux mais également aux « *règles reconnues de conduite internationale* ». Elle l'a ensuite confirmé ensuite à propos des prisonniers nord-coréens dont le sort devait être réglé à ses yeux conformément notamment « *aux principes et usages établis du droit international* », respectivement Assemblée générale des Nations unies, *Mesures en vue du règlement pacifique de la question des prisonniers de guerre*, *op. cit.* note 1219, point 2 de la Résolution et Assemblée générale des Nations unies, *Corée : rapports de la Commission des Nations Unies pour l'unification et le relèvement de la Corée*, 3 décembre 1952, *op. cit.* note 1387, Propositions III. Pour Jeffrey E. Rockwell la communauté internationale, y inclus les « *nations communistes* » du fait de leur acceptation de l'armistice de 1953, avait à l'occasion du règlement de la question des prisonniers de guerre de la Guerre de Corée exprimé « *une acceptation du concept selon lequel le prisonnier de guerre avait un droit à ne pas être rapatrié de force* », Jeffrey E. ROCKWELL, « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *op. cit.* note 445, p. 365, nous traduisons. Voir également la position plus nuancée de Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362 qui

semble¹³⁹³ diverger de ce qu'exprimaient les rédacteurs des Conventions de Genève, elle est justifiée à la fois par le contexte dans lequel les Conventions ont été négociées¹³⁹⁴ et par la pratique subséquente. De surcroît si elle diverge, ce n'est que pour partie, puisque l'article 109 de la troisième Convention dispose pour les prisonniers malades et grands blessés qu'aucun de ceux qui sont « *prévu[s] pour le rapatriement [...] ne pourra être rapatrié contre sa volonté pendant les hostilités.* » Ainsi, bien qu'il soit regrettable que cette préoccupation ne se retrouve finalement que pour ce qui concerne le rapatriement des prisonniers malades et blessés pendant les hostilités, la troisième Convention de Genève n'ignore pas totalement l'existence de circonstances dans lesquelles les changements politiques pouvant intervenir au cours d'un conflit armé interdiraient de rapatrier les prisonniers de guerre, sauf à les exposer à un danger.

Toujours est-il que pour ce qui concerne la fin de la captivité en dehors de ce cas exceptionnel, une interaction entre les statuts offerts par les Convention de Genève permet de trouver une solution juridique à l'égard de ceux qui ne souhaitent pas être rapatriés à l'issue d'un conflit armé.

3) *Une prolongation qui trouve une échéance grâce aux interactions entre les statuts*

De la pratique constante¹³⁹⁵ qui consiste à considérer que les personnes se trouvant au pouvoir de l'ennemi ne devaient pas être renvoyées contre leur gré, a émergé la nécessité de trouver des solutions, afin de leur accorder un statut à défaut de pouvoir continuer à leur appliquer celui prévu par les Conventions de Genève.

notamment questionne le bien-fondé de la Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies relatives au conflit en Corée, p. 427.

¹³⁹³ Pour Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155, p. 405, rien n'existerait dans la disposition ni dans les travaux préparatoires qui indiquerait que « *[les] États avaient l'intention de s'interdire d'accorder l'asile aux prisonniers de guerre.* », nous traduisons. Ainsi, en prévoyant qu'ils devaient être renvoyés dans leur pays d'origine les États auraient simplement entendu ne pas créer d'obligation à l'effet de les contraindre d'accorder l'asile, ce qui ne signifie pas par ailleurs qu'ils ne pourraient pas le faire si bon leur semblait.

¹³⁹⁴ Voir en particulier Jan P. CHARMATZ & Harold M. WIT, « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *op. cit.* note 1155, p. 397 et Mayda JARO, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *op. cit.* note 1362, p. 431 qui font valoir une série d'arguments en ce sens et rappellent en particulier la Résolution 8 de la Conférence diplomatique de 1949 qui énonce que son travail a été inspiré seulement par des buts humanitaires, *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, Tome I, 381 p., p. 356. et se livrent ensuite à une interprétation en bonne et due forme de l'article 118 au terme de laquelle Mayda Jaro résume : « *(a) Les prisonniers de guerre ont un droit à option dans certains cas spécifiques ; (b) l'extension per analogiam de ce droit à la situation visée à l'article 118 n'est pas explicitement exclue et est donc permise ; (c) la Convention n'a pas aboli le droit de discrétion des signataires concernant l'asile des prisonniers non couverts par les articles 21 et 109* », p. 434, nous traduisons.

¹³⁹⁵ Voir en ce sens John QUIGLEY, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *op. cit.* note 774, p. 83.

À titre préliminaire, il convient de préciser que cette question se pose dans des termes différents pour les personnes civiles. En effet, la quatrième Convention de Genève prévoit explicitement à son article 45, qui n'a pas d'équivalent dans la troisième Convention, qu'« [u]ne personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses. » Comme le précise le commentaire de cette disposition, « [i]l s'agit là d'une interdiction absolue, pour tous les cas de transfert, quelles qu'en soient la destination **et la date** »¹³⁹⁶, ce qui ne saurait être remis en question au regard de la teneur des débats de 1949 au travers desquels on perçoit indiscutablement la volonté des négociateurs de couvrir les situations qui se présenteraient à l'issue des hostilités lorsqu'il s'agirait de rapatrier les personnes dans leur pays d'origine¹³⁹⁷. C'est pourquoi les personnes civiles bénéficient des protections auxquelles elles ont droit jusqu'à leur « établissement » et non pas seulement jusqu'à leur « rapatriement » au terme des Conventions de Genève. Aussi, bien que la question de la prolongation de la protection offerte par la quatrième Convention puisse se poser, elle ne revêt pas les mêmes enjeux que pour la troisième.

Le prisonnier de guerre qui refuse d'être rapatrié cesse de bénéficier de son statut. À ce moment, il existe deux possibilités, soit cette personne est libérée, soit elle continue d'être détenue. Dans les deux cas, la Puissance détentrice est libérée des obligations qui lui incombent à son égard au terme de la troisième Convention de Genève.

Dans le premier cas, comme dans l'hypothèse des prisonniers nord-coréens, le statut de prisonnier de guerre et donc la troisième Convention de Genève cesse d'être applicable sans qu'une condition, le rapatriement, n'ait trouvée à se réaliser, ou plus précisément cette libération « sur place » s'apparente dans ce cas à un rapatriement, simplement celui-ci n'a pas lieu vers un autre pays. Si le droit international humanitaire a par ailleurs cessé de s'appliquer de façon générale, du fait de la fin des opérations militaires, il cesse donc intégralement de s'appliquer à cette personne. Si au contraire seules les hostilités actives sont terminées mais les opérations militaires perdurent, ce ressortissant étranger sur le territoire de l'une des Parties au conflit est pris en compte par le droit international humanitaire à ce titre.

Dans le second cas, la personne qui continue de faire l'objet de mesures restrictives de liberté requiert une protection nouvelle. En effet, un prisonnier de guerre tant qu'il jouit de ce statut continue de dépendre de l'autorité militaire au service de laquelle il se trouvait au moment de sa

¹³⁹⁶ Jean S. PICTET (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Commentaire, op. cit. note 39, p. 290, nous soulignons.

¹³⁹⁷ En ce sens, voir les développements expliquant les motivations relatives à l'introduction de la notion d'établissement à l'article 6 de la quatrième Convention, *supra* Titre II, Chapitre II, Section II, I, B.

capture¹³⁹⁸. Lorsqu'il fait connaître son intention de ne pas retourner dans son pays, il perd incidemment la protection de son État d'origine. C'est alors exclusivement à l'État sous la juridiction duquel il se trouve de lui offrir une protection. Mais s'agit-il alors d'une protection accordée par le droit international humanitaire ? Dans cette hypothèse, de deux choses l'une, soit seules les hostilités actives ont cessé mais pas encore les opérations militaires et le droit international humanitaire est donc toujours applicable de façon générale, soit les opérations militaires ont cessé, le conflit est donc réputé terminé et le droit international humanitaire ne trouve plus à s'appliquer. La solution est aisée dans la première situation. Tant que le conflit armé perdure, et donc tant que le droit international humanitaire est applicable, toute personne détenue bénéficie d'un statut et donc d'une protection dont la qualification dépend de son rôle dans le conflit armé. En l'occurrence, le prisonnier de guerre est libéré par la Puissance détentrice, mais il refuse d'être rapatrié, ce qui lui fait perdre le statut que lui offre la troisième Convention de Genève. Ce faisant, et dans la mesure où sa détention est maintenue, il doit dès lors être considéré comme un civil qui se trouve au pouvoir de l'ennemi. Il bénéficie ainsi des protections offertes à ce titre par la quatrième Convention de Genève. Dans la seconde situation, si le conflit est terminé, le droit international humanitaire ne s'applique plus. Seule l'application de la troisième Convention de Genève est déclenchée du simple fait de la capture d'un ennemi. Pour que la quatrième Convention puisse s'appliquer, il est nécessaire que le ressortissant étranger dont il est question soit capturé pendant le conflit armé. Par conséquent ce prisonnier de guerre devenu civil alors que le conflit est terminé ne peut pas bénéficier de la quatrième Convention. Il bénéficie en revanche de toutes les protections que lui offre le droit international des droits de la personne et en particulier le droit international des réfugiés.¹³⁹⁹

Il semble que le Comité international de la Croix-Rouge ait une autre interprétation dans ce dernier cas, laquelle s'est manifestée à l'occasion du conflit qui a opposé l'Irak et le Koweït au début des années quatre-vingt dix. Il a en effet d'abord considéré que les prisonniers de guerre qui avaient manifesté la volonté de ne pas être rapatriés devaient continuer de bénéficier

¹³⁹⁸ Sauf en cas de désertion, lequel avait été évoqué dès le tout début des discussions relatives au rapatriement des combattants internés. L'Union Sud Africaine évoquait à cette occasion « une catégorie très particulière » estimant qu'« il leur [les déserteurs] est très difficile de rentrer dans leur pays », *Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, op. cit. note 203*. Examen de la Section II – De la libération et du rapatriement à la fin des hostilités, article 75, p. 342. Cette catégorie de personnes présentant des caractéristiques bien spécifiques, elle ne sera pas abordée ici. Pour un examen des conséquences relatives à la désertion vis-à-vis du droit international humanitaire, voir en particulier Marco SASSOLI, « The Status, Treatment and Repatriation of Deserters under International Humanitarian Law », *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, vol. 9, 1985, pp. 9-36 et L. B. SCHAPIRO, « Repatriation of Deserters », *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, pp. 310-324.

¹³⁹⁹ Dans le même sens, Alfred DE ZAYAS, « Repatriation », *op. cit. note 1291*, § 12.

de la protection de la troisième Convention tant que duraient les opérations de rapatriement – ce qui à la lettre de l'article 5 est parfaitement adéquat – puis – et c'est plus contestable si l'on adopte le point de vue selon lequel les opérations militaires avaient cessé à cette date entre l'Irak et le Koweït – de la quatrième une fois ces opérations achevées¹⁴⁰⁰. Là encore, se révèlent tout l'enjeu et toute l'importance de la distinction entre les notions de « *fin des hostilités (actives)* » et de « *fin générale des opérations militaires* ». Il apparaît toujours une ambiguïté lorsqu'on argue du fait que le conflit est terminé (sans distinguer entre ces deux notions, ou en les distinguant mais en ignorant les conséquences de la distinction) pour exiger la libération des prisonniers de guerre ou des internés civils, puis que l'on est confronté à leur refus de regagner leur pays, en même temps qu'on ne peut se résoudre à ce que ces personnes perdent les protections offertes par le droit international humanitaire. Si l'on distingue scrupuleusement entre les deux notions, aucun problème de statut ne se pose. Avec les derniers rapatriements des derniers prisonniers de guerre, et en dehors de tout autre événement amenant à conclure le contraire, ont incontestablement lieu les dernières opérations militaires. De ce fait, le droit international humanitaire n'est plus applicable et les personnes qui resteraient dans un pays dont elles ne sont pas ressortissantes ne sont plus protégées « que » par le droit international des droits de la personne, ce qui au regard de ce dernier *corpus juris* est tout à fait satisfaisant. Elles pourront continuer à être détenues, pour autant que les raisons de cette détention le justifient. Si ces raisons n'existent pas et que la Puissance sur le territoire de laquelle elles se trouvent ne souhaite pas les accueillir sur son sol, elles seront au bénéfice du droit international des réfugiés, lequel grâce au principe de non-refoulement leur offre une protection tout à fait adéquate, voire meilleure et plus sûre que celle que leur offrait le droit international humanitaire.

Il reste alors une question, concernant le sort de ceux qui sont détenus sur leur propre territoire mais qui se trouvent dans une situation analogue à ceux qui peuvent craindre une persécution s'ils sont libérés. Au-delà du fait que dans ce cas la libération et le rapatriement procède du même acte¹⁴⁰¹, dans

¹⁴⁰⁰ Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport d'activité*, 1991, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 308 p. : « Vers la fin des opérations de rapatriement, en août, le CICR informa l'ensemble des prisonniers de guerre se trouvant encore en Arabie Saoudite qu'ils devaient prendre une décision finale quant à leur retour ou non en Irak, car, ils ne bénéficieraient plus du statut de prisonnier de guerre après la fin des rapatriements : Quelque 13.000 hommes firent part au CICR de leur décision de ne pas retourner en Irak. Le 23 août, le CICR informa les parties de la fin des opérations de rapatriement et annonça que les citoyens irakiens ayant refusé le rapatriement et se trouvant toujours dans les camps saoudiens devaient être placés désormais au bénéfice de la IV^e Convention de Genève pour la protection des populations civiles. Les autorités de Riyad accordèrent le statut de réfugié à ces personnes, lesquelles restèrent protégées par la IV^e Convention de Genève. », p. 103.

¹⁴⁰¹ Christiane SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, op. cit. note 109, p. 177.

cette hypothèse, les personnes en question n'ont par définition pas franchi une frontière comme l'exige la définition de la Convention sur le statut de réfugiés de 1951, puisqu'elles se trouvent sur le territoire dont elles sont ressortissantes. Si l'internement en question résulte d'une situation d'occupation et que celle-ci perdure au moment de la libération, le droit international humanitaire continue de s'appliquer et les personnes concernées doivent alors recevoir la protection qui leur est due en tant que civils. De nouveau, d'un point de vue temporel, c'est si l'occupation cesse et qu'aucune autre raison n'invite à conclure à l'applicabilité du droit international humanitaire en l'occurrence, que se pose la question de savoir comment prendre ces personnes en considération. Par le truchement de l'exercice de la juridiction de l'État détenteur de façon extraterritoriale, il convient de conclure que le principe de non-refoulement s'applique aussi dans ce cas¹⁴⁰².

B) *Le cas très particulier du Général Noriega*

Le parcours du Général Noriega, depuis sa capture en décembre 1989 jusqu'à son retour au Panama en décembre 2011, pose la question de la possibilité de conserver le statut de prisonnier de guerre *ad vitam æternam*, puisqu'à la différence des cas évoqués jusqu'ici, il n'a pas été question de le libérer, de le rapatrier ou de procéder à son établissement durant les vingt-deux premières années ayant suivi le début de sa captivité. Les questions juridiques entourant le cas du Général Noriega sont nombreuses et complexes. Seules certaines d'entre elles sont évoquées ici, pour autant qu'elles aient une incidence sur la question du temps pendant lequel le statut de prisonnier de guerre doit être accordé à une personne. De façon générale, le contexte dans lequel s'inscrit ce cas est le suivant : les forces armées américaines ont envahi le Panama le 20 décembre 1989¹⁴⁰³, le Général Noriega s'est rendu aux forces armées américaines peu après cette date¹⁴⁰⁴, puis a été transféré aux États-Unis pour y

¹⁴⁰² Voir en ce sens, Marco SASSÒLI, « Release, Accommodation in Neutral Countries and Repatriation of Prisoners of War », in. Andrew CLAPHAM, Paola GAETA & Marco SASSÒLI (eds), *Commentary of the Geneva Conventions*, Chapter 51, à paraître.

¹⁴⁰³ Voir en ce sens, Alan BERMAN, « In Mitigation of Illegality: The U.S. invasion of Panama », *Kentucky Law Journal*, vol. 79, 1990-91, pp. 735-800, p. 743 et Geoffrey S. CORN & Sharon G. FINEGAN, « America's Longest Held Prisoner of War: Lessons Learned from the Capture, Prosecution, and Extradition of General Manuel Noriega », *Louisiana Law Review*, vol. 71, 2011, pp. 1111-1146.

¹⁴⁰⁴ Voir en ce sens, Alan BERMAN, « In Mitigation of Illegality: The U.S. invasion of Panama », *op. cit.* note 1403, p. 743 ; Geoffrey S. CORN & Sharon G. FINEGAN, « America's Longest Held Prisoner of War: Lessons Learned from the Capture, Prosecution, and Extradition of General Manuel Noriega », *op. cit.* note 1403, ou encore United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, et autres*, Opinion : Jugement général, William M. Hoeveler, Juge au Tribunal fédéral de première instance des États-Unis (U.S. District Court), N°88-79-CR, 8 juin 1990, *op. cit.* note 52, p. 1685.

être jugé pour trafic de drogue¹⁴⁰⁵. Sans revenir sur tout le processus judiciaire dont a fait l'objet le Général Noriega¹⁴⁰⁶, le postulat de départ, quelles que soient les controverses auquel il a pu donner lieu¹⁴⁰⁷, est qu'il s'est vu reconnaître le statut de prisonnier de guerre par les juridictions américaines¹⁴⁰⁸ ; qu'il a purgé une peine d'emprisonnement aux États-Unis après avoir été condamné pour trafic de stupéfiants¹⁴⁰⁹, puis a été extradé vers la France pour y être jugé pour blanchiment d'argent¹⁴¹⁰ ; et qu'il a enfin été renvoyé au Panama en décembre 2011, où il purge actuellement une peine de prison pour disparitions d'opposants suite à un jugement prononcé *in absentia*, et où il doit être jugé pour d'autres chefs d'inculpation liés à ses années au pouvoir¹⁴¹¹. Au regard de la prolongation de la protection offerte par la troisième Convention de Genève au prisonnier de guerre jusqu'à sa libération et son rapatriement définitifs, la question qui se pose à l'aune de ce cas complexe est la suivante : jusqu'à quand le Général Noriega doit-il avoir été considéré comme un prisonnier de guerre ?

Pour y répondre il convient de s'interroger sur les effets de trois moments distincts relatifs à sa captivité. Premièrement, sa condamnation aux États-Unis marque-t-elle la fin de l'applicabilité du statut de prisonnier de guerre à son encontre ? La réponse est négative. Le statut de prisonnier de guerre est inaliénable. Quelles que soient les raisons pour lesquelles un captif fait l'objet

¹⁴⁰⁵ Voir en ce sens, Denis HAUTIN-GUIRAUT, « Après s'être rendu aux forces américaines, le général Noriega va être jugé aux États-Unis, L'ancien homme fort du Panama est l'objet de nombreuses inculpations pour trafic de drogue », *Le Monde*, 5 janvier 1990.

¹⁴⁰⁶ Pour le détail des procédures judiciaires relatives au Général Noriega et en particulier sur l'attribution du statut de prisonnier de guerre, voir Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINNTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721. Voir également Geoffrey S. CORN & Sharon G. FINEGAN, « America's Longest Held Prisoner of War: Lessons Learned from the Capture, Prosecution, and Extradition of General Manuel Noriega », *op. cit.* note 1403, en particulier aux pp. 114 et s.

¹⁴⁰⁷ Pour un aperçu de ces controverses et plus spécifiquement pour les problèmes liés à la détermination du statut de prisonnier de guerre à son égard, à la possibilité de poursuivre un prisonnier de guerre pour des faits commis avant le conflit au cours duquel il a été capturé ou encore sur les conditions dans lesquelles un prisonnier de guerre peut être extradé, voir Geoffrey S. CORN & Sharon G. FINEGAN, « America's Longest Held Prisoner of War: Lessons Learned from the Capture, Prosecution, and Extradition of General Manuel Noriega », *op. cit.* note 1403 et Matthew REICHSTEIN, « The Extradition of General Manuel Noriega: An Application of International Criminal and Humanitarian Law to Answer the Question, "If So, Where Should he Go?" », *Emory International Law Review*, vol. 22, 2008, pp. 857-889.

¹⁴⁰⁸ United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Tribunal fédéral de première instance des États-Unis, District Sud de la Floride, opinion de : William M. Hoeveler : Recommandation, 8 décembre 1992, *op. cit.* note 55, p. 1700 et 1709.

¹⁴⁰⁹ Martine JACOT, « États-Unis : ancien dictateur du Panama, le général Noriega condamné à 40 ans de prison pour trafic de drogue », *Le Monde*, 13 juillet 1992.

¹⁴¹⁰ Il a été condamné à sept ans d'emprisonnement de ce chef. Voir en ce sens, « Les faits International ; Sept ans de prison pour l'ex-dictateur de Panama, Manuel Noriega », *Le Monde*, 9 juillet 2010.

¹⁴¹¹ Voir en ce sens, « France-Panama : feu vert de la justice française à l'extradition du général Noriega », *Le Monde*, 25 novembre 2011.

d'une condamnation, il reste protégé par la troisième Convention de Genève tant qu'il n'est pas libéré ou rapatrié¹⁴¹². En l'occurrence, jugé aux États-Unis, le Général Noriega n'a jamais été libéré. Il a purgé sa peine sur ce territoire jusqu'à ce qu'il fasse l'objet d'une mesure d'extradition vers la France. Jusqu'à la date de son extradition, il est incontesté qu'il a continué à bénéficier de son statut de prisonnier de guerre. L'article 119 alinéa 5 permet en effet de retenir un prisonnier de guerre au-delà de la fin des hostilités actives, jusqu'à l'expiration de la peine dont il fait l'objet à l'issue de poursuites pénales. Grâce à la combinaison de cet article avec l'article 5 alinéa 1, il est donc sans équivoque que le Général Noriega ainsi retenu continuait à jouir de son statut de prisonnier de guerre tant qu'il était au pouvoir des autorités américaines.

Mais, deuxièmement, qu'en est-il alors des effets de son extradition pour des faits qui ne trouvent pas leur source dans un conflit armé, vers un pays qui n'était pas partie au conflit armé à l'occasion duquel il a été capturé, et qui ne se trouvait pas en situation de conflit armé avec les États-Unis au moment de l'extradition ? Autrement dit, le droit international humanitaire peut-il s'appliquer à une situation qui s'inscrit clairement en dehors de tout conflit armé, même si la situation de la personne en cause est née à l'occasion d'un conflit armé ? Ici la réponse n'est pas aussi évidente. Préalablement, il convient de rappeler qu'au terme de la troisième Convention, un prisonnier de guerre bénéficie de son statut jusqu'à sa libération et son rapatriement définitifs. Par conséquent, même si on considérait que le Général Noriega avait été libéré par les autorités américaines du fait de cette extradition, on ne pourrait toutefois pas prétendre qu'il a été rapatrié, puisque, sauf à ce qu'il en fasse la demande contraire, il doit être rapatrié dans son pays d'origine. Le fait qu'il ait été remis à un autre État appelle donc éventuellement l'article 12 de la troisième Convention de Genève qui prévoit la possibilité pour la Puissance détentrice de transférer un prisonnier de guerre à une autre Puissance partie à la Convention, à certaines conditions¹⁴¹³. Indépendamment des questions que peut soulever cette disposition et son application en l'occurrence¹⁴¹⁴, si l'on

¹⁴¹² La juridiction américaine l'a d'ailleurs reconnu en deux occasions, United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la requête du défendeur sollicitant des ordonnances d'*habeas corpus*, d'exécution et d'interdiction, 24 août 2007, et United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la « Requête sollicitant une ordonnance d'*habeas corpus* en vertu de la section 2241 du titre 28 du Code des États-Unis », déposée par le défendeur et décision levant le sursis à l'extradition, 7 décembre 2007, *op. cit.* note 65, respectivement aux pp. 1711 et 1717.

¹⁴¹³ Pour une vision générale des possibilités offertes par cette disposition voir par exemple, Marco SASSOLI et Marie-Louise TOUGAS, « International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan », *Revue de droit de McGill*, vol. 56, n° 4, pp. 959-1010, pp. 973 et s.

¹⁴¹⁴ La juridiction américaine chargée d'examiner la requête du Général Noriega aux fins de faire annuler les mesures d'extradition à son encontre a estimé qu'à l'article 12 « il n'existe aucune autre restriction » que celle de s'assurer que la Puissance vers laquelle est transféré le prisonnier de guerre est partie à la troisième Convention de Genève. Elle a donc confirmé la possibilité pour les États-Unis d'extrader le Général Noriega vers la France. United States District Court for the District

considère que l'extradition est ici une forme de transfert d'une Puissance à une autre¹⁴¹⁵ et si on s'en tient strictement aux problématiques liées à l'applicabilité du droit international humanitaire dans le temps, la question est de savoir si cet article peut trouver à s'appliquer alors que le conflit a pris fin, et de surcroît entre deux Puissances dont l'une n'a jamais été impliquée dans le conflit armé initial qui a donné naissance au statut de prisonnier de guerre¹⁴¹⁶. La troisième Convention de Genève, conformément à l'article 2 commun, est applicable en temps de conflit armé, l'article 12 s'applique donc pendant cette période. Le conflit est terminé depuis vingt ans lorsque le Général Noriega est remis aux autorités françaises, on peut donc douter de la pertinence de l'article 12 en l'occurrence. Il n'en demeure pas moins que la Convention demeure au bénéfice du prisonnier de guerre tant qu'il n'a pas été rapatrié, l'article 12 pourrait donc trouver à s'appliquer dans ce cas du fait de la persistance du statut de prisonnier de guerre, impliquant que la France doive continuer de lui garantir ce statut¹⁴¹⁷. Il s'agit ici clairement d'une hypothèse qui n'avait pas été

of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la requête du défendeur sollicitant des ordonnances d'*habeas corpus*, d'exécution et d'interdiction, 24 août 2007, reproduit et traduit dans Marco SASSOLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINNTIN, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721, p. 1713.

¹⁴¹⁵ Cette possibilité est déduite par les juges américains par analogie avec l'article 45 de la Convention IV qui, comme l'article 12 de la troisième Convention, prévoit la possibilité de transférer des personnes protégées d'une Puissance à une autre à certaines conditions et dont le commentaire estime que « [...] la notion de transfert [...] peut désigner [...] l'extradition », là où le commentaire de l'article 12 ne mentionne pas l'extradition. Voir en ce sens United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la requête du défendeur sollicitant des ordonnances d'*habeas corpus*, d'exécution et d'interdiction, 24 août 2007, *op. cit.* note 1417, p. 1711.

¹⁴¹⁶ Cet argument était d'ailleurs avancé en filigrane par les conseils du Général Noriega qui affirmaient que l'article 12 « est censé s'appliquer aux transferts entre Puissances alliées en temps de guerre », et que ce type de transfert constitue son objet unique. C'est un argument auquel la Cour ne se montrait pas sensible en septembre 2007, rappelant son raisonnement du mois précédant selon lequel « [l]a référence au début du commentaire de l'article 12, à « la question spéciale du transfert de prisonniers entre Puissances belligérantes » ne suggère pas que l'article 12 lui-même ne s'appliquerait pas à de tels transferts ; elle ne suggère pas davantage que l'article 12 interdirait des extraditions par ailleurs légitimes. », United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la « Requête sollicitant une ordonnance d'*habeas corpus* en vertu de la section 2241 du titre 28 du Code des États-Unis », déposée par le défendeur et décision levant le sursis à l'extradition, 7 décembre 2007, *op. cit.* note 65, p. 1718.

¹⁴¹⁷ Il semblerait que la France après avoir donné des assurances au gouvernement américain selon lesquelles elle respecterait la Convention (dont les extraits reproduits dans la décision présentent toutefois certaines ambiguïtés) a finalement déclaré, par la voix de son Ministre de la justice, deux jours après que le Général Noriega soit arrivé en France, que « Manuel Noriega n'était pas considéré comme un prisonnier de guerre en France, mais qu'il bénéficierait des conditions de détention accordées aux prisonniers de guerre, conformément aux Conventions de Genève. », United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la requête du défendeur sollicitant des ordonnances d'*habeas corpus*, d'exécution et d'interdiction, 24 août 2007, *op. cit.* note 1417, pp. 1716-1717 et N.B. p. 1718. Le raisonnement juridique derrière cette affirmation est difficile à comprendre ; soit le Général Noriega est un prisonnier de guerre et la troisième Convention de Genève lui est applicable, soit il ne l'est pas et il doit être traité comme un prisonnier de droit commun. Il est en effet exclu que le

envisagée en 1949 au moment de l'élaboration de la troisième Convention de Genève et il est difficile de dégager une opérativité aux articles 5 et 12 combinés dans ces circonstances¹⁴¹⁸. Toutefois, l'attachement des négociateurs de ce texte à garantir la protection du prisonnier de guerre aussi longtemps qu'il ne retrouve pas la situation qui était la sienne avant sa capture invite à conclure que le Général Noriega ne perdait pas son statut du fait de son extradition, quand bien même la situation qui l'a vu naître est éteinte depuis deux décennies, mais étant donné que ce statut comporte des spécificités que l'on ne retrouve dans aucune autre branche du droit international qui pourrait être appliquée à l'égard du Général Noriega.

Ce parti étant pris, reste à examiner, troisièmement, l'effet de l'extradition subséquente du Général Noriega vers le Panama, son pays d'origine. La réponse coule de source. S'il s'agit d'une extradition aux fins de poursuites par les autorités panaméennes, et, bien que d'un type particulier, il s'agit bien d'un rapatriement qui met définitivement fin au statut de prisonnier de guerre à son égard. « *Aucun État du monde ne considère ses propres soldats comme étant des prisonniers de guerre* »¹⁴¹⁹, aussi, même si le Général Noriega fait l'objet d'une détention depuis son retour sur le territoire dont il est ressortissant, et quelle qu'en soit la raison, l'applicabilité du statut de prisonnier de guerre est définitivement terminée depuis le 11 décembre 2011¹⁴²⁰, date depuis laquelle il se trouve sous juridiction panaméenne. Le statut de prisonnier de guerre aura donc trouvé à s'appliquer en l'occurrence pendant vingt-deux ans. Il aurait même pu, et de façon encore moins controversée, s'appliquer *ad vitam æternam* si le Général Noriega n'avait pas été extradé par les autorités américaines, mais avait continué de purger sa peine de quarante ans d'emprisonnement prononcée en 1992, pour autant qu'il ait vécu jusqu'à son terme.

gouvernement français applique en l'occurrence l'article 44 paragraphe 4 du premier Protocole additionnel qui seul permet l'application du traitement de prisonnier de guerre sans en reconnaître le statut à la personne en cause, dans des conditions tout à fait particulières qui ne sont assurément pas celles du cas d'espèce.

¹⁴¹⁸ Cette question n'est pas abordée par le juge américain qui constate simplement que la « [...] *décision est aussi conforme [à] l'article 5 [...] de la Convention, puisque les États-Unis ont indiqué que le défendeur conservera ses droits de prisonnier de guerre durant sa détention en France, c'est-à-dire probablement jusqu'à son rapatriement final.* », United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la requête du défendeur sollicitant des ordonnances d'*habeas corpus*, d'exécution et d'interdiction, 24 août 2007, *op. cit.* note 1417, p. 1713.

¹⁴¹⁹ Marco SASSOLI et Marie-Louise TOUGAS, « International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan », *op. cit.* note 1413, p. 979.

¹⁴²⁰ Sur son retour au Panama, voir par exemple : « L'ex-dictateur panaméen Manuel Noriega incarcéré à son arrivée à Panama », *Le Monde*, 12 décembre 2011.

Conclusion

Il n'est pratiquement jamais possible de déterminer le moment très précis auquel le droit international humanitaire commence de s'appliquer dans une situation donnée, ni quand il cesse de produire ses effets, sauf éventuellement *ex post*. Il est néanmoins possible de dégager certaines conclusions contribuant à cerner les contours de l'applicabilité du droit international humanitaire dans le temps.

De façon générale les conclusions de ce travail peuvent être que le début de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux n'est pas matérialisé par les mêmes éléments que pour les conflits armés non internationaux ; que les notions de « *fin générale des opérations militaires* » et de « *fin des hostilités (actives)* » doivent être conceptuellement comme pratiquement distinguées ; qu'il n'y a pour le début, comme pour la fin, qu'une conjonction d'indicateurs qui permettent de déterminer le cadre de l'applicabilité générale du droit international humanitaire et non pas des critères objectifs fixes ; et qu'hormis pour ce qui concerne le début de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux la progressivité domine l'ensemble de l'applicabilité du droit international humanitaire.

Plus largement, le caractère inédit de cette thèse de doctorat et sa contribution scientifique résident dans le fait qu'elle rassemble pour la première fois en un tout un certain nombre d'éléments qui n'avaient fait l'objet que de traitements sporadiques jusqu'à présent. Dans le même ordre d'idée, cette mise en commun sous le prisme unique de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire permet de replacer certaines notions dans un contexte plus large, leur permettant de se nourrir les unes les autres.

L'applicabilité temporelle générale du droit international humanitaire

Dès lors qu'il s'applique, le droit international humanitaire a vocation à produire des effets généraux jusqu'à la fin du conflit armé, matérialisé par la

« *fin générale des opérations militaires* », constat factuel que les armes se sont tuées et de la pacification des relations entre les anciennes parties au conflit.

Le début de l'applicabilité dans les situations de conflit armé international, lu au travers un certain nombre d'indicateurs

S'il est impossible de donner une liste d'éléments objectifs intangibles permettant de constater l'existence d'un conflit armé international, il est toutefois possible de se référer à quelques indicateurs importants dont le rôle est de confirmer ou d'infirmer l'applicabilité du droit international humanitaire. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'une déclaration de guerre ait été faite dans les formes, le seul constat factuel de l'existence d'un conflit armé international suffit à déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire. Ce constat peut s'opérer dès lors qu'un État utilise la force contre un autre État qui n'y a pas consenti. Il n'est pas nécessaire que les Puissances en cause aient été reconnues internationalement comme des États, il suffit que ce soit des entités constituées comme telles. Par ailleurs, la violence exercée peut se matérialiser par le recours à la force armée d'un État contre les forces armées d'un autre, naturellement, mais elle est également caractérisée par le recours à la force contre des éléments non militaires de l'État ennemi et, dans tous les cas, que l'État adverse réponde ou non par la force aux attaques qu'il subi. Enfin, l'exercice de la violence peut se lire au travers d'autres éléments que les seules attaques armées ; en ce sens la capture de ressortissants ennemis suffit à déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire. Ceux-ci sont protégés par les dispositions pertinentes de cette branche du droit même en l'absence d'hostilités préalables. En outre, dans le cadre de l'exercice de qualification permettant de conclure à l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux, il n'est pas nécessaire de rechercher le franchissement d'un quelconque seuil d'intensité de la violence. La théorie dite « du premier coup de feu » est donc confirmée. Et subsidiairement, malgré les difficultés qui peuvent se présenter au moment de décider de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux, le concept d'*animus belligerendi* n'est pas d'un recours utile, en particulier du fait de son anachronisme.

Au nombre des conflits armés internationaux, le conflit armé interne internationalisé, la guerre de libération nationale et l'occupation font appel à des séries d'indicateurs qui leurs sont propres aux fins de fixer le point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire. Pour ce qui concerne le premier, une incertitude subsiste selon qu'on se rallie à la théorie de l'internationalisation globale de la situation ou au contraire qu'on adopte la théorie dite des « faisceaux bilatéraux », une fois que la question de la nature du contrôle que doit exercer l'État, conduisant à ce que le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux cède la place au droit

international humanitaire applicable dans les conflits armés internationaux, a été tranchée. Quant à la guerre de libération nationale, ses critères de qualification sont si stricts qu'elle demeure une hypothèse d'école. La troisième enfin a fait l'objet d'un tel regain d'intérêt qu'elle est sans doute celle pour laquelle il est le plus facile de conclure à sa caractérisation. Ainsi une situation d'occupation est matérialisée dès lors que peut être constatée la présence d'une armée ennemie sur un territoire, c'est-à-dire lorsque le souverain territorial n'a pas donné son consentement à cette présence, et que cette armée est en mesure d'y exercer son autorité, qu'elle l'exerce effectivement ou non. Ces éléments, issus de l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907, ne font pas obstacle à la théorie dite « fonctionnelle » de l'occupation qui permet de mettre en œuvre les dispositions les plus protectrices de la quatrième Convention de Genève se trouvant à sa section III relatives aux territoires occupés, sans nécessairement attendre de pouvoir constater l'effectivité de l'autorité exercée. Il s'agit alors simplement de distinguer entre les dispositions immédiatement applicables et celles pour lesquelles un certain laps de temps devra s'être écoulé pour pouvoir exiger leur mise en œuvre.

La fin de l'applicabilité dans les situations de conflit armé international : une notion cardinale, la « fin générale des opérations militaires »

Alors que le début de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux exigeait de rassembler des éléments disparates relatifs au point de départ de ces situations pour en dégager des indicateurs contribuant à la détermination du moment à partir duquel le droit international humanitaire s'applique, s'interroger sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans ces situations requerrait de s'interroger en particulier sur une notion, la « fin générale des opérations militaires ». L'un des accomplissements de ce travail a été d'en proposer une définition, laquelle est indispensable pour pouvoir conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, de façon générale, à une situation donnée. En effet, non seulement cette expression est celle qui est retenue par les dispositions pertinentes du droit international humanitaire, mais, plus encore, l'étude exhaustive de tous les actes ayant pour finalité la fin du conflit armé – tels que le traité de paix, le cessez-le-feu ou encore l'armistice par exemple – a démontré que ceux-ci ne peuvent pas être ceux qui doivent être retenus au moment de fixer le moment à partir duquel le droit international humanitaire cesse de s'appliquer, en raison, en particulier, de l'aléas qu'ils portent. De surcroît, de l'examen non seulement de toutes les dispositions du droit international humanitaire employant la notion de « fin générale des opérations militaires », mais aussi de sa compréhension par les forces armées, il a pu être

dégagé que c'est celle qui renvoie à la fin du conflit armé international et donc à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans ces situations. Il n'y a alors pas un moment précisément identifiable qui constitue la fin brutale de l'applicabilité du droit international humanitaire. Tout d'abord cette expression a pour vocation à faire s'étirer considérablement dans le temps l'applicabilité du droit international humanitaire ; elle a été conçue comme tel. Attachée à un conflit armé international en particulier, la fin générale des opérations militaires se produit lorsque toutes les manœuvres liées à ce conflit cessent. À cet égard, le terme « général » est un terme pivot et emporte pour conséquence que si un conflit armé international oppose plus que deux parties, le constat de la fin générale des opérations militaires ne pourra intervenir que lorsque toutes les parties au conflit auront cessé leurs manœuvres. Par le fait même, ce constat est nécessairement un constat *a posteriori*. Il ne sera possible de dire que le droit international humanitaire a cessé de s'appliquer qu'après sa fin effective d'applicabilité, c'est-à-dire après qu'un certain laps de temps se soit écoulé après les dernières manœuvres, afin de pouvoir considérer, précisément, que celles-ci étaient bien les dernières.

Les indicateurs caractéristiques de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux et leurs conséquences

Le conflit armé non international est réputé caractérisé dès qu'un certain nombre de critères peuvent être constatés. Il en résulte que le droit international humanitaire commencera à s'appliquer aussitôt que pourront être constatés l'organisation des parties non gouvernementales au conflit et le franchissement d'un certain seuil d'intensité de la violence. À ces deux éléments, qui permettent de faire la distinction avec les situations de troubles et tensions internes auxquelles le droit international humanitaire ne s'applique pas, s'ajoute le contrôle d'une partie du territoire par la partie non gouvernementale pour que le Protocole II soit également applicable et à condition que l'État sur le territoire duquel se déroule le conflit y soit partie. La jurisprudence internationale, abondante et détaillée en la matière, permet de considérer que six indicateurs non cumulatifs sont utiles pour conclure au franchissement du seuil d'intensité de la violence, à savoir la nature des armes employées, les techniques militaires utilisées, l'ampleur des destructions, l'accroissement des affrontements, la réaction des États (tiers ou parties prenantes) et les règles d'engagement utilisées par les forces armées gouvernementales. De la même manière cinq éléments contribuent à considérer que les groupes armés sont effectivement organisés, soit l'existence d'un commandement responsable, le constat d'actions organisées, la logistique mise en place, la discipline, et la capacité à parler d'une seule voix.

Au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire une notion introduite par la jurisprudence et reprise par le Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale joue un rôle singulier. Il s'agit de la notion de violence ou conflit armé(e) prolongé(e). Bien qu'une clarification ait été apportée à l'effet que cet élément devrait figurer au titre de ceux contribuant à la conclusion du franchissement du seuil d'intensité de la violence, il n'en demeure pas moins qu'il est en tant que tel mentionné dans le Statut de Rome et pourrait à l'avenir des conséquences sensibles. De même, l'uniformisation qui peut se déduire de la définition du conflit armé non international en droit international pénal, et qui est semble-t-il reprise par l'étude du Comité international de la Croix-Rouge, produit des effets déterminants au regard de l'applicabilité du droit international coutumier dans cette situation. Considérant le rôle primordial que joue le droit international humanitaire coutumier au regard des conflits armés non internationaux cette uniformisation est doublement importante. Au-delà des effets à surveiller dans la jurisprudence en gestation de la Cour pénale internationale, elle conduit à ce que des normes, conçues pour les conflits armés internationaux, soient applicables non seulement dans les situations couvertes par le Protocole II mais aussi par celles de l'article 3 commun seulement. Il en résulte un extraordinaire bon en avant pour le droit international humanitaire applicable dans les situations de conflits armés non international.

Finalement, la jurisprudence est également venue préciser que non seulement le droit international humanitaire continue de s'appliquer à une situation dont les critères d'organisation et d'intensité auraient, temporairement ou durablement, disparu mais encore que c'est la pacification de la situation qui constitue le moment déterminant à partir duquel le droit international humanitaire cesse de s'appliquer dans ces situations. Aussi, contrairement à ce qu'il aurait pu se déduire au regard de la caractérisation des conflits armés non internationaux, il n'y a pas une fin fonctionnelle de l'applicabilité du droit international humanitaire parce que l'organisation des parties ne peut plus être constatée ou parce que l'intensité de la violence décroît. Il faut attendre un retour global à la paix pour que le droit international humanitaire cesse de s'appliquer.

À ces considérations d'ordre général à propos de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire s'ajoutent au moins trois cas d'applicabilité dérogatoire.

L'applicabilité temporelle dérogatoire du droit international humanitaire

Un régime dérogatoire introduit par la notion de « fin des hostilités (actives) »

À titre dérogatoire un certain nombre de dispositions du droit international humanitaire ne va pas commencer à s'appliquer en même temps que va débiter le conflit armé, mais seulement, pour certaines d'entre elles, après un certain temps, et, en tout cas, dès la constatation de la « *fin des hostilités (actives)* ». Bien que l'expression traduise une ambiguïté assumée, il peut se déduire de l'étude de toutes les dispositions qui y font référence que ce moment se produit lorsque les activités militaires cessent sur un front par exemple, alors que d'autres se poursuivent sur un autre. La « *fin des hostilités (actives)* » se produit de façon anticipée par rapport à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire pour un conflit donné. Il s'agit en quelque sorte d'une période transitoire qui généralement doit conduire à la fin générale des opérations militaires. Cette expression a résolument été choisie afin qu'elle se voit concrétisée au plus vite. Elle a pour finalité que certaines dispositions du droit international humanitaire voient leur déclenchement « posticipé » par rapport à l'applicabilité générale du droit international humanitaire. Ceci révèle d'ailleurs un paradoxe : la notion de « *fin des hostilités (actives)* » n'est en réalité pas liée à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire mais au début de l'applicabilité de certaines de ses dispositions. En effet, lorsque la « *fin des hostilités (actives)* » est constatée certaines dispositions, relatives à la fin des mesures privatives de liberté, aux morts ou encore à l'effet de certaines armes notamment, vont pouvoir commencer à s'appliquer. Finalement, la « *fin des hostilités (actives)* » renvoie à l'usage de la force et la « *fin générale des opérations militaires* » à tout ce qui concourt à l'usage de la force. Ainsi la « *fin générale des opérations militaires* » déterminera la fin du conflit armé mais « *fin des hostilités (actives)* » ne fera que marquer un moment particulier, qui peut se produire pendant le conflit armé, à partir duquel un certain nombre d'obligations spécifiques commenceront à être à la charge des parties au conflit. De surcroît toutes les obligations qui prennent naissance à la « *fin des hostilités (actives)* » sont entachées d'un particularisme ; elles sont toutes sans limite de temps.

La prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques

Les dispositions du droit international humanitaire relatives à la libération, au rapatriement et à l'établissement des personnes ayant fait l'objet de mesures privatives de liberté pendant le conflit armé continuent à s'appliquer indifféremment du moment auquel se produit la fin générale des opérations militaires. Tant que la matière ou les personnes qui en sont l'objet continuent de se trouver dans la situation qui est la leur du fait du conflit armé, elles continuent de bénéficier des protections offertes par ces dispositions. Il existe même quelques articles qui prévoient la protection de personnes dont la situation, bien que connexe au conflit armé, naît après sa fin constatée. Il s'agit pour l'ensemble de ces dispositions de garde-fous afin que les Puissances qui ne se conformeraient pas à leurs obligations de libération et de rapatriement, alors que les raisons des mesures privatives de liberté auraient pris fin, prennent prétexte de la fin du conflit armé pour cesser d'offrir aux personnes concernées les protections auxquelles elles ont droit en raison de leur position de vulnérabilité. Cette prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire dans un temps qui peut être extrêmement long après que les opérations militaires aient pu être constatées peut faire naître quelques difficultés opérationnelles qui semblent résolues en pratique. Si des personnes refusent d'être rapatriées par exemple, alors que telle est la volonté de l'ancienne Puissance détentrice, elles ne pourront l'être de force. De même, si la situation d'une personne change dans les années qui suivent sa détention qui se prolonge, une application successive des statuts prévus par le droit international humanitaire permet de continuer de lui offrir une protection adéquate.

Le régime dérogatoire posé par l'article 6 paragraphe 3 de la quatrième Convention de Genève

Si le constat de la fin de l'occupation occupe une place prépondérante dans la réflexion actuelle relative à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, parmi les cas d'applicabilité temporelle dérogatoire du droit international humanitaire, l'article 6 paragraphe 3 de la quatrième Convention de Genève selon lequel, en territoire occupé l'application de la Convention cessera un an après la fin générale des opérations militaires, fait véritablement figure d'étendard. En effet, bien que le premier Protocole additionnel ait uniformisé la fin d'applicabilité du droit international humanitaire aux situations d'occupation, cette disposition a suscité un certain débat lorsqu'un cas d'application a été particulièrement mis en évidence par l'Avis qu'a rendu la Cour internationale de justice dans l'Affaire du mur en territoire palestinien

occupé. L'article 6 paragraphe 3 est représentatif de la complexité des cas particuliers de fin d'applicabilité du droit international humanitaire.

Générale ou dérogatoire, l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire impose donc de se pencher sur un très grand nombre d'aspects pour être en mesure d'apporter, sinon des moments précis de début et fin d'application, des éléments pertinents concourant à fixer ces moments. La présente étude démontre que pour ce faire il faut nécessairement, dans une certaine mesure, entrer en matière, c'est-à-dire précisément aborder l'applicabilité matérielle du droit international humanitaire. Ce faisant il faut continuellement prendre la précaution d'en rester aux limites fixées par le sujet. Ce souci en tête, replacer l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire dans la perspective plus large de l'applicabilité du droit international humanitaire dans toutes ses composantes permet de tirer quelques conclusions générales additionnelles.

De façon transversale, qu'il s'agisse de l'applicabilité temporelle générale ou dérogatoire du droit international humanitaire, une série de considérations communes peut être dégagée

Premièrement, toutes les dispositions relatives à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire retranscrivent une obsession, à savoir de ne pas faire dépendre l'applicabilité de cette branche du droit international de quelque acte formel que ce soit, qu'il s'agisse de constater le début ou la fin de son applicabilité. Si l'existence ou l'absence d'un tel acte peut constituer un indicateur, il ne saurait jamais à lui seul être un facteur déterminant.

Deuxièmement, tant pour ce qui concerne l'examen du début de l'applicabilité que la fin, la plupart des situations prennent un certain temps avant de pouvoir être caractérisées, à l'exception de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux qui peut être déclenchée par un acte unique et de la notion de « *fin des hostilités (actives)* » qui recherche l'immédiateté, mais qui bute nécessairement une certaine progressivité, même brève.

Il en résulte, troisièmement, un non parallélisme des formes entre le début et la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire. En ce sens, il n'est pas nécessaire de constater la disparition des éléments qui ont conduit à son applicabilité pour pouvoir conclure à la fin de son application. Son applicabilité peut naître du fait de la caractérisation de certains éléments mais s'éteindre avec d'autres. À cela s'ajoute le fait que le droit international humanitaire est un droit conçu pour des situations qui évoluent rapidement. Il se peut par conséquent qu'il commence à s'appliquer, puis cesse, puis

recommence à s'appliquer. Il se peut encore que la situation à l'origine du déclenchement de son applicabilité provoque par exemple la mise en œuvre du droit des conflits armés non internationaux mais qu'au moment de constater la fin de son applicabilité ce soit le droit des conflits armés internationaux qui s'appliquait.

Quatrièmement, les dispositions propres à encadrer l'applicabilité du droit international humanitaire dans le temps sont volontairement vagues. En l'absence de définition, il en résulte une incapacité à dire de façon absolue comment le droit international humanitaire commence à s'appliquer et comment il cesse de produire des effets. Au mieux, il n'est que possible de dégager un certain nombre d'indicateurs qui, mis ensemble, peuvent parfois constituer des critères permettant d'affirmer si une situation donnée est couverte ou non par le droit international humanitaire. La casuistique est donc au cœur de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire.

De ces éléments attachés à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire découlent deux séries de remarques, plus larges, qui touchent à son applicabilité dans toutes ses composantes

D'abord, hormis la Déclaration universelle des droits de l'Homme, mais qui n'avait pas vocation à créer en elle-même des obligations à la charge des États, aucun traité accordant une place si centrale à l'individu n'a été négocié et conclu dans un climat tel que celui qui a entouré la rédaction des Conventions de Genève, qui constituent le socle du droit international humanitaire contemporain. Il en résulte au moins une spécificité. La façon dont elles sont exprimées cherche tout à la fois à couvrir toutes les situations et à ne laisser aucune possibilité à des échappatoires futures par des États peu scrupuleux, tout en s'efforçant de ne pas fixer de cadre trop contraignant, afin de laisser la marge de manœuvre la plus souple possible lorsqu'il s'agira par la suite de leur donner une interprétation avant, pendant et après les conflits armés. Toutes les dispositions faisant appel à des limites temporelles emploient dès lors des expressions qui décrivent des situations concrètes plutôt que des concepts abstraits, telles que « *conflit armé* », « *entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées* », « *fin des hostilités (actives)* », « *fin générale des opérations militaires* », « *libération, rapatriement, établissement* », etc.

Cette appréhension des notions liées à la temporalité peut sans doute être généralisée à l'ensemble des normes du droit international humanitaire. Cette

branche du droit, au point de fuite d'un droit international¹⁴²¹, dont l'interprétation nécessite parfois à elle seule de longs détours pour parvenir à des conclusions sinon conjecturales à tout le moins évolutives, nécessite souplesse et flexibilité dans sa mise en œuvre.¹⁴²² Ceci ne doit toutefois pas occulter la circonstance que le droit international humanitaire constitue la balance entre les nécessités militaires, il ne faut donc pas prôner la protection des personnes envers et contre tout, et les considérations d'humanité, il faut donc, dans la mesure du possible, toujours chercher l'interprétation qui est la plus favorable aux personnes affectées par les conflits armés. Au total, il est donc indispensable de toujours garder à l'esprit que le droit international humanitaire entend réguler une situation extrême de crise au cours de laquelle on tente de concilier l'inconciliable. Des aménagements propres à chaque situation particulière peuvent donc être nécessaires. Ce faisant, on opère dans la droite ligne de ce que souhaitaient en premier lieu le Comité international de la Croix-Rouge, instigateur des Conventions, tout en respectant en deuxième lieu la volonté des gouvernements telles qu'elle s'est exprimée au moment de l'élaboration des Conventions de Genève, puis telle qu'elle s'est à maintes reprises réitérée, et du reste continue constamment de se réitérer, par l'adhésion absolument universelle des États à ces instruments – les seuls de tout le droit international à avoir été approuvés par tous les États membres des Nations unies.

Ensuite, que les termes utilisés soient volontairement vagues, comme la notion de « conflit armé » à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, ou précis et objectifs, comme les notions de « contrôle du territoire » et d'« organisation du groupe » au premier article du deuxième Protocole additionnel, ils posent des difficultés lorsqu'il s'agit de discuter de l'applicabilité *ratione temporis* des instruments qui y ont recours. La seule façon de fixer avec certitude le moment à partir duquel le droit international humanitaire commence à s'appliquer et celui qui sonne le glas de son application serait d'inclure dans les instruments pertinents la liste de toutes les situations envisageables, ce qui est en pratique impossible à réaliser. S'il est tout au plus possible de dresser un inventaire de tous les événements qui ont été propres à déclencher l'applicabilité du droit international humanitaire et de ceux qui ont été efficaces à constater la cessation de son application, il est impossible de prévoir pour l'avenir tous ceux qui s'y ajouteront. L'évolution des technologies comme de l'imagination humaine a toujours pris de court les

¹⁴²¹ Selon l'expression originale de Hersch Lauterpacht, Hersch LAUTERPACHT « The Problem of the Revision of Law of War », *British Yearbook of International Law*, 1952, vol. 39, pp. 360-382, p. 382, reprise en français par Marco SASSÖLI, Antoine BOUVIER et Anne QUINTIN, *Un droit dans la guerre ?*, *op. cit.* note 3, p. 115.

¹⁴²² Le droit international humanitaire est probablement l'un des domaines où par excellence « le besoin d'adaptation et d'évolution l'emporte sur le besoin de sécurité juridique entendue au sens du droit positif. », Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », *op. cit.* note 57, p. 375.

rédacteurs des instruments de droit international humanitaire, les obligeant à réagir *a posteriori* pour adopter des textes qui couvrent des hypothèses qu'ils n'avaient pu envisager avant qu'elles ne se produisent. Il n'y a aucune raison pour que cet état de chose soit différent à propos de l'applicabilité, générale ou fonctionnelle, du droit international humanitaire dans le temps. Ainsi, plutôt que de rechercher des précisions là où en fait elles n'existent pas, peut-être la meilleure solution est-elle de se ranger aux côtés de ceux qui ont toujours prôné la conservation d'un certain flou autour de ces notions, y voyant le gage d'une applicabilité la plus favorable possible du droit international humanitaire.

Bibliographie

I. Documents officiels.....	423
A. Traités	423
1. Généralités	423
2. Conventions spéciales ayant traits à la fin des hostilités ou à la fin du conflit armé	426
B. Travaux préparatoires	428
1907 - Conférence de La Haye.....	428
1946 - Conférence préliminaire	428
1947 - Conférence d'experts gouvernementaux	428
1948 - Conférence de Stockholm.....	429
1949 - Conférence diplomatique	429
1971 et 1972 - Conférences d'experts.....	430
1974 - 1977 - Conférence diplomatique.....	430
C. Documents des Nations unies.....	430
1. Documents du Conseil de sécurité des Nations unies	430
a. Résolutions.....	430
b. Autres documents.....	431
2. Documents de l'Assemblée générale des Nations unies.....	431
a. Résolutions.....	431
b. Autres documents.....	432
3. Documents d'autres organes des Nations unies	432
D. Déclarations.....	433
E. Manuels militaires	434
Canada.....	434
États-Unis	434
France	434
Nouvelle-Zélande	435
République Tchèque.....	435
Royaume-Uni	435
Suède.....	435
Autre	435
F. Autres documents.....	436

II. Doctrine	437
A. Monographies	437
1. Généralités	437
2. Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels.....	441
B. Cours.....	441
C. Dictionnaires	442
D. Articles de revues spécialisées.....	442
E. Contributions dans des ouvrages collectifs	451
F. Actes de Colloque.....	458
G. Contributions accessibles uniquement en ligne	458
 III. Rapports	 459
A. Organisation des Nations unies	459
B. Conseil de l'Europe.....	461
C. Comité internationale de la Croix-Rouge	461
D. Human Rights Watch.....	462
E. International Law Association.....	463
F. Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia.....	463
 IV. Articles et communiqués de presse	 464
 V. Jurisprudence	 465
A. Jurisprudence nationale	465
1. États-Unis	465
2. France	466
3. Israël.....	467
B. Jurisprudence internationale	467
1. Tribunal militaire international de Nuremberg	467
2. Cour permanente de justice internationale.....	467
3. Cour internationale de justice	468
a. Procédures contentieuses.....	468
b. Avis consultatifs.....	468
4. Cour pénale internationale.....	468
5. Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie.....	469
6. Tribunal pénal international pour le Rwanda	470
7. Tribunal spécial pour la Sierra Leone	471
8. Cour européenne des droits de l'Homme.....	471
9. Commission inter-américaine des droits de l'Homme	471
10. Sentences arbitrales, Érythrée - Éthiopie	472
 VI. Sites Internet	 472

I. Documents officiels

A. Traités

1. Généralités¹

- 1906 - *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, adoptée à Genève, 6 juillet 1906.
- 1907 - *Convention III relative à l'ouverture des hostilités*, adoptée à La Haye, 18 octobre 1907.
- Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, Annexe de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, adoptée à La Haye, 18 octobre 1907.
- 1929 - *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, adoptée à Genève, 27 juillet 1929.
- Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, adoptée à Genève, 27 juillet 1929.
- 1945 - *Charte des Nations Unies*, adoptée à San Francisco, 26 juin 1945.
- 1949 - *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-970, pp. 32-81.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-971, pp. 86-133.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-972, pp. 136-285.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, adoptée à Genève, 12 août 1949, Recueil des Traités, vol. 75, 1950, RTNU n° I-973, pp. 288-417.
- 1950 - *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, adoptée à Rome, 4 novembre 1950, Recueil des Traités, vol. 213, 1955, RTNU n° I-2889, pp. 223-269.

¹ Classés par ordre chronologique de la date de conclusion, puis par ordre alphabétique.

- 1951 - *Convention relative au statut de réfugié*, adoptée à Genève, 28 juillet 1951, Recueil des Traités, vol. 189, 1954, RTNU n° I-2545, pp. 138-221.
- 1954 - *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adoptée à La Haye, 14 mai 1954, Recueil des Traités, vol. 249, 1956, RTNU n° I-3511, pp. 216-357.
- Protocole pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adopté à La Haye, 14 mai 1954, Recueil des Traités, vol. 249, 1956, RTNU n° A-3511, pp. 359-365.
- 1966 - *Pacte international sur les droits civils et politiques*, adopté à New York, 16 décembre 1966, Recueil des Traités, vol. 999, 1976, RTNU n° I-14668, pp. 186-346.
- 1969 - *Convention de Vienne sur le droit des traités*, adoptée à Vienne, 23 mai 1969, Recueil des Traités, vol. 1155, 1980, RTNU n° 18232, pp. 353-512.
- 1976 - *Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles*, adoptée à New York, 10 décembre 1976, Recueil des Traités, vol. 1108, 1978, RTNU n° 17119, pp. 156-210.
- 1977 - *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, adopté à Genève, 8 juin 1977, Recueil des Traités, vol. 1125, 1979, RTNU n° I-17512, pp. 271-596.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, adopté à Genève, 8 juin 1977, Recueil des Traités, vol. 1125, 1979, RTNU n° I-17513, pp. 649-699.
- 1980 - *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, adoptée à Genève, 10 octobre 1980, Recueil des Traités, vol. 1342, 1983, RTNU n° I-22495, pp. 173-178.
- Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II)*, adopté à Genève, 10 octobre 1980, Recueil des Traités, vol. 1342, 1983, RTNU n° I-22495, pp. 178-182.
- 1984 - *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains, ou dégradant*, adoptée à New York, 10 décembre 1984, Recueil des Traités, vol. 1465, 1987, RTNU n° I-24841, pp. 10 décembre 1984, pp. 123-209.

- 1989 - *Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires*, adoptée à New York, 4 décembre 1989, Recueil des Traités, vol. 2163, 2003, RTNU n° I-37789, pp. 103-109.
- 1996 - *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996, adopté à Genève, 3 mai 1996, Recueil des Traités, vol. 2048, 2001, RTNU n° A-22495, pp. 149-165.
- 1997 - *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, adoptée à Oslo, 18 septembre 1997, Recueil des Traités, vol. 2056, 2002, RTNU n° I-35597, pp. 251-265.
- 1998 - *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, adopté à Rome, 17 juillet 1998, Recueil des Traités, vol. 2187, 2004, RTNU n° I-38544, pp. 159-229.
- 1999 - *Deuxième Protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, adopté à La Haye, 26 mars 1999, Recueil des Traités, vol. 2253, 2005, RTNU n° A-3511, pp. 229-245.
- 2000 - *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, adopté à New York, 25 mai 2000, Recueil des Traités, vol. 2173, 2004, RTNU n° I-27531, pp. 242-247.
- 2001 - *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, amendement à l'article 1, adoptée à Genève, 21 décembre 2001 Recueil des Traités, vol. 2260, 2005, RTNU n° A-22495, pp. 90-91.
- 2003 - *Protocole relatif aux restes explosifs de guerre à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Protocole V)*, adopté à Genève, 28 novembre 2003, Recueil des Traités, vol. 2399, 2006, RTNU n° A-22495, pp. 136-146.
- 2005 - *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III)*, adopté à Genève, 8 décembre 2005, Recueil des Traités, vol. 2404, 2007, RTNU n° I-43425, pp. 284-291.
- 2008 - *Convention sur les armes à sous-munitions*, adoptée le 30 mai 2008, (référence RTNU non disponible).

2. Conventions spéciales ayant traits à la fin des hostilités ou à la fin du conflit armé²

1944 - *Convention d'armistice entre les Etats-Unis d'Amérique, l'Union des Républiques socialistes soviétiques et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'une part, et la Bulgarie, d'autre part*, signée à Moscou, 28 octobre 1944, Recueil des Traités, vol. 123, 1952, RTNU n° II-414, pp. 239-244.

1945 - *Act of Military Surrender Signed at Berlin on the 8th day of May, 1945*, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://avalon.law.yale.edu/wwii/g511.asp>, dernier accès le 28 janvier 2012.

Act of Military Surrender Signed at Rheims at 0241 on the 7th day of May, 1945, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://avalon.law.yale.edu/wwii/g53.asp>, dernier accès le 28 janvier 2012.

Acte de capitulation du Japon, signé dans la baie de Tokyo, 2 septembre 1945, Recueil des Traités, vol. 139, 1952, RTNU n° II-465, pp. 389-393.

Convention d'Armistice entre l'Union des Républiques socialistes soviétiques, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les Etats-Unis d'Amérique, d'une part, et la Hongrie, d'autre part, signée à Moscou, 20 janvier 1945, Recueil des Traités, vol. 140, 1952, RTNU n° II-471, pp. 407-419.

1949 - *Convention d'armistice général entre l'Égypte et Israël*, signée à Rhodes, le 24 février 1949, Recueil des Traités, vol. 42, 1949, RTNU n° I-654, pp. 253-285.

Convention d'armistice général libano-israélienne, signée à Ras en Nakoura, 23 mars 1949, Recueil des Traités, vol. 42, 1949, RTNU n° I-655, pp. 289-301.

Convention générale d'armistice entre le Royaume hachémite de Jordanie et Israël, signée à Rhodes, 3 avril 1949, Recueil des Traités, vol. 42, 1949, RTNU n° I-656, pp. 305-325.

Convention d'armistice générale syro-israélienne, signée près de Mahanayim (Cote 232), 20 juillet 1949, Recueil des Traités, vol. 42, 1949, RTNU n° I-657, pp. 329-351.

1952 - *Traité de paix entre la République de Chine et le Japon*, signé à Taipei, 28 avril 1952, Recueil des Traités, vol. 138, 1952, RTNU n° I-1858, pp. 39-55.

² Classées par ordre chronologique, puis par ordre alphabétique.

- 1965 - *Accord relatif à un cessez-le-feu et au rétablissement du statu quo du 1er janvier 1965 dans la zone Gujarat/frontière du Pakistan occidental et concernant les arrangements à prendre pour la délimitation de la frontière dans cette région*, signé à New Delhi, 30 juin 1965, Recueil des Traités, vol. 548, 1965, RTNU n° I-7983, pp. 279-284.
- 1973 - *Accord sur la cessation de la guerre et le rétablissement de la paix au Viêt-Nam*, signé à Paris, 27 janvier 1973, Recueil des Traités, vol. 935, 1974, RTNU n° I-13295, pp. 36-200.
- 1979 - *Traité de paix entre l'État d'Israël et la République Arabe d'Égypte*, signé à Washington, 26 mars 1979, Recueil des Traités, vol. 1138, 1979, RTNU n° I-17855, pp. 143-160.
- 1994 - *Traité de paix entre l'Etat d'Israël et le Royaume hachémite de Jordanie*, signé au point de passage Arava, 26 octobre 1994, Recueil des Traités, vol. 2042, 2002, RTNU n° I-35325, pp. 511-574.
- 1996 - *Accord de paix*, signé à Manille, 2 septembre 1996, entre le gouvernement des Philippines et le Front de Libération Nationale Moro, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://fr.hdcentre.org/files/The%20Final%20Peace%20Agreement.pdf>, dernier accès le 26 février 2012, nous traduisons.
- 1999 - *Accord de paix*, signé à Lomé, 7 juillet 1999, entre le gouvernement de Sierra Leone et Front Révolutionnaire Uni de Sierra Leone, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://www.sierra-leone.org/lomeaccord.html>, dernier accès le 26 février 2012.
- Accord pour un cessez-le-feu en République démocratique du Congo*, signé à Lusaka, 10 juillet 1999, Recueil des Traités, vol. 2312, 2005, RTNU n° I-41258, pp. 255-303.
- 2000 - *Accord relatif à la cessation des hostilités entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le Gouvernement de l'État d'Érythrée*, signé à Alger, 18 juin 2000, Recueil des Traités, RTNU vol. 2138, 2003, n° I-37273, pp. 89-92.
- Joint understanding on humanitarian Pause for Aceh*, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://www.hdcentre.org/files/JoU%20FINAL.pdf>, dernier accès le 19 février 2012.
- 2003 - *Accord de paix global* signé, à Accra, 18 août 2003, entre le gouvernement du Libéria, les Libériens unis pour la réconciliation et la démocratie et le Mouvement pour la démocratie au Libéria, et des partis politiques, dont une reproduction est disponible en ligne sur : http://www.usip.org/files/file/resources/collections/peace_agreeme

nts/liberia_08182003.pdf, dernier accès le 26 février 2012, nous traduisons.

2004 - *Accord de cessez-le-feu humanitaire sur le conflit au Darfour*, signé à N'Djamena, 8 avril 2004, entre le gouvernement du Soudan, le Mouvement/ Armée de libération du Soudan, et le Mouvement pour la justice et l'égalité, dont une reproduction est disponible en ligne sur : <http://fr.hdcentre.org/files/Darfur%20Humanitarian%20Ceasefire%20agreement%208%20April%202005.pdf>, dernier accès le 28 février 2012.

B. Travaux préparatoires³

1907 - Conférence de La Haye

Actes et documents : deuxième Conférence internationale de la paix, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, volume III, Deuxième, troisième et quatrième commissions – XCVI.

1946 - Conférence préliminaire

Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, Genève, 26 juillet – 3 août 1946 : procès verbaux, vol. II.

Conférence préliminaire des Sociétés Nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, Genève, 26 juillet – 3 août 1946 : procès verbaux, vol. V.

1947 - Conférence d'experts gouvernementaux

Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport sur les travaux de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge*, Genève, 26 juillet – 3 août 1946, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, janvier 1947, 154 p.

Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 – 26 avril 1947, procès verbaux, Assemblées plénières, vol. I, 125 p.

³ Classés par ordre chronologique.

Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 - 26 avril 1947, procès verbaux de la Commission II, Révision de la Convention de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, vol. III, tome I, 224 p.

Conférence d'experts gouvernementaux, pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 - 26 avril 1947, procès verbaux de la Commission III, Condition et protection des civils en temps de guerre, vol. IV, 223 p.

Conférence des Experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre, Genève, 14 - 16 avril 1947, Rapports des Commissions, Programme, etc., vol II., [non numéroté].

Comité international de la Croix-Rouge, Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre (Genève, 14-26 avril 1947), Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Décembre 1947, 355 p.

1948 - Conférence de Stockholm

Comité international de la Croix-Rouge, Projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre, XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Stockholm, août 1948), Comité international de la Croix-Rouge, Genève, mai 1948, 245 p.

XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge, Stockholm, août 1948, Résumé des débats des sous-commissions de la Commission juridique, décembre 1948, 91 p.

1949 - Conférence diplomatique

Document de travail établi en vue de la Conférence diplomatique pour l'élaboration de conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, convoquée le 21 avril 1949, à Genève par le Conseil fédéral suisse, Projet de convention relative au traitement des prisonniers de guerre, document n° 3, 64 p.

Sténogrammes de la Commission II, Tome I.

Sténogrammes de la Commission III.

Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome I, 381 p.

Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome II, Section A, 864 p.

Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome II, Section B, 542 p.

Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, Tome III, 297 p.

1971 et 1972 - Conférences d'experts

Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève, 24 mai – 12 juin 1971), Rapport sur les travaux de la Conférence, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Août 1971.

Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, 3 mai – 3 juin 1972 (seconde session), II, Commentaires, seconde partie, Documentation présentée par le Comité international de la Croix-Rouge, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Janvier 1972, 91 p.

1974 - 1977 - Conférence diplomatique

Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaires, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, octobre 1973, 182 p.

Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), Volumes I à XVII.

C. Documents des Nations unies

1. Documents du Conseil de sécurité des Nations unies⁴

a. Résolutions

1948 - CSNU, *Résolution 54 (1948)*, 15 juillet 1948, S/902.

CSNU, *Résolution 62 (1948)*, 16 novembre 1948, S/1080.

1949 - CSNU, *Résolution 73 (1949)*, 11 août 1949, S/1376, II.

1950 - CSNU, *Résolution 82 (1950)*, 25 juin 1950, S/1501.

CSNU, *Résolution 83 (1950)*, 25 juin 1950, S/1511.

⁴ Classées par ordre chronologique.

CSNU, *Résolution 84 (1950)*, 7 juillet 1950, S/1588.

1951 - CSNU, *Résolution 95 (1951)*, 1^{er} septembre 1951, S/2322.

1982 - CSNU, *Résolution 502 (1982)*, 3 avril 1982, S/RES/502(1982).

1987 - CSNU, *Résolution 598 (1987)*, 20 juillet 1987, S/RES/598(1987).

1990 - CSNU, *Résolution 660 (1990)*, 2 août 1990, S/RES/660(1990).

1991 - CSNU, *Résolution 687 (1991)*, 3 avril 1991, S/RES/687(1991).

2003 - CSNU, *Résolution 1483 (2003)*, 21 mai 2003, S/RES/1483(2003).

CSNU, *Résolution 1511 (2003)*, 16 octobre 2003, S/RES/1511(2003).

2004 - CSNU, *Résolution 1546 (2004)*, 8 juin 2004, S/RES/1546(2004).

2009 - CSNU, *Résolution 1901 (2009)*, 6 décembre 2009, S/RES/1901 (2009).

2012 - CSNU, *Résolution 2042 (2012)*, 14 avril 2012, S/RES/2042 (2012).

b. Autres documents

1953 - CSNU, *Lettre du 7 août 1953 adressée au Secrétaire général par le représentant par intérim des États-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations unies pour lui transmettre, conformément à la Résolution adoptée le 7 juillet 1950 par le Conseil de sécurité (S/1588), un rapport spécial du Commandement unifié sur l'armistice en Corée, 7 août 1953, S/3079.*

2. Documents de l'Assemblée générale des Nations unies⁵

a. Résolutions

1950 - AGNU, *Mesures en vue du règlement pacifique de la question des prisonniers de guerre*, 14 décembre 1950, A/RES/427(V).

AGNU, *Statut du Haut Commissariat pour les Réfugiés*, 14 décembre 1950, A/RES/428(V).

1952 - AGNU, *Corée : rapports de la Commission des Nations unies pour l'unification et le relèvement de la Corée*, 3 décembre 1952, A/RES/610(VII).

1968 - AGNU, *Question de la Rhodésie du Sud*, 7 novembre 1968, 2383 (XXIII).

1969 - AGNU, *Question de la Rhodésie du Sud*, 21 novembre 1969, 2508 (XXIV).

⁵ Classées par ordre chronologique.

- 1973 - AGNU, *Principes de base concernant le statut juridique des combattants qui luttent contre la domination coloniale et étrangère et les régimes racistes*, 12 décembre 1973, 3103 (XXVIII).
- 1974 - AGNU, *Assistance et coopération dans la recherche de personnes disparues ou décédées lors de conflits armés*, 6 novembre 1974, 3220 (XXIX).
- AGNU, *Définition de l'agression*, 14 décembre 1974, 3314 (XXIX).
- 2003 - AGNU, *Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé*, 8 décembre 2003, A/RES/ES-10/14.
- AGNU, *Mesures d'application proposées par le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés pour renforcer la capacité du Haut Commissariat de s'acquitter de son mandat*, 22 décembre 2003, A/RES/58/153.

b. Autres documents

- 2005 - AGNU, *Procès verbal de la 5e séance plénière*, jeudi 15 septembre 2005, A/60/PV.5, (allocution d'Ariel Sharon pp. 50 et s.).

3. Documents d'autres organes des Nations unies⁶

Commission des Nations unies pour les droits de l'Homme

- 2004 - Commission des Nations unies pour les droits de l'Homme, *Personnes disparues*, Résolution 2004/50.

Commission du droit international

- 2001 - Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, disponible en ligne sur : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf, dernier accès le 24 septembre 2012.
- 2011 - Commission du droit international, *Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités et commentaires y relatifs*, 2011, disponible en ligne sur : http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/1_10_2011.pdf, dernier accès le 19 juin 2012.

⁶ Classées par ordre alphabétique du nom de l'organe puis par ordre chronologique.

Comité des droits de l'Homme

- 2001 - Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n° 29, Article 4*, 24 juillet 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.
- 2007 - Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n° 32, Article 14, Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, 23 août 2007, CCPR/C/GC/32.

Secrétariat général des Nations unies

- 1999 - Secrétariat des Nations unies, *Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies, Circulaire du Secrétaire général*, doc. ST/SGB71999/13, 6 août 1999.

D. Déclarations⁷

- 1868 - *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, adoptée à Saint Petersburg, 11 décembre 1868.
- 1970 - *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, AGNU, 24 octobre 1970, 2625 (XXV).
- 1984 - *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, Carthagène des Indes, Colombie, 22 novembre 1984, disponible en ligne sur <http://www.unhcr.fr/4b14f4a5e.html>, dernier accès le 26 mars 2012.
- 1988 - AGNU, *Compte-rendu sténographique provisoire de la 114^e séance, tenue au siège, à New York, le mardi 16 août 1988 à 10:00*, Déclaration du Secrétaire général, 18 août 1988, A/42/PV.114.
- 2001 - Conférence de Hautes Parties Contractantes à la Quatrième Convention de Genève, *Déclaration*, Genève, 5 décembre 2001, reproduite dans FUX (Pierre-Yves) et ZAMBELLI (Mirko), « Mise en œuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés: historique d'un processus multilatéral (1997-2001) », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 84, n° 847, septembre 2002, pp. 661-695, p. 681.

⁷ Classées par ordre chronologique.

2008 - Comité international de la Croix-Rouge, « *Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire ?* », prise de position, mars 2008, disponible en ligne sur : <http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/armed-conflict-article-170308>, dernier accès le 26 février 2009.

E. Manuels militaires⁸

Canada

2001 - Cabinet du Juge-avocat général, *Le droit des conflits armés au niveau opérationnel et tactique*, <http://www.forces.gc.ca/jag/publications/oplaw-loiop/loac-ddca-2004/chap01-fra.asp>, dernier accès le 12 avril 2012.

États-Unis

1863 - LIEBER (Francis), *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, originally issued as General Orders No. 100 (April 24, 1863)*, Government Printing Office, Washington, 1898, 51 p., disponible en ligne sur http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Instructions-gov-armies.pdf, dernier accès le 13 août 2012.

1956 - Department of the Army, *The Law of Land Warfare, Field Manual No 27-10*, 18 July 1956, disponible en ligne sur : <http://faculty.ed.umuc.edu/~nstanton/FM27-10.htm>, dernier accès le 9 juillet 2010.

France

2000 - Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, Impressions SMS, Château-Chinon, 2000, 140 p., disponible en ligne sur : <http://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/droit-des-conflits-armes/droit-des-conflits-armes>, dernier accès le 13 août 2012.

⁸ Classés par ordre alphabétique du nom du pays, puis par ordre chronologique.

Nouvelle-Zélande

2008 - New Zealand Defence Force, *Foundations of New Zealand Military Doctrine*, NZDDP-D, 2008, 123 p., disponible en ligne sur : <http://www.nzdf.mil.nz/public-documents/nzddp/default.htm>, dernier accès le 15 février 2012.

République Tchèque

2004 - *Doctrine of the Armed forces of the Czech Republic*, 2004, 144 p., disponible en ligne sur : http://www.army.cz/images/id_5001_6000/5766/ACR_Doctrine2004.pdf, dernier accès le 15 février 2012.

Royaume-Uni

1958 - The war Office, *The Law of war on Land, being Part III of the Manual of Military Law*, London, his Majesty's Stationery Office, 1958.

2005 - UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, 2004, 613 p., disponible en ligne sur <http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/82702E75-9A14-4EF5-B414-49B0D7A27816/0/JSP3832004Edition.pdf>, dernier accès le 13 août 2012.

Suède

2002 - Swedish Armed Forces, *Military-Strategic Doctrine*, Stockholm, 2002, 154 p., disponible en ligne sur : http://pksoi.army.mil/doctrine_concepts/documents/Sweden/militarydoctrine_2002.pdf, dernier accès le 15 février 2012.

Autre

Institut de droit international, « Manuel des lois de la guerre maritime », adopté à Oxford, 9 août 1913, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 26, 1913, pp. 610-640, disponible en ligne sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/265?OpenDocument>, dernier accès le 13 août 2012.

F. Autres documents

- 1994 - *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés sur mer*, adopté le 12 juin 1994, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1995, n° 816, vol. 77, pp. 649-694.
- 2002 - Cour pénale internationale, *Éléments des crimes*, PrintPartners Ipskamp, Enschede, 2011, 46 p.
- 2002 - *Statuts du Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, disponible en ligne sur <http://www.scs1.org/LinkClick.aspx?fileticket=uClnd1MJeEw%3d&tabid=176>, dernier accès le 12 août 2012.
- 2003 - *Statuts du Comité international de la Croix-Rouge*, reproduits dans Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, quatorzième édition, 2011, 1366 p.
- 2004 - Israel Ministry of Foreign Affairs, *The Cabinet Resolution Regarding the Disengagement Plan*, 6 June 2004, disponible en ligne sur : <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Revised+Disengagement+Plan+6-June-2004.htm>, dernier accès le 5 mai 2008.
- 2005 - PLO Negotiations Affairs Department, *The Israeli "Disengagement" Plan: Gaza Still Occupied*, 1^{er} septembre 2005, disponible en ligne sur : <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/85255db800470aa485255d8b004e349a/f7c5f26122c733598525707b006097a9!OpenDocument>, dernier accès le 5 mai 2008.
- 2006 - *Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, reproduits dans Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Comité international de la Croix-Rouge, Fédération internationale des sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, quatorzième édition, 2011, 1366 p.

II. Doctrine⁹

A. Monographies

1. Généralités

ABI-SAAB Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes, Origine et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-Dunant / Pedone, Genève / Paris, 1986, 280 p.

ALLAN Denis, *Droit international public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, 807 p.

AUST Anthony, *Handbook of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 505 p.

BELL Christine, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 383 p.

BELL Christine, *Peace Agreements and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 409 p.

BENVENISTI Eyal, *The International Law of Occupation*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2012, 383 p.

BOTHE Michael, PARTSCH Karl Josef & SOLF Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1982, 746 p.

BRETTON Philippe, « De quelques problèmes du droit de la guerre dans le conflit indo-pakistanaï », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 18, 1972, pp. 201-224.

BROWNLIE Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, septième édition, 2008, 784 p.

CASSESE Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2005, 558 p.

CHADWICK Elizabeth, *Self-Determination, Terrorism and the International Humanitarian Law of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996, 221 p.

Comité international de la Croix-Rouge, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2008, 32 p.

⁹ Classées par ordre alphabétique du nom de l'auteur.

Comité international de la Croix-Rouge, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Expert meeting, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2012, 147 p.

CULLEN Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010, 219 p.

DABONÉ Zakaria, *Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques*, Schulthess, Genève, 2012, 419 p.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et PELLET Alain, *Droit international public*, huitième édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2009, 1709 p.

DAVID Éric, *Principes de droit des conflits armés*, Université Libre de Bruxelles, Précis de la faculté de droit, Bruylant, Bruxelles, troisième édition, 2002, 994 p.

DETTET Ingrid, *The Law of War*, Cambridge University Press, Cambridge, deuxième édition, 2000, 516 p.

DEYRA Michel, *Le droit dans la guerre*, Gualino, Paris, 2009, 283 p.

DINSTEIN Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, sixième édition, 2008, 275 p.

DINSTEIN Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 303 p.

DINSTEIN Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge, cinquième édition, 2011, 375 p.

DÖRMANN Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 524 p.

DUFFY Helen, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 488 p.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Précis, Dalloz, Paris, neuvième édition, 2008, 879 p.

FORTNA Virginia Page, *Peace Time: Cease-Fire Agreements and the Durability of Peace*, Princeton University Press, Princeton, 2004, 243 p.

GARCIA Thierry, *Les observateurs auprès des organisations intergouvernementales, Contribution à l'étude du pouvoir en droit international*, Bruylant, Bruxelles, collection Mondialisation et droit international, 2012, 425 p.

GREEN Fred K., *The Cease-fire*, Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, Bruxelles, Recueils de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, Sixième Congrès International, La Haye - 22-25 mai 1973, vol. I, 1974, 475 p.

GREEN Leslie C., *The contemporary law of armed conflict*, Manchester University Press, Manchester, troisième édition, 2008, 434 p.

HENCKAERTS Jean-Marie et DOSWALD-BECK Louise, avec des contributions de ALVERMANN Carolin, DÖRMANN Knut et ROLLE Baptiste, *Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles*, CICR, Bruylant, Genève, Bruxelles, 2006, 878 p.

JESSUP John E., *An Encyclopedic Dictionary of Conflict and Conflict Resolution, 1945-1996*, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1998, 887 p.

JUDT Tony, *Postwar, A history of Europe since 1945*, Pimlico, London, 2007, 933 p.

KALSHOVEN Frits, *Reflections on the Law of War*, International Humanitarian Law Series, Collected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, 1115 p.

KOLB Robert, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing Lichtenhahn / Bruylant, Bâle / Bruxelles, Collection de droit international public, Précis, 2003, 299 p.

KOLB Robert, *Ius in bello, Le droit international des conflits armés*, Helbing Lichtenhahn / Bruylant, Bâle / Bruxelles, Collection de droit international public, Précis, deuxième édition, 2009, 551 p.

KOLB Robert et VITÉ Sylvain, *Le droit de l'occupation militaire : perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 482 p.

KOUTROULIS Vaios, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Pedone, Paris, 2010, 334 p.

KRETZMER David, *The occupation of justice : the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, State University of New York Press, Albany, 2002, 262 p.

MCNAIR Sir Arnold Duncan, *The Legal Effects of War*, Cambridge University Press, Cambridge, quatrième édition, 1966, 469 p.

MELZER Nils, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2010, 88 p.

MOIR Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2002, 306 p.

OKIMOTO Keiichiro, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Hart, Oxford and Portland, 2011, 389 p.

OPPENHEIM Lassa Francis Lawrence, *International Law, A Treatise, Volume II - Disputes, War and Neutrality*, Hersch Lauterpacht, Longman, septième édition, 1952, 941 p.

PAENSON Isaac, *Manuel anglais-français-espagnol-russe de la terminologie du droit des conflits armés et des organisations humanitaires internationales*, Bruylant / Martinus Nijhoff, Bruxelles / London / Dordrecht / Boston, 1989, 844 p.

PICTET Jean, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, 152 p.

PROVOST René, *International Human Rights and International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 418 p.

ROUSSEAU Charles, *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983, 629 p.

SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume I, Présentation du droit international humanitaire, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 610 p.

SCHABAS William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, quatrième édition, 2011, 479 p..

SCHABAS William A., *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 1259 p.

SCHWARZENBERGER Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict (Vol.II)*, Stevens, London, 1968, 881 p.

SHAW Malcom N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, sixième édition, 2008, 1542 p.

SHIELDS DELESSERT Christiane, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities, a Study of Article 118, Paragraph 1 of the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Études suisses de droit international, publiées par la Société Suisse de droit international, vol. 5, Zürich, 1977, 225 p.

STAHN Carsten & Jann K. KLEFFNER (eds.), *Jus post bellum, Towards a Law of Transition From Conflict to Peace*, T.M.C. Asser, The Hague, 2008, 241 p.

VON GLAHN Gerhard, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, 350 p.

ZAMBELLI Mirko, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité, Le Champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 517 p.

2. Commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels

DES GOUTTES Paul, *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1930, 267 p.

PICTET Jean S. (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés dans les forces armées sur mer, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1959, 333 p.

PICTET Jean S. (dir.), *La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1952, 542 p.

PICTET Jean S. (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1956, 729 p.

PICTET Jean S. (dir.), *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Commentaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1958, 834 p.

PICTET Jean S. (dir.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949, Commentary, III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1960, 764 p.

SANDOZ Yves, SWINARSKI Christophe et ZIMMERMANN Bruno (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, 1647 p.

B. Cours

ABI-SAAB Georges, « Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 165, 1979, pp. 353-445.

BAXTER Richard R., « Armistices and others forms of suspension of hostilities », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 149, 1976, pp. 355-414.

CARLIER Jean-Yves, « Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 332, 2007, pp. 9-354.

KLAFKOWSKI Alfons, « Les formes de cessation de l'état de guerre en droit international (Les formes classiques et non classiques) », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 149, 1976, pp. 217-286.

MOMTAZ Djamchid, « Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 292, 2001, pp. 9-145.

MONACO Riccardo, « Les Conventions entre belligérants », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol. 75, 1949, pp. 273-362.

SCHINDLER Dietrich, « The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 163, 1979, pp. 121-163.

C. Dictionnaires

BOUCHET-SAULNIER Françoise, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 1998, 420 p.

MASSON Philippe (dir.), *Dictionnaire de la seconde guerre mondiale*, Librairie Larousse, Canada, 1979, Tome premier, 960 p.

ROBERT Paul, *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, mise à jour de juin 2000 sous la direction de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, 2841 p.

SALMON Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2001, 1198 p.

D. Articles de revues spécialisées

ABOUALI Gamal, « Natural Resources under Occupation: The Status of Palestinian Water under International Law », *Pace International Law Review*, vol. 10/2, 1998, pp. 411-574.

ALDRICH George H., « Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, pp. 64-69.

ALDRICH George H., « The laws of war on land », *American Journal of International Law*, vol. 94, 2000, pp. 42-63.

ALLAIN Jean, « The jus cogens Nature of Non-Refoulement », *International Journal of Refugee Law*, 2001, vol. 13, n° 4, pp. 533-558.

BAILEY Sydney D., « Cease-fires, Truces, and Armistices in the Practice of the Security Council », *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, pp. 461-473.

BAXTER Richard R., « Asylum to Prisoners of War », *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953, pp. 489-498.

BELL Christine, « Peace Agreements: Their Nature and Legal Status », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 373-412.

BELLINGER III John B. & HAYNES II William J., « A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law* », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 89, n° 866, 2007, pp. 443-471, reproduit et traduit dans SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 44, CICR, Droit international humanitaire coutumier, pp. 770-814

BEN-NAFTALI Orna, « 'A La Recherche du Temps Perdu': Rethinking Article 6 of the Fourth Geneva Convention in the Light of the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion », *International Law Review*, vol. 38, n° 1-2, 2005, pp. 211-229.

BEN-NAFTALI Orna & SHANY Yuval, « Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories », *Israel Law Review*, vol. 37, n° 1, 2003, pp. 17-118.

BENVENISTI Eyal, « Responsibility for the Protection of Human Rights under the Interim Israeli Palestinians Agreements », *Israel Law Review*, 1994, vol. 28, pp. 297-317.

BERMAN Alan, « In Mitigation of Illegality: The U.S. invasion of Panama », *Kentucky Law Journal*, vol. 79, 1990-91, pp. 735-800.

BHUTA Nehal, « The Antinomies of Transformative Occupation », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 4, 2005, pp. 721-740.

BOELAERT-SUOMINEN Sonja, « Grave breaches, universal jurisdiction and internal armed conflict: Is customary law moving towards a uniform enforcement mechanism for all armed conflicts? », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, n° 63, 2000, pp. 63-103.

BOON Kristen, « Legislative Reform in Post-Conflict Zones », *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*, vol. 50, 2005, pp. 285-326.

BOTHE Michael, « Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador », *American University Law Review*, vol. 31, n° 4, 1981-1982, pp. 899-909.

BRETTON Philippe, « De quelques problèmes du droit de la guerre dans le conflit indo-pakistanaï », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 18, 1972, pp. 201-224.

BYRON Christine, « Armed Conflicts: International or Non-International? », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, n° 1, 2001, pp. 63-90.

CAFLISCH Lucius, « La pratique suisse en matière de droit international public 2006 », *Revue suisse de droit international et européen*, n° 5, 2006, pp. 743-801.

CAFLISCH Lucius, « La pratique suisse en matière de droit international public 2008 », *Revue suisse de droit international et européen*, n° 4, 2009, pp. 537-605.

CAFLISCH Lucius, « La pratique suisse en matière de droit international public », *Annuaire Suisse de Droit International*, 1987, pp. 131-187.

CAMPANELLI Danio, « The law of military occupation put to the test of human rights law », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, n° 871, 2008, pp. 653-668.

CARCANO Andrea, « End of the occupation in 2004? The status of the multinational force in Iraq after the transfer of sovereignty to the interim Iraqi Government », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, n° 1, 2006, pp. 41-66.

CASSESE Antonio, « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia », *European Journal of International Law*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 649-668.

CASSESE Antonio, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 12, n° 5, 2001, pp. 993-1001.

CHARMATZ Jan P. & WIT Harold M., « Repatriation of prisoners of war and the 1949 Geneva Convention », *The Yale Law Journal*, vol. 62, February 1953, n° 3, pp. 391-415.

CONDORELLI Luigi, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 105, n° 4, 2001, pp. 829-848.

CORN Geoffrey S. & FINEGAN Sharon G., « America's Longest Held Prisoner of War: Lessons Learned from the Capture, Prosecution, and Extradition of General Manuel Noriega », *Louisiana Law Review*, vol. 71, 2011, pp. 1111-1146.

CULLEN Anthony, « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f) », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, n° 3, 2007, pp. 419-445.

CULLEN Anthony, « Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *Military Law Review*, n° 183, Spring 2005, pp. 66-109.

CULLEN Anthony, « The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: an Analysis of the Threshold of Application Contained in Article 8(2)(f) », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 12, n° 3, 2007, pp. 419-445.

CULLEN Anthony, « The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law », *University of Miami International and Comparative Law Review*, vol. 12, 2004, pp. 189-229.

DARCY Shane & REYNOLDS John, « An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law », *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 15, n° 2, 2010, pp. 211-243.

DINSTEIN Yoram, « Comments on War », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, n° 3, 2003-2004, pp. 877-892.

DÖRMANN Knut & COLASSIS Laurent, « International Humanitarian Law in the Iraq Conflict », *German Yearbook of International Law*, vol. 47, 2004, pp. 293-342.

DOSWALD-BECK Louise, remarks in. « Neutrality, the Rights of Shipping and the Use of Force in the Persian Gulf War (II) », *Proceedings of the American Society of International Law*, n° 82, 1988, pp. 594-609.

DROEGE Cordula, « Les transferts de détenus : le cadre juridique, le non-refoulement et les enjeux actuels », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Sélection française 2008, vol. 90, pp. 269-305.

FORTNA Virginia Page, « Scraps of Paper? Agreements and the Durability of Peace », *International Organization*, vol. 57, n° 2, 2003, pp. 337-372.

FROWEIN Jochen Abr., « The Relationship Between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation », *Israel Yearbook of Human Rights*, vol. 28, 1998, pp. 1-16.

GAETA Paola, « The Dayton Agreements and International Law », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 147-163.

GASSER Hans-Peter, « Internationalized non-international armed conflicts: case studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon », *American University Law Review*, n° 33, 1983, pp. 145-160.

GASSER Hans-Peter, « Notes on the Law of Belligerent Occupation », *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, vol 1-2, n° 45, 2006, pp. 229-237.

GREENWOOD Christopher, « International Humanitarian Law and the *Tadic* Case », *European Journal of International Law*, vol. 7, n° 2, 1996, pp. 265-283.

GREENWOOD Christopher, « The Concept of War in Modern International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, pp. 283-306.

GUTTERRIDGE J.A.C., « The Repatriation of Prisoners of War », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, avril 1953, pp. 207-216.

HAGGERNMACHER Peter, « L'occupation militaire en droit international : genèse et profil d'une institution juridique », *Relations internationales*, n° 79, automne 1994, pp. 285-301.

HAUPAIS Nicolas, « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 111, n° 1, 2007, pp. 117-146.

HEINTSCHEL VON HEINEGG Wolff, « Factors in War to Peace Transitions », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 27, n° 3, 2004, pp. 843-892.

IBANGA Michael, « Concept of Armed Conflict in Public International Law: Some Reflections », *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 14, 2002, pp. 107-116.

IMSEIS Ardi, « Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, *Agora: Wall in Occupied Palestinian Territory*, pp. 102-118.

JARO Mayda, « The Korean Repatriation Problem and International Law », *The American Journal of International Law*, vol. 47, 1953, pp. 414-438.

JESSUP Philip C., « Should International Law Recognize an Intermediate Status between Peace and War? », *American Journal of International Law*, Editorial Comment, vol. 48, 1954, pp. 98-103.

JUNOD Sylvie, « Additional Protocol II: History and Scope », *American University Law Review*, vol. 33, n° 1, 1983-1984, pp. 29-40.

KOLB Robert, « Étude sur l'occupation et sur l'article 47 de la IVème Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : le degré d'intangibilité des droits en territoire occupé », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, pp. 267-321.

KOLB Robert, « L'occupation en Irak depuis 2003 et les pouvoirs du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 90, sélection française 2008, pp. 81-102.

KOUTROULIS Vaios, « Mythes et réalités de l'application du droit international humanitaire aux occupations dites "transformatives" », *Revue belge de droit international*, Vol. 40, n° 2, 2007, p. 365-400.

KRESS Claus, « War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 30, 2000, pp. 103-177.

KRITSIOTIS Dino, « The Tremors of *Tadić* », *Israel Law Review*, vol. 32, 2010, pp. 262-300.

LANCASTER Major Nicholas F., « Occupation Law, Sovereignty, and Political Transformation: Should the Hague Regulations and the Fourth Geneva Conventions Still be Considered Customary International Law? », *Military Law Review*, vol. 189, 2006, pp. 51-91.

LANG Andrej, « "Modus Operandi" and the ICJ's Appraisal of the Lusaka Ceasefire Agreement in the *Armed Activities Case*: The Role of Peace Agreements in International Conflict Resolution », *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 40, 2007-2008, pp. 107-169.

LANGENKAMP R. Dobie & ZEDALIS Rex J., « What Happens to the Iraqi Oil?: Thoughts on Some Significant, Unexamined International Legal Questions Regarding Occupation of Oil Fields », *European Journal of International Law*, vol. 14, n° 3, 2003, pp. 417-435.

LAUTERPACHT Elihu, « The legal irrelevance of the "state of war" », *Proceedings of the American Society of International Law*, n° 62, 1968, pp. 58-67.

LAUTERPACHT Hersch, « The Problem of the Revision of Law of War », *British Yearbook of International Law*, 1952, vol. 39, pp. 360-382.

LEVIE Howard, remarks in. « Neutrality, the Rights of Shipping and the Use of Force in the Persian Gulf War (II) », *Proceedings of the American Society of International Law*, n° 82, 1988, pp. 594-609.

LEVIE Howard, « The Nature and Scope of the Armistice Agreement », *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, pp. 880-906.

LEVIE Howard, « Prisoners of war in international armed conflict », *International Law studies*, vol. 59, United States: Naval War College, 1978, 529 p.

LORITE ESCORIHUELA Alejandro, « Le Comité international de la Croix Rouge comme organisation *sui generis*?: remarques sur la personnalité juridique internationale du CICR », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 105, n° 3, 2001, pp. 581-616.

LUNDIN Carl E., « Repatriation of prisoners of war: the legal and political aspects », *American Bar Association Journal*, vol. 39, July 1953, pp. 559-563.

MARESCA Louis, « A new protocol on explosive remnants of war: The history and negotiation of Protocol V to the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 856, 2004, pp. 815-835.

MARI Mustafa, « The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End of the Occupation? », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 356-368.

MASTORODIMOS Konstantinos, « The Character of the Conflict in Gaza: Another Argument towards Abolishing the Distinction between International and Non-international Armed Conflicts », *International Community Law Review*, vol. 12, n° 4, 2010, pp. 437-469.

MÉGRET Frédéric, « 'War'? Legal Semantics and the Move to Violence », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 2, 2002, pp. 361-399.

MERON Theodor, « Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout », *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 236-242.

MERON Theodor, « The Humanization of Humanitarian Law », *American Journal of International Law*, vol. 94, 2004, pp. 239-278.

MERON Theodor, « International Criminalization of Internal Atrocities », *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, pp. 554-577.

MOIR Lindsay, « The Historical Development of the Application of Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts to 1949 », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, part 2, April 1998, pp. 337-361.

MORLEY Jeremy D., « Approaches to the Law of Armed Conflict », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 9, 1971, pp. 269-275.

MORRIS David M., « From War to Peace: A Study of Cease-Fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations », *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, 1996, pp. 801-931.

MYER (Eric) & WHITE Nigel, « The Twin Towers Attack: an Unlimited Right to Self-Defence? », *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 7, n° 1, 2002, pp. 5-18.

OPPENHEIM Lassa, « The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants », *Law Quarterly Review*, vol. 33, 1917, pp. 363-370.

OTTOLENGHI Michael, « Stars and Stripes In Al-Fardos Square: The Implications for the International Law of Belligerent Occupation », *Fordham Law Review*, vol. 72, 2003-2004, pp. 2177- 2218.

PARSONS Major Breven C., « Moving the Law of Occupation into the Twenty-First Century », *Naval Law Review*, vol LVII, 2009, pp. 1-48.

PETRIG Anna, « The war dead and their gravesites », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 91, n° 874, 2009, pp. 341-369.

QUÉGUINER Jean-François, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 850, 2003, pp. 271-311.

QUÉGUINER Jean-François, « Commentaire du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (Protocole III) », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, 2006, pp. 313-348

QUIGLEY John, « Iran and Iraq and the obligation to release and repatriate prisoners of war after the close of hostilities », *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 5, n°1, 1989, pp. 73-86.

- REICHSTEIN Matthew, « The Extradition of General Manuel Noriega: An Application of International Criminal and Humanitarian Law to Answer the Question, "If So, Where Should he Go?" », *Emory International Law Review*, vol. 22, 2008, pp. 857-889.
- REISMAN W. Michael & SILK James, « Which law applies to the Afghan conflict? », *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p. 459-486.
- RICHARDSON Walton K., « Prisoners of war as instruments of foreign policy », *Naval War College Review*, September 1970, n° 47, vol. 62, pp. 235-342.
- ROBERTS Adam, « The End of Occupation: Iraq 2004 », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 27-48.
- ROBERTS Adam, « Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 100, n° 3, 2006, pp. 580-622.
- ROBERTS Adam, « What is a military occupation? », *British Yearbook of International Law*, 1984, pp. 249-305.
- ROCKWELL Jeffrey E., « The Right of Nonrepatriation of Prisoners of War Captured by the United States », *Yale Law Journal*, vol. 83, 1973, pp. 358-384.
- SANDOZ Yves, « Réflexions sur la mise en œuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en Ex-Yougoslavie », *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, n° 4, 1993, pp. 461-490.
- SASSÒLI Marco, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *European Journal of International Law*, vol. 16, n° 4, septembre 2005, pp. 661-694.
- SASSÒLI Marco, « Guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 39, 2001, pp. 211-251.
- SASSÒLI Marco, « The status of persons held in Guantanamo under international humanitarian law », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, n° 4, pp. 96-106.
- SASSÒLI Marco, « The Status, Treatment and Repatriation of Deserters under International Humanitarian Law », *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, vol. 9, 1985, pp. 9-36.
- SASSÒLI Marco et TOUGAS Marie-Louise, « International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan », *Revue de droit de McGill*, vol. 56, n° 4, 2011, pp. 959-1010.
- SCELLE Georges, « Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de guerre », *Revue Générale de Droit International Public*, 1954.

SCHAPIRO (L. B.), « Repatriation of Deserters », *British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952, pp. 310-324.

SCHINDLER Dietrich, « Le droit international humanitaire et les conflits armés internes internationalisés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 737, 1982, pp. 263-272.

SCHWARZENBERGER Georg, « The Law of Belligerent Occupation: Basic Issues », *Nordic Journal of International Law*, vol. 30, 1960, pp. 10-24.

SCOBIE Iain, « An intimate disengagement: Israel's withdrawal from Gaza, the law of occupation and of self-determination », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, vol. 11, 2004-2005, pp. 3-31.

SHANY Yuval, « Faraway so Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 8, 2005, pp. 369-383.

STEPHANOPOULOS Nicholas, « Israel's Legal Obligations to Gaza After the Pullout », *The Yale Journal of International Law*, vol. 31, 2006, pp. 524-528.

STEWART James G., « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 850, 2003, pp. 313-350.

VAUGHN Ary A., « Concluding hostilities: humanitarian provisions in cease-fire agreements », *Military law Review*, vol. 148, 1995, pp. 186-273.

VITÉ Sylvain, « L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 853, 2004, pp. 9-35.

VITÉ Sylvain, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 91, n° 873, 2009, pp. 69-94.

VOELCKEL Michel, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », *Annuaire français de droit international*, XXXVII, 1991, pp. 7-24.

WARBRICK Colin & ROWE Peter, « The international Criminal Tribunal for Yugoslavia: The decision of the Appeals Chamber on the interlocutory appeal on jurisdiction in the Tadic case », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 691-701.

ZWANENBURG Marten, « Existentialism in Iraq: Security Council resolution 1483 and the law of occupation », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 856, 2004, pp. 745-768.

ZWANENBURG Marten, « Pieces of the Puzzle: Peace Operations, Occupation and the Use of Force », *The Military Law and the Law of War Review*, vol. 1-2, n° 45, 2006, pp. 239-248.

ZWANENBURG Marten, « The Law of Occupation Revisited: the Beginning of an Occupation », *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 10, 2007, pp. 99-130.

E. Contributions dans des ouvrages collectifs

ALFREDSSON Gudmundur, « Peoples », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 17 mai 2010.

ALONZO-Maizlish David, « When Does It End? Problems in the Law of Occupation », in. ARNOLD Roberta & HILDBRAND Pierre-Antoine (eds), *International humanitarian law and the 21st century's conflicts: changes and challenges*, Editions interuniversitaires suisses, Lausanne, 2005, 253 p., pp. 97-116.

ANAND Ram P., « New States and International Law », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010.

AUST Anthony, « Treaties, Termination », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 10 août 2012.

BENVENISTI Eyal, « Occupation, Belligerent », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 23 avril 2012.

BELL Christine, « Ceasefire », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire », in. CONDORELLI Luigi, LA ROSA Anne-Marie et SCHERRER Sylvie (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*,

Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève - 19, 20 et 21 octobre 1995), Pedone, Paris, 1996, 506 p., pp. 149-173.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in. BOISSON DE CHAZOURNES Laurence & KOHEN Marcelo (eds.), *Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre : Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Brill, Leiden, 2010, 513 p., pp. 351-376.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Vers une meilleure application du droit international humanitaire : leçons tirées d'autres domaines du droit international », *Actes du Colloque de Bruges, Améliorer le respect du droit international humanitaire*, Collège d'Europe, Bruges, 2003, 179 p., pp. 57-66.

BOTHE Michael, « Beginning and End of Occupation », *Actes du Colloque de Bruges, Les défis contemporains au droit de l'occupation*, Collège d'Europe, Bruges, 2006, pp. 26-33.

BOTHE Michael, « Occupation after Armistice », in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, Elsevier, 1993, pp. 761-763.

BOTHE Michael, « Occupation, Belligerent », in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, Elsevier, 1993, pp. 763-766.

BOTHE Michael, « Occupation, Pacific », in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, Elsevier, 1993, pp. 766-768.

BOTHE Michael, « War Crimes », in. CASSESE Antonio, GAETA Paola & JONES John R. W. D., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2002, 1048 p., p. 388.

CASSESE Antonio, « Wars of national liberation and humanitarian law », in. SWINARSKI Christophe (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité international de la Croix-Rouge / Martinus Nijhoff Publishers, Genève / La Haye, 1984, 1143 p. pp. 313-324.

CONDORELLI Luigi, « War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court », in. POLITI Mauro and NESI Giuseppe (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Aldershot, Ashgate, 2001, 319 p., pp. 107-133.

D'ARGENT Pierre, D'ASPREMONT LYNDEN Jean, DOPAGNE Frédéric et VAN STEENBERGHE Raphaël, « Article 39 », in. COT Jean-Pierre, PELLET Alain, (dir.) et FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, troisième édition, Tome I, Economica, Paris, 2005, 1366 p., pp. 1131-1170

DE ZAYAS Alfred, « Repatriation », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 11 août 2012.

DINSTEIN Yoram, « Armistice », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010.

DÖRR Olivier, « Declaration », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010.

DOUCET Ghislaine, « Droit international: terrorisme et humanitaire », in. de MONTBRIAL Thierry et MOREAU DEFARGES Philippe, *RAMSES 2003 - Les grandes tendances du monde*, Dunod, Paris, 2002, 375 p., p. 243.

DUPUY René-Jean et LEONETTI Antoine, « La notion de conflit armé à caractère non international », in. CASSESE Antonio (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Naples, 1971, 501 p., pp. 258-276.

FENRICK William J., *Article 8, War Crimes*, in. TRIFFTERER Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, 1295 p., pp. 180-288.

FERRARO Tristan, « L'applicabilité du droit de l'occupation aux forces de maintien de la paix des Nations Unies », in. ARCARI Maurizio & BALMOND Louis (dir), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milano, Giuffrè, 2008, 272 p., pp. 179-205.

FLAUSS Jean-François, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in. Société française pour le droit international, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg 29-31 mai 1997, Pedone, Paris, 1998, 344 p., pp. 11-79.

FLECK Dieter, « The Law of Non-International Armed Conflicts », in. FLECK Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2008, 770 p., pp. 605-633.

GARRAWAY Charles H. B., « The Duties of the Occupying Power: an Overview of the Recent Developments in the Law of Occupation », in. RAUE Julia &

SUTTER Patrick (ed.), *Facets and Practices of State-Building*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 179-192.

GASSER Hans-Peter, « International Humanitarian Law: An Introduction », in. HAUG Hans (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Paul Haupt Publishers, Berne, 1993, 682 p., pp. 491-580.

GASSER (Hans-Peter), « Protection of the civilian population », in. FLECK Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, deuxième édition, Oxford University Press, 2008, 770 p.

GILL Terry D. & FLECK Dieter, « Concept and Sources of the International Law of Military Operations », in. GILL Terry D. & FLECK Dieter (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 657 p.

GLAZIER David W., « Wars of National Liberation », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 15 mai 2010.

GREENWOOD Christopher, « A Critique of the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949 », in. DURHAM Helen & MCCORMACK Timothy L. H. (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian law*, International humanitarian law Series, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 225 p., pp. 3-20.

GREENWOOD Christopher, « Scope of Application of Humanitarian Law », in. FLECK Dieter, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, deuxième édition, 2008, 770 p., pp. 45-78.

GREWE Wilhelm G., « Peace Treaties » vol. III, in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Elsevier, Amsterdam, 1997, 1165 p, pp. 938-946.

GRIGNON Julia et SASSÒLI Marco, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en œuvre du droit international humanitaire », in. BIAD Abdelwahab et TAVERNIER Paul (dir.) *Le droit international humanitaire face aux défis du XXI^e siècle*, Bruylant, Bruxelles, Collection du CREDHO, 2012, 325 p., pp. 133-154.

HOFFMANN Tamás, « Is the Gaza Strip still an occupied territory?: divergent approaches in international humanitarian law », in. KAJTÁR Gábor & KARDOS Gábor (eds), *Nemzetközi Jog és Európai Jog: Új Metszéspontok (László Valki Festschrift)*, Saxum, 2011, pp. 28-44.

HOSS Christina & MORGAN-FOSTER Jason, « Rainbow Warrior, The », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*,

Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 9 février 2011.

KLEFFNER Jann K., « Peace Treaties », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 30 janvier 2012.

LAUTERPACHT Sir Elihu et BETHLEHEM Daniel, « Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement », in. FELLER Erika, TÜRK Volker et NICHOLSON Frances (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bruxelles, 2008, 835 p., pp. 119-216.

MAROUDA Maria-Daniella, « Application of International Humanitarian Law in contemporary armed conflicts: is it 'simply' a question of facts? », in. PERRAKIS Stelios et MAROUDA Maria-Daniella (eds.), *Armed Conflicts & international Humanitarian Law, 150 years after Solferino. Acquis and prospects*, Athènes / Bruxelles, Sakkoulas / Bruylant, 2009, 653 p., pp. 201-244.

MENG Werner, « War », in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. IV, 2000, pp. 1334-1342.

MICHEL Nicolas, « Les disparus : Action pour résoudre le problème des personnes portées disparues dans le cadre d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne et pour venir en aide à leurs familles », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 849, 2003, pp.194-203.

NYSTUEN Gro & CASEY-MASLEN Stuart, « Article 20. Duration and Withdrawal », in. NYSTUEN Gro & CASEY-MASLEN Stuart (éds.), *The Convention on Cluster Munitions, A Commentary*, Oxford university Press, New York, Oxford Commentaries on International Law, 2010, 820 p., pp. 536-540.

PARTINGTON Earle A., « Manuals on the Law of Armed Conflict », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 30 septembre 2012

PARTSCH Karl Joseph, « Armed Conflict », in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. I, 1992, 1117 p., pp. 249-252.

PETERSON Niels, « Armed Conflict, Effect on Contracts », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 29 novembre 2010.

QUIGLEY John, « The P.L.O. - Israeli Interim Arrangements and the Geneva Civilians Convention », in. BOWEN Stephen (ed.), *Human rights, self-determination and political change in the occupied Palestinian territories*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997, 321 p., pp. 25-46.

ROBERTS Adam, « Occupation, Military, termination of », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 23 avril 2012.

ROBERTS Adam, « Prolonged Military Occupation », in. PLAYFAIR Emma, *International Law and the Administration of Territories, Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*, Clarendon Press, Oxford, 1992, 534 p., pp. 25-85.

SALMON Jean J.A., « Les guerres de libération nationale », in. CASSESE Antonio (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Naples, 1971, 501 p., pp. 55-112.

SASSÒLI Marco, « Internment », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 23 avril 2012.

SASSÒLI Marco, « Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ? », in. AUER Andres, FLÜCKIGER Alexandre et HOTTELIER Michel (éds.), *Les droits de l'homme et la constitution*, Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni, Schulthess, Genève, 2007, pp. 375-395.

SASSÒLI Marco, « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », in. TIEYA Wang & YEE Sienho (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, pp. 307-333.

SASSÒLI Marco, « Release, Accommodation in Neutral Countries and Repatriation of Prisoners of War », in. CLAPHAM Andrew, GAETA Paola & SASSÒLI Marco (eds.), *Commentary of the Geneva Conventions*, Chapter 51, à paraître.

SCHINDLER Dietrich, « State of war, belligerency, armed conflict », in. CASSESE Antonio (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale scientifica, Naples, 1971, 501 p., pp. 4-20.

SCHRIJVER Nico, « Article 2 paragraphe 4 », in. COT Jean-Pierre, PELLET Alain (dir.) et FORTEAU Mathias, *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, troisième édition, Tome I, Economica, Paris, 2005, 1366 p., pp. 437-464.

TANCREDI Antonello, « Dismemberment of States », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 20 mai 2010.

THÜRER Daniel & BURRI Thomas, « Secession », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010.

THÜRER Daniel & BURRI Thomas, « Self-determination », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 17 mai 2010.

THÜRER Daniel & MCLAREN Malcom, « "Ius post bellum" in Iraq: a challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law ? », in. DICKE Klaus, HOBE Stephan, MEYN Karl U., PETERS Anne, RIEDEL Eibe, SCHÜTZ Hans J. & TIETJE Christian (eds), *Weltinnenrecht : liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, 945 p., pp. 753-782.

TURNES David, « Act of War », in. DWORKIN Anthony, GUTMAN Roy W. & RIEFF David (eds.), *Crimes of War 2.0: What the Public Should Know*, Norton, Londres, 2007, 447 p., disponible en ligne : <http://www.crimesofwar.org/thebook/act-of-war.html>, dernier accès le 23 mai 2010.

UIBOPUU Henn-Jüri, « Wars of national liberation », in. BERNHARDT Rudolf (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo, North-Holland / Elsevier, vol. IV, 2000, pp. 1405-1409.

VENTURINI Gabriella, « War Crimes », in. LATTANZI Flavia & SCHABAS William A., *Essays on the Rome statute of the international criminal court*, Sirente, Ripa Fagnano Alto, 1999, 516 p., 171-181.

VIERUCCI Luisa, « Armed Conflict », in. CASSESE Antonio (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 1008 p., pp. 247-248.

VIERUCCI Luisa, « International Armed Conflict », in. CASSESE Antonio (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 1008 p., pp. 382-383.

ZIMMERMANN Andreas, « State Succession in Treaty », in. WOLFRUM Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, édition électronique, <http://www.mpepil.com> (soumis à mot de passe), dernier accès le 2 mai 2010.

F. Actes de Colloque

Société française pour le droit international, *Le droit international et le temps, Colloque de Paris*, Pedone, Paris, 2001, 282 p.

G. Contributions accessibles uniquement en ligne

Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Review of the Applicability of International Humanitarian Law to the Occupied Palestinian Territory*, Policy Brief, June 2004, 15 p., disponible en ligne sur : <http://www.stanford.edu/group/sper/images/harvardreview.pdf>, dernier accès le 11 août 2012.

Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, International Humanitarian Law Research Initiative, *Legal Aspects of Israel's Disengagement Plan under International Humanitarian Law*, Legal and Policy Brief prepared by Claude Bruderlein, Novembre 2004, 23 p., disponible en ligne sur : <http://www.dci-pal.org/english/Doc/GUA/DisEng/LegalDiseng.pdf>, dernier accès le 11 août 2012.

LAWAND Kathleen, « Les mines et les restes explosifs de guerre : Coûts humains et réponses humanitaires », *L'Humanitaire-Maghreb*, janvier 2005, pp.4-8, disponible en ligne sur : http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/pages_48_huma_maghreb_08.pdf, dernier accès le 3 avril 2012.

LE MON Christopher J., « Legality of a Request by the Interim Government for the Continued Presence of the United States Military Forces », (2004) ASIL Insight, <http://www.asil.org/insights/insigh135.htm>, dernier accès le 6 juin 2008.

PELLET Alain, « Droits-de-l'Homme et droit international », *Conférence commémorative Gilberto Amado*, 18 juillet 2000, disponible en ligne sur : <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/52/french/amado.pdf>, dernier accès le 12 août 2012.

ROBERTS Adam, *The End of Occupation in Iraq* (2004), Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 19 p., disponible en ligne sur : <http://www.ihlresearch.org/iraq/pdfs/briefing3461.pdf>, dernier accès le 7 juin 2007.

RONA Gabor, « *Le statut du CICR : dans une catégorie à part* », 17 février 2004, accessible en ligne : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5WWHDP>, dernier accès le 11 février 2010.

SANDOZ Yves, « *Le Comité international de la Croix-Rouge : gardien du droit international humanitaire* », accessible en ligne : <http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/about-the-icrc-311298>, 31 décembre 1998, dernier accès le 11 février 2010.

SHANY Yuval, « The legal status of Gaza after the Disengagement Plan », 4th AIDA IHL Forum on 26 October 2005, disponible en ligne sur : <http://www.diakonia.se/sa/node.asp?node=1121>, dernier accès le 6 juin 2008.

SULTANY Nimer, « The Legacy of Justice Aharon Barak: A Critical Review », *Harvard International Law Journal Online*, 2007, disponible sur : http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/05/HILJ-Online_48_Sultany.pdf, dernier accès le 12 juillet 2012.

III. Rapports¹⁰

A. Organisation des Nations unies

1952 - Assemblée générale des Nations unies, *Corée : rapports de la Commission des Nations Unies pour l'unification et le relèvement de la Corée*, 3 décembre 1952, A/RES/610(VII)

1988 - *Rapport intérimaire du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq*, S/20242, 3 novembre 1988.

1989 - Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq (pour la période allant du 9 août 1988 au 2 février 1989)*, S/20442, 2 février 1989.

Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur le groupe d'observateurs militaires des Nations unies pour l'Iran et l'Iraq (pour la période allant du 3 février au 22 septembre 1989)*, S/20862, 22 septembre 1989.

1994 - Conseil de Sécurité des Nations unies, *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité*, Doc. S/1994/674, 27 mai 1994.

¹⁰ Classés par ordre chronologique.

2000 - Commission des droits de l'homme des Nations unies, *Question de la violation des droits de l'homme dans les territoires arabes occupés, y compris la Palestine, Rapport de la commission d'enquête sur les droits de l'homme établie en application de la résolution S-5/1 de la Commission en date du 19 octobre 2000*, 16 mars 2001, E/CN.4/2001/121.

Conseil de sécurité des Nations unies, *Troisième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, 12 juin 2000, S/2000/566.

2004 - Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 1559 (2004) du Conseil de sécurité*, 1^{er} octobre 2004, S/2004/777.

2005 - Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *Gaza Disengagement Situation Report*, 12 September 2005, disponible en ligne sur:

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/13AFB427D5F396618525707B004B180D>, dernier accès le 13 août 2012.

2008 - Conseil des droits de l'homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, John Dugard*, 21 janvier 2008, A/HRC/7/17.

2009 - Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza*, 25 septembre 2009, A/HRC/12/48.

2010 - Haut Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, *République Démocratique du Congo, 1993-2003, Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo*, Août 2010, 573 p.

Conseil de sécurité des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général sur la Force des Nations Unies chargée d'observer le désengagement pour la période allant du 1er juillet au 31 décembre 2010*, S/2010/607, 1^{er} décembre 2010.

2011 - Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *Human rights situations that require the Council's attention, Preliminary report of the High Commissioner on the situation of human rights in the Syrian Arab Republic*, 14 June 2011, A/HRC/17/CRP.1.

Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 23 novembre 2011, A/HRC/S-17/2/Add.1.

2012 - Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne*, 22 février 2012, A/HRC/19/69.

Conseil des droits de l'homme, *Oral Update of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, 26 juin 2012, A/HRC/20/CRP.1

B. Conseil de l'Europe

2012 - Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La situation en Syrie*, Rapport, 24 avril 2012, Doc. 12906.

C. Comité internationale de la Croix-Rouge¹¹

1969 - Comité international de la Croix-Rouge, *Protection des victimes dans de conflits non internationaux*, Rapport présenté à la XXIème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Istanbul, septembre 1969.

1989 - Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport d'activités 1989*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1990, 166 p.

1990 - Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport Complet*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1990, 119 p.

1991 - Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport d'Activité*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1991, 168 p. [ou Comité international de la Croix-Rouge, *Rapport d'activité*, 1991, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 308 p. ??]

2001 - Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2001, 474 p.

2003 - Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé par le Comité international de la Croix-Rouge, XXVIIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6 décembre 2003, 73 p.

2005 - Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2005, 419 p.

¹¹ Classés par ordre chronologique.

- 2006 - Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2006, 439 p.
- 2007 - Comité international de la Croix-Rouge, *Dignity Denied in the Occupied Palestinian Territories*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, novembre 2007, 9 p., disponible en ligne sur : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/report/palestine-report-131207.htm>, dernier accès le 29 mai 2012
- Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport préparé pour la XXXe Conférence de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 26-30 novembre 2007, 70 p.
- Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2007, 464 p.
- 2008 - Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2008, 472 p.
- 2009 - Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2009, 492 p.
- 2010 - Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2010, 578 p.
- 2011 - Comité international de la Croix-Rouge, *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains*, Rapport présenté à la XXXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge Genève, Suisse, 28 novembre-1er décembre 2011, accessible en ligne : <http://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>, dernier accès le 19 avril 2012.
- Comité international de la Croix-Rouge, *Annual Report*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 2011, 512 p.

D. Human Rights Watch¹²

- 2009 - Human Rights Watch, *Up in Flames : Humanitarian Law Violations and Civilian Victims in the Conflict over South Ossetia*, 2009, reproduit et traduit dans SASSOLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 301,

¹² Classés par ordre chronologique.

Géorgie/Russie, *Rapport de Human Rights Watch sur le conflit en Ossétie du Sud*, pp. 2999-3029.

- 2011 - Human Rights Watch, *"We Live as in War" Crackdown on Protesters in the Governorate of Homs*, Human Rights Watch, United States of America, November 2011, 63 p.

Human Rights Watch, *"By All Means Necessary", Individual and Command Responsibility for Crimes against Humanity in Syria*, Human Rights Watch, United States of America, December 2011, 88 p.

- 2012 - Human Rights Watch, *In Cold Blood, Summary Executions by Syrian Security Forces and Pro-Government Militias*, Human Rights Watch, United States of America, April 2012, 23 p.

Human Rights Watch, *"They Burned My Heart", War Crimes in Northern Idlib during Peace Plan Negotiations*, Human Rights Watch, United States of America, May 2012, 38 p.

E. International Law Association

- 2008 - International Law Association, *Initial Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, Prepared by the International Law Association Committee on the Use of Force, Submitted at the Rio de Janeiro Conference, 2008, disponible en ligne sur : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>, dernier accès le 17 janvier 2010.

- 2010 - International Law Association, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, disponible en ligne sur : <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1022>, dernier accès le 21 juillet 2012.

F. Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia

- 2009 - Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report, Volumes I-III*, septembre 2009, disponibles en ligne sur le site de la mission d'établissement des faits : <http://www.ceiig.ch/Report.html>, dernier accès le 23 novembre 2010.

IV. Articles et communiqués de presse

BRIDEL Bernard, « Avion tueur sans pilote contre jeep d'Al-Qaida, la guerre antiterroriste a débuté au Yémen », *Le Temps*, 6 novembre 2002.

BRINKLEY Joël, « Ex-CIA Aides Say Iraq Leader Helped Agency in 90's Attacks », *New York Times*, 9 juin 2004, p. 1.

Comité international de la Croix-Rouge, *Visite du président du CICR en Érythrée et en Éthiopie : des progrès décisifs ont été réalisés en vue de la libération et du rapatriement des prisonniers de guerre*, Communiqué de presse 02/48, 23 août 2002.

Conseil des droits de l'homme des Nations unies, « Le Conseil des droits de l'homme ouvre une session extraordinaire sur la situation des droits de l'homme en Syrie et le massacre de Houla », *Communiqué de presse*, 1^{er} juin 2012, disponible en ligne sur : <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12212&LangID=F>, dernier accès le 26 juillet 2012.

HAUTIN-GUIRAUT Denis, « Après s'être rendu aux forces américaines, le général Noriega va être jugé aux États-Unis, L'ancien homme fort du Panama est l'objet de nombreuses inculpations pour trafic de drogue », *Le Monde*, 5 janvier 1990.

Human Rights Watch, *Israel Disengagement Will Not End Gaza Occupation, Israeli Government Still Holds Responsibility for Welfare of Civilians*, Communiqué de presse disponible en ligne sur : <http://hrw.org/english/docs/2004/10/29/isrlpa9577.htm>, dernier accès le 5 juin 2008.

JACOT Martine, « États-Unis : ancien dictateur du Panama, le général Noriega condamné à 40 ans de prison pour trafic de drogue », *Le Monde*, 13 juillet 1992.

LANGELLIER Jean-Pierre, « Téhéran capture quinze soldats britanniques », *Le Monde*, 25 mars 2007, p. 4.

LANGELLIER Jean-Pierre, « Les quinze marins britanniques capturés dans le Golfe sont apparus à la télévision iranienne. Londres gèle ses relations diplomatiques avec Téhéran », *Le Monde*, 30 mars 2007, p. 4.

Le Monde.fr, « La stratégie ambiguë de Pyongyang vis-à-vis de la Corée du Sud », disponible en ligne sur : <http://www.lemonde.fr/imprimer/article/2009/05/27/1198815.html>, dernier accès le 28 mai 2009.

NEBEHAY Stephanie, « Some Syria violence amounts to civil war: Red Cross », *Reuters*, 8 mai 2012, disponible en ligne sur : www.reuters.com/assets/print?aid=USBRE8470D920120508, dernier accès le 9 mai 2012.

NEBEHAY Stephanie, « The Red Cross now views fighting in Syria as an internal armed conflict - a civil war in layman's terms - crossing a threshold experts say can help lay the ground for future prosecutions for war crimes. », *Reuters*, 14 juillet 2012, disponible en ligne sur : <http://www.reuters.com/article/2012/07/14/us-syria-crisis-icrc-idUSBRE86D09H20120714>, dernier accès le 27 juillet 2012

The Integrated Regional Information Networks (IRIN), *ERITREA-ETHIOPIA: ICRC expresses concern over delay of POWs repatriation*, rapport du 9 mai 2002, disponible en ligne sur : <http://www.irinnews.org/Report/31842/ERITREA-ETHIOPIA-ICRC-expresses-concern-over-delay-of-POWs-repatriation>, dernier accès le 12 avril 2012.

« Les faits International ; Sept ans de prison pour l'ex-dictateur de Panama, Manuel Noriega », *Le Monde*, 9 juillet 2010.

« France-Panama : feu vert de la justice française à l'extradition du général Noriega », *Le Monde*, 25 novembre 2011.

« L'ex-dictateur panaméen Manuel Noriega incarcéré à son arrivée à Panama », *Le Monde*, 12 décembre 2011.

V. Jurisprudence¹³

A. Jurisprudence nationale

1. États-Unis

1948 - United States Military Tribunal, Nuremberg, *Jugement of Wilhelm List and Others (The Hostages Trial)*, 8 juillet 1947 - 19 février 1948, Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crime Commission, Vol. VIII, London, His Majesty's Stationery Office, 1949, 92 p.

1990 - United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, et autres*, Opinion : Jugement général, William M. Hoeveler, Juge au Tribunal fédéral de première instance des États-Unis (U.S. District Court), N°88-79-CR, 8 juin 1990, reproduit et traduit dans SASSOLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition,

¹³ Classée par ordre chronologique.

- 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721.
- 1992 - United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Opinion de : William M. Hoeveler, Recommandation, 8 décembre 1992, reproduit et traduit dans SASSÖLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721.
- 2006 - Cour suprême des États-Unis, *Salim Ahmed Hamdan c. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (2006), n° 05.184, 29 juin 2006, reproduit et traduit dans SASSÖLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 272, États-Unis d'Amérique, *Hamdan c. Rumsfeld*, pp. 2857-2865.
- 2007 - United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, accusé*, Décision de rejet de la requête du défendeur sollicitant des ordonnances d'*habeas corpus*, d'exécution et d'interdiction, 24 août 2007, reproduit et traduit dans SASSÖLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721.
- United States District Court for the District of Florida, *Les États-Unis d'Amérique, plaignant c. Manuel Antonio Noriega, défendeur*, Décision de rejet de la « requête sollicitant une ordonnance d'*Habeas Corpus* en vertu de la section 2241 du titre 28 du Code des Etats-Unis » déposée par le défendeur et décision levant sursis à l'extradition, 7 septembre 2007, reproduit et traduit dans SASSÖLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 1980 p., Cas n° 166, États-Unis d'Amérique, *Les États-Unis d'Amérique c. Noriega*, pp. 1685-1721.

2. France

- 1999 - Cour de cassation, Chambre civile 1, N° de pourvoi 97-10268, arrêt du 15 juillet 1999, publié au Bulletin, 1999, I, N° 242, p. 156.
- 2004 - Cour de cassation, Chambre criminelle, N° de pourvoi 03-82832, arrêt du 7 décembre 2004, publié au Bulletin criminel, 2004, N° 310, p. 1154.

3. Israël

- 1983 - *Tzemel c. Minister of Defence*, cas n° HCJ 102/82, 37(3) PD 365, 13 juillet 1983, Cour Suprême israélienne (en tant que Haute Cour de Justice).
- 2006 - *Comité public contre la torture en Israël c. le Gouvernement israélien*, cas n° HCJ 769/02, 13 décembre 2006, reproduit et traduit dans SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 143, Israël, Affaire des opérations meurtrières ciblées, pp. 1438-1462.
- 2008 - *A & B c. Israel*, Appeal Decision, CrimA 6659/06, 1757/07, 8228/07, 3261/08; ILDC 1069 (IL 2008), date, reproduit et traduit dans SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 145, Israël, Détention de combattants illégaux, pp. 1493-1499.
- Jaber Al-Bassiouni Ahmed et autres c. le premier ministre et le ministre de la Défense*, cas n° HCJ 9132/07, 30 janvier 2008, reproduit et traduit dans SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 144, Israël, Coupures de courant à Gaza, pp. 1462-1473.

B. Jurisprudence internationale

1. Tribunal militaire international de Nuremberg

- 1946 - Tribunal militaire international de Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946 in. *Procès des grands criminels de guerre*, Tome I, Documents officiels, éditions du Tribunal, Nuremberg, 1947, 397 p.

2. Cour permanente de justice internationale

- 1927 - CPJI, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, mémoire français, 4 avril 1927, série C, n° 13-IV, vol. 4, p. 1684.

3. Cour internationale de justice

a. Procédures contentieuses

- 1986 - CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 1986, Recueil 1986, p. 14.
- 2003 - CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 6 novembre 2003, Recueil 2003, p. 161.
- 2005 - CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, Recueil 2005, p. 168.
- 2007 - CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro)*, arrêt, 26 février 2007, Recueil 2007, p. 43.

b. Avis consultatifs

- 1971 - CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, Recueil 1971, p. 16.
- 1996 - CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Recueil 1996, p. 226.
- 2004 - CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 136.

4. Cour pénale internationale

- 2007 - CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007.
- 2008 - CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Affaire n° ICC-01/04-01/07, Chambre préliminaire I, décision sur la confirmation des charges, 30 septembre 2008.
- 2009 - CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Affaire n° ICC-01/05-01/08, Chambre préliminaire II, décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 juin 2009.

2012 - CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire n° ICC-01/04-01/06, Chambre préliminaire I, jugement conformément à l'article 74 du Statut, 14 mars 2012.

5. Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie

1995 - TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadić alias*, Affaire n° IT-94-1, Chambre d'appel, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995.

1997 - TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A, Chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997.

1998 - TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, Affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement, 16 novembre 1998.

1999 - TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14/1-T, Chambre de première instance, jugement, 25 juin 1999.

TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt, 15 juillet 1999.

2000 - TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškic*, Affaire n° IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 mars 2000.

TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, Affaire n° IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, arrêt, 24 mars 2000.

2001 - TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo "Zenga"*, Affaire n° IT-96-21-A, Chambre d'appel, arrêt, 20 février 2001.

TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, Affaire n° IT-95-14/2-T, Chambre de première instance, jugement, 26 février 2001.

2002 - TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač, Zoran Vuković*, Affaires n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Chambre d'appels, arrêt, 12 juin 2002.

2003 - TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić alias "Tuta" et Vinko Martinović alias "Stela"*, Affaire n° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003.

2004 - TPIY, *Le Procureur c. Slobodan Milošević*, Affaire n° IT-02-54-T, Chambre de première instance, décision relative à la demande d'acquiescement, 16 juin 2004.

- TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, Affaire n° IT-95-14/2-T, Chambre d'appel, arrêt, 17 décembre 2004.
- TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski* Affaire n° IT-04-82-T, Acte d'accusation initial, 22 décembre 2004.
- 2005 - TPIY, *Le Procureur c. Sefer Halilović*, Affaire n° IT-01-48-T, Chambre de première instance I, Section A, jugement, 16 novembre 2005.
- TPIY, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, Affaire n° IT-03-66-T, Chambre de première instance II, jugement, 30 novembre 2005.
- 2008 - TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, Affaire n° IT-04-82-T, Chambre de première instance II, decision on *Boškoski defence motion for admission of exhibits from the bar table - "armed conflict" and related requirements under Article 3 of the Statute*, 27 février 2008.
- TPIY, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, Affaire n° IT-04-84-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 avril 2008.
- TPIY, *Le Procureur c. Ljube Boškoski, Johan Tarčulovski*, Affaire n° IT-04-82-T, Chambre de première instance II, jugement, 10 juillet 2008.
- 2011 - TPIY, *Le Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, Affaire n° IT-06-90-T, Chambre de première instance I, jugement, 15 avril 2011, vol. II.

6. Tribunal pénal international pour le Rwanda

- 1998 - TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire n° ICTR-96-4-T, Chambre I, jugement, 2 septembre 1998.
- 1999 - TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Affaire n° ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, jugement, 21 mai 1999.
- TPIR, *Le Procureur c. George Rutaganda*, Affaire n° ICTR-96-3-T, Chambre inconnue, jugement, 6 décembre 1999.
- 2000 - TPIR, *Le Procureur c. Alfred Musema*, Affaire n° ICTR-96-13-T, Chambre inconnue, jugement et sentence, 27 janvier 2000.
- 2001 - TPIR, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Affaire n° ICTR-95-1A-T, Chambre de première instance I, jugement, 7 juin 2001.
- 2003 - TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, Affaire n° ICTR-97-20-T, Chambre de première instance III, jugement et sentence, 15 mai 2003.
- 2004 - TPIR, *Le Procureur c. Jean de Dieu Kamuhanda*, Affaire n° ICTR-99-54A-T, Chambre de première instance II, jugement et sentence, 22 janvier 2004.

7. Tribunal spécial pour la Sierra Leone

2012 - TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor*, Affaire n° SCSL-03-01-T, Chambre de première instance II, jugement, 18 mai 2012.

8. Cour européenne des droits de l'Homme

1996 - CEDH, *Loizidou c. Turquie*, Requête n° 15318/89, arrêt, 18 décembre 1996.

2001 - CEDH, *Chypre c. Turquie*, Requête n° 25781/94, Grande Chambre, arrêt, 10 mai 2001.

CEDH, *Vlastimir et Borka BANKOVIĆ, Živana STOJADINOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ et Dragan SUKOVIĆ c. la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni*, Requête No 52207/99, Grande Chambre, décision sur la recevabilité, 12 décembre 2001.

2004 - CEDH, *Issa et autres c. Turquie*, Requête n° 31821/96, 16 novembre 2004.

2007 - CEDH, *Jorgic c. Allemagne*, Requête n° 74613/01, jugement, 12 juillet 2007.

2010 - CEDH, *Đokić c. Bosnie Herzégovine*, Requête n° 6518/04, jugement, 27 mai 2010.

CEDH, *Frans Cornelis Adrianus Van Anraat c. Pays-Bas*, Requête n° 65389/09, décision sur la recevabilité, 6 juillet 2010.

2011 - CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, Requête n° 55721/07, Grande Chambre, arrêt, 7 juillet 2011.

9. Commission inter-américaine des droits de l'Homme

1997 - CIADH, *Juan Carlos Abella c. Argentine*, Affaire 11.137, Rapport n° 55/97 in. Rapport Annuel 1997, OEA/Ser/L/V/II.98, Doc. 6 rev, 18 novembre 1997, reproduit et traduit dans SASSÒLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume III, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 200, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Affaire de la Tablada, pp. 1995-2009

10. Sentences arbitrales, Érythrée - Éthiopie

2003 - Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17*, between the State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, July 1, 2003.

Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, between The Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea, July 1, 2003.

2004 - Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, between The State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, The Hague, April 28, 2004, § 57, reproduit et traduit dans SASSOLI Marco, BOUVIER Antoine et QUINTIN Anne, *Un droit dans la guerre ?*, Volume II, Cas et Documents, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, deuxième édition, 2012, 3030 p., Cas n° 169, Érythrée/Éthiopie, Sentences relatives à l'occupation, pp. 1774-1782.

2005 - Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Jus ad bellum, Ethiopia's Claims 1-8*, The Federal Democratic Republic of Ethiopia and the State of Eritrea, December 19, 2005.

Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, between The State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, The Hague, December 19, 2005.

VI. Sites Internet

- Central Intelligence Agency, *The World Factbook*, disponible sur : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2055.html#bp>
- Comité international de la Croix-Rouge : <http://www.icrc.org>
Tableau donnant état des ratifications :
[http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)
- Organisation des Nations unies : <http://www.un.org>
Liste des États membres :
<http://www.un.org/fr/members/index.shtml>
Recherche documentaire :
<http://www.un.org/fr/documents/>

- Oxford Reports on International Law, disponible en ligne sur :
<http://www.oxfordlawreports.com/> (soumis à mot de passe)
- Ressources documentaires en droit, histoire et diplomatie :
<http://avalon.law.yale.edu>

Table des matières

Remerciements	V
Préface	IX
Sommaire.....	XIII
Table des abréviations	XV
 Introduction	 1
Quelques éléments témoignant de la pertinence d’une recherche sur l’applicabilité temporelle du droit international humanitaire	1
Les enjeux de l’applicabilité temporelle du droit international humanitaire	4
De l’expression « droit international humanitaire » et de la notion d’« applicabilité »	5
« Droit international humanitaire »	5
« Applicabilité »	10
Quelques remarques sur l’utilisation des commentaires des Conventions de Genève et la jurisprudence des juridictions pénales internationales et des juridictions nationales au sein de cette étude ...	11
Les commentaires des Conventions de Genève et de leurs Protocoles additionnels	13
La jurisprudence des juridictions pénales internationales et des tribunaux nationaux	18
Structure de l’ouvrage	22
 Première partie : Les situations déclenchant l’applicabilité du droit international humanitaire	 25
Chapitre 1 ^{er} : Les situations déclenchant l’applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux.....	27
Section I La « guerre déclarée » ou « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes »	28

§ I. Première hypothèse de déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : la « <i>guerre déclarée</i> »	30
§ II. Deuxième hypothèse de déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes »	36
A) Genèse de l'introduction de la notion de conflit armé dans l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève, en tant que point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux	37
B) Le point de départ de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux en droit positif	44
1) Les éléments déterminants de l'applicabilité du droit international humanitaire	45
a) Le destinataire de l'usage de la force armée	46
i) L'État en tant que Haute Partie contractante aux Conventions de Genève	46
ii) L'État au travers de ses forces armées, mais pas uniquement	50
iii) La capture constitue un mode d'exercice de la violence	53
b) Une violence non consentie	57
i) Le constat d'une violence hostile	57
ii) La tentation de redonner vie à l' <i>animus belligerendi</i>	62
2) Les éléments non déterminants de l'applicabilité du droit international humanitaire	64
a) La portée des qualifications opérées par diverses autorités	64
b) L'intensité de la violence exercée	70
i) L'intensité, élément traditionnellement inopérant dans le cadre de l'exercice de qualification.	70
ii) La prise en considération de l'intensité comme facteur déterminant de l'existence d'un conflit armé international, ambiguïtés ou divergences ?	75
§ III. Une hypothèse particulière déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux : l'internationalisation d'un conflit armé non international	80
A) L'intervention directe	82
B) L'intervention indirecte	83

1) L'énoncé d'un principe...	83
2) ...remis en cause...	86
3) ...finalement réaffirmé et complété.	89
C) Les conséquences sur le droit humanitaire applicable	91
§ IV. Nouvelle hypothèse déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés internationaux :	
les guerres de libération nationale.....	93
A) L'apparition de la notion en droit international humanitaire	94
B) Les éléments de fait déclenchant l'applicabilité de l'entier droit international humanitaire.....	96
Section II L'occupation	101
§ I. Les éléments concourant à fixer le moment à partir duquel une occupation est caractérisée au sens du Règlement de La Haye	106
A) L'exercice de l'autorité.....	108
1) Le sens du terme « autorité »	108
2) Exercice potentiel ou réalisé de l'autorité ?.....	109
3) L'incapacité du souverain territorial à exercer son autorité	112
B) L'identification d'éléments additionnels caractéristiques d'une situation d'occupation au sens du Règlement de La Haye	115
1) La présence de l'armée ennemie sur le territoire	115
2) L'absence de consentement.....	119
§ II. Le moment à partir duquel le droit international humanitaire relatif aux territoires occupés est applicable	122
A) Une conception différenciée de la notion d'occupation dans la quatrième Convention de Genève, par rapport à la définition proposée par le Règlement de La Haye.....	122
1) Malgré une articulation entre les deux instruments qui semble claire au premier abord... ..	122
2) ...la quatrième Convention de Genève introduirait une notion différenciée.....	124
a) Une conception plus large de la notion d'occupation dans la quatrième Convention de Genève.....	124
b) Un champ d'application temporel distinct.....	128
i) L'approche fonctionnelle	128
ii) L'applicabilité des règles relatives aux territoires occupés dès la phase d'invasion.....	130
B) Le moment à partir duquel chacune des dispositions contenue à la section spécifiquement relative aux territoires occupés de la quatrième Convention est applicable.....	133

Chapitre 2 : Les situations déclenchant l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux.....	145
Section I Les seuils traditionnels d'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux.....	146
§ I. L'exclusion : tant que durent des troubles intérieurs ou des tensions internes, le droit international humanitaire ne s'applique pas	146
§ II. L'absence délibérée de précision : le début de l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève.....	149
§ III. La tentative d'objectivisation : l'identification de certaines conditions permettant de déclencher l'applicabilité du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève	154
A) À partir de quand un groupe armé est-il suffisamment organisé pour que le deuxième Protocole puisse commencer à s'appliquer ?	156
B) Quel doit-être le degré de contrôle du territoire atteint par le (ou les) groupe(s) armé(s) pour que le deuxième Protocole puisse commencer à s'appliquer ?	157
1) La capacité de mener des opérations militaires continues et concertées	158
2) La capacité de respecter le deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève	161
3) Une notion difficile à mesurer	162
C) L'énoncé de ces critères affecte-t-il l'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ?	164
Section II L'interprétation contemporaine du seuil d'entrée pour le conflit armé non international opérée par les juridictions pénales internationales : vers une uniformisation ?	168
§ I. L'interprétation des éléments traditionnels caractéristiques du conflit armé non international	170
A) À partir de quand un groupe armé est-il suffisamment organisé pour que ses agissements soient couverts par le droit international humanitaire ?	170
B) Quel niveau d'intensité doivent atteindre les affrontements pour que le droit international humanitaire s'applique ?	173
§ II. L'inclusion d'une spécificité temporelle : le caractère « prolongé » du conflit armé.....	176
A) Les difficultés posées par le concept de prolongation du conflit au regard de l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire	177

1) Le but recherché par l'introduction de la notion de conflit armé « prolongé »	177
2) La subjectivité intrinsèque à la notion	179
3) Un cadre temporel incertain	182
B) La conception magistralement opposée de la Commission inter-américaine des droits de l'homme dans l'affaire dite de La Tablada	187
§ III. Les conséquences de l'article 8 paragraphe 2 f) du Statut de Rome sur les seuils d'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux	189
A) L'article 8 paragraphe 2 f) : différenciation additionnelle entre les conflits armés non internationaux ou uniformisation ?	189
B) Les effets potentiels d'une uniformisation supposée sur le déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire coutumier applicable dans les conflits armés non internationaux	194
Section III Un obstacle potentiel à la mise en œuvre du droit international humanitaire même lorsque tous les critères sont réunis : les prises de position des parties à un conflit armé non international	197
Section IV Application pratique, le cas de la Syrie en 2011-2012	201
Deuxième partie : La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire	207
Chapitre 1 ^{er} : La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de la fin du conflit (lorsque les armes se taisent)...	209
Section I L'inaptitude des actes juridiques formels tendant à mettre fin à un conflit armé à produire des effets sur l'applicabilité du droit international humanitaire	211
§ I. Les actes juridiques formels mentionnés dans le Règlement de La Haye de 1907	212
A) La capitulation	212
B) L'armistice	214
§ II. Les autres actes juridiques formels tendant à mettre fin aux conflits armés	217
A) Le traité de paix	217
B) Le cessez-le-feu	223
§ III. Le formalisme supplanté par l'effectivité	231
A) Amalgame entre les notions	231
B) Contradiction entre formalisme et effectivité	235
§ IV. La « dénonciation »	239
Section II La matérialisation du principe d'effectivité : quels éléments permettent de conclure à la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire de façon générale ?	244

§ I. Les éléments de fait mettant fin à l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés internationaux, ou la « <i>fin générale des opérations militaires</i> »	245
A) L'utilisation de l'expression « opérations militaires » dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, ainsi que leur interprétation	246
1) La « fin générale des opérations militaires » selon les articles 6 de la quatrième Convention et 3 du premier Protocole	247
a) L'article 6 alinéa 2 de la quatrième Convention de Genève	247
i) La fin des « opérations militaires » plutôt que la fin des « hostilités »	247
ii) L'article 6 de la quatrième Convention, une disposition hybride	253
b) L'article 3 du premier Protocole additionnel	255
2) La notion d'« opérations militaires » selon certaines autres dispositions des Conventions de Genève et du premier Protocole additionnel	258
a) Les dispositions employant les termes « opération militaire » dans les Conventions de Genève	258
b) Les dispositions employant les termes « opération militaire » dans le premier Protocole additionnel	261
B) L'utilisation de l'expression « opérations militaires » dans certains manuels militaires	265
§ II. Les éléments de fait mettant fin à l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux	270
A) La persistance de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux malgré la disparition des critères ayant déclenché son applicabilité	271
B) La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux en raison de la pacification de la situation	273
§ III. La détermination du moment auquel se produit la « fin générale des opérations militaires »	275
A) L'emploi d'une notion propre à étirer considérablement dans le temps l'applicabilité du droit international humanitaire	276
B) Le mot « générale », pivot de l'expression	278
C) La constatation que la « fin générale des opérations militaires » est intervenue, un constat progressif et nécessairement ex post	279

D) La « fin générale des opérations militaires » par opposition à la « fin des hostilités (actives) »	281
Section III La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation.....	283
§ I. Les effets généraux que produit le concept d'occupation lui- même sur la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation	283
A) Les éléments indicateurs de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire prévu pour les situations d'occupation.....	285
B) Les éléments indicateurs de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire prévu pour les situations d'occupation à l'épreuve des controverses du début des années 2000.....	287
1) Le retrait de l'armée ennemie	288
a) Le positionnement du débat	293
b) La bande de Gaza, un territoire toujours occupé ? ...	295
2) L'apparition d'un consentement	300
a) Remarques préliminaires.....	302
b) Les effets de l'article 47 de la quatrième Convention de Genève	303
i) L'impossibilité pour la Puissance occupante de s'affranchir de ses obligations au motif qu'un accord a été conclu avec la Puissance occupée	303
ii) Le garde-fou contre la mise en place d'un « gouvernement fantoche ».....	305
§ II. Les effets spécifiques que produisent les dispositions encadrant la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les situations d'occupation	308
A) Le cas particulier des dispositions énumérées au troisième alinéa de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève, une erreur historique ?.....	309
1) La justification de l'introduction de l'alinéa 3 de l'article 6 de la quatrième Convention de Genève.....	309
2) La réactualisation de l'article 6 alinéa 3 de la quatrième Convention de Genève par la Cour internationale de justice.....	311
B) ...corrigée par le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève.....	316
C) La fin de l'applicabilité du droit international humanitaire aux territoires occupés sans résistance militaire.....	322
Chapitre 2 : Une applicabilité temporelle différée du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques	325

Section I « <i>La fin des hostilités (actives)</i> » comme point de départ à une mise en œuvre différenciée de certaines dispositions spécifiques du droit international humanitaire	326
§ I. L'économie générale de la notion de « fin des hostilités (actives) »	327
A) L'utilisation de la notion dans les Conventions de Genève ...	328
B) L'utilisation de la notion dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève	334
§ II. Les dispositions spécifiques prévoyant une applicabilité temporelle dérogatoire du droit international humanitaire, en raison de la « <i>fin des hostilités (actives)</i> »	337
A) La fin des mesures privatives de liberté	338
1) Le sens des dispositions conventionnelles prévoyant la remise en liberté des personnes qui ont fait l'objet de mesures restrictives de liberté à l'occasion d'un conflit armé	338
2) L'interprétation arbitrale proposée à l'occasion du règlement du conflit entre l'Éthiopie et l'Érythrée	344
B) Les morts, le retour des restes humains et les disparus	350
C) Les effets de certaines armes	354
1) La terminologie des textes relatifs aux mines	354
2) La terminologie du Protocole relatif aux restes explosifs de guerre	356
3) La terminologie de la Convention sur les armes à sous-munitions	358
§ III. Le sens de la notion de « <i>fin des hostilités (actives)</i> » en droit positif	361
A) Une ambiguïté volontaire	361
B) Un moment qui a vocation à se produire au plus vite	362
C) La confirmation de l'exclusion du formalisme	363
D) La probabilité que les hostilités (actives) ne vont pas reprendre	365
E) La fin des hostilités (actives) attachées à un contexte n'empêchent pas que d'autres hostilités se poursuivent dans un autre	366
F) Les dispositions prenant naissance avec la fin des hostilités (actives) sont sans limite de temps	367
Section II « <i>La libération, le rapatriement ou l'établissement définitifs</i> » ou la prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques	370
§ I. Le sens des notions « libération », « rapatriement » et « établissement »	371
A) « Libération » et « rapatriement »	371
B) « Établissement »	376

C) Le caractère rassembleur du premier Protocole additionnel	378
D) L'extension de la protection aux personnes affectées par une situation trouvant naissance après le conflit armé	382
1) La protection explicite offerte par l'article 2 paragraphe 2 du Protocole II	382
2) La protection implicite que contiendrait l'article 75 paragraphe 6 du Protocole I.....	383
3) La curiosité de la combinaison des articles 3 et 41 du Protocole I qui offrirait une protection dérogatoire additionnelle.....	385
§ II. Des incertitudes persistantes	391
A) Quelle articulation entre les statuts protecteurs lorsqu'un rapatriement ne peut pas être envisagé ?	391
1) La compréhension du phénomène au lendemain de la seconde guerre mondiale.....	392
2) Les enseignements de la guerre de Corée.....	396
3) Une prolongation qui trouve une échéance grâce aux interactions entre les statuts.....	399
B) Le cas très particulier du Général Noriega	403
Conclusion	409
L'applicabilité temporelle générale du droit international humanitaire	409
Le début de l'applicabilité dans les situations de conflit armé international, lu au travers un certain nombre d'indicateurs	410
La fin de l'applicabilité dans les situations de conflit armé international : une notion cardinale, la « fin générale des opérations militaires »	411
Les indicateurs caractéristiques de l'applicabilité du droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux et leurs conséquences	412
L'applicabilité temporelle dérogatoire du droit international humanitaire	414
Un régime dérogatoire introduit par la notion de « fin des hostilités (actives) »	414
La prolongation de l'applicabilité du droit international humanitaire en raison de dispositions spécifiques.....	415
Le régime dérogatoire posé par l'article 6 paragraphe 3 de la quatrième Convention de Genève.....	415
De façon transversale, qu'il s'agisse de l'applicabilité temporelle générale ou dérogatoire du droit international humanitaire, une série de considérations communes peut être dégagée.....	416
De ces éléments attachés à l'applicabilité temporelle du droit international humanitaire découlent deux séries de remarques,	

plus larges, qui touchent à son applicabilité dans toutes ses composantes	417
Bibliographie.....	421
Index.....	485

Index

11 septembre 2001, 68, 72, 198, 199

Afghanistan, 31, 73-76, 83-84, 94, 115, 320, 386, 426, 428

Al-Qaïda, 59, 60, 74-76, 199

Animus belligerendi, 34, **64-66**, 430

Argentine, 3, 17, 35, 70, 191, 197, 383

Armistice, **221-229**, 233, 235, 237, 245-247, 250, 262, 264, 265, 297, 347-350, 353, 361-362, 372, 382, 389, 411, 418-419, 432, 444-445, 450

Article 118 de la troisième Convention de Genève, 347, 357, 360, 365-366, 383, 399, 411-412, 417-418

Article 2 commun, 9, 27-29, 37, 43, 47, 51, 54, 66-68, 70, 82-83, 96-97, 101, 109, 259, 267-269, 340, 375, 399, 426, 438

Capitulation, **221-226**, 229, 231, 235, 245, 262, 349, 362, 389, 445

Capture, 47, 54-58, 66, 72, 76-77, 239, 273, 390, 392, 408, 430

Cessez-le-feu, 172, 182, 184, 213, 221, 223, 229, 233, **235-242**, 245-248, 250-251, 271, 318, 372, 382-383, 384, 409-410, 432, 445-446

Chili, 35

Cisjordanie, 121

Conflit armé international

début, 27

déclaration de guerre, **29-35**, 37-40, 44, 55, 65, 68, 230, 430

dissolution, 48-49, 324

droit à l'autodétermination, 100

escarmouches, 77

guerre de libération nationale, 27-29, **96-102**, 431

guerre déclarée, 28-30, 36

incident de frontière, 77, 81

intensité, **72-82**

premier coup de feu, 76

qualification, 45, 66

sécession, 48-50, 409

Conflit armé non international

article 3 commun, **157-162**, 175-176, 200, 203, 215

article 8 paragraphe 2 f), 187, **199-204**

intensité, 3, 60, 80, 101, 159, 161-163, 167-170, **177-179**, **182-187**, 190, 192, 196, 198, 207, 214-216, 235, 251, 286-289, 295-296, 302, 311, 315-317, 385, 430, 432-434

internationalisation, 30, **82-86**, 94, 431

opérations militaires continues et concertées, 157, 164, **167-172**, 438

- organisation, 3, 15, 47-48, 74, 80, 88, 101, 142, 156, 159, 161, 162, 164, 165, 170, **177-186**, 189, 212, 214, 216, 235, 286-290, 296, 335, 365, 367, 432-434, 439
- Protocole II, **163-169**, 171, 173, 175-176, 203
- Conflit armé prolongé, 2, 3, 177-178, 186-190, 192-193, 195-196, 200-201, 203, 207, 331, 335, 390, 399-400, 420
- violence armée prolongée, 2, 186, 189, 191, 198, 203-204
- Consentement, 53, 59-64, 83, 122, 126-128, 210, 300, 304, 317-321, 324-325, 365, 431
- absence, 59, 126
- existence, 59, 128
- retrait, 63
- Contrôle effectif, 87, **89-93**, 95, 117, 122-123, 126, 131, 136, 309, 311, 313-315, 323
- Contrôle global, 90-93, 123
- Corée, 70, 227-228, 352, 411-412, 416-419, 450-451, 481, 487
- Costa Rica, 52
- Dispositions applicables en tout temps ou dès le temps de paix, 11
- Effectivité, 45, 49, 220, 222, 232, 235, 244, 247-248, 257-258, 265, 269, 271, 323, 346, 360, 384, 431
- Érythrée, 33, 106, 120, 139-140, 248, 335, 357, 362-366, 384
- Éthiopie, 33, 106, 120, 139-140, 248, 357, 362-366, 368, 384
- Fin des hostilités (actives), 3, 12, 258-259, 264, 266-267, 291, 297-298, 343-345, 347, 355-356, 362, 371, 380-382, 385-386, 390, 422, 429, 434, 437-438
- Fin générale des opérations militaires, 3, 12, 228, 233-235, 249, 258-263, 266, 268-271, 280, 285, 287, 289, 290-299, 329-331, 333, 335, 337, 341, 344, 352-355, 371, 381, 384, 387, 390, 399, 407, 422, 429-431, 434-436, 438
- Gaza, 5, 85, 105, 112, 115-116, 118, 133, 136, 299-300, 302-310, 311-317
- Géorgie, 77, 121, 128, 130, 237, 242, 318
- Guerre, 29, 34, 38, 43, 66, 103
- Îles Salomon, 52
- Intervention étrangère, 29, 83
- directe, 60, 85, 88, 94
- indirecte, 86, 88-89, 93, 95
- Irak, 21, 68, 70, 105, 115, 118, 124, 126, 128, 135, 221, 233, 238, 240, 300, 303, 313, 318-321, 323, 339-340, 383, 386, 409, 410, 422
- Iran, 54, 68, 70, 77, 233, 238-240, 331, 335, 361, 366, 382-385, 409-410, 420
- Israël, 69, 77, 102, 103, 116, 118, 136, 226-228, 230, 233, 246, 301-302, 305-315, 329-339, 398, 406
- Jus post bellum*, 9
- Libération, rapatriement (ou établissement), 269, 343, 387, **389-401**
- Nicaragua, 56, 83, 87-89, 92-94, 198
- Noriega, 14, 16-17, 22, 411, **423-428**
- Occupation, 2, 5, 20, 22, 27, 43, 59, 61, 63, 77, 97, 101, **105-150**, 221, 225-226, 233, 243, 261, 265, 267-

- 270, 275, 280, 292, 294, 295, **299-344**, 387, 388, 416, 431, 436
- autorité, 14-15, 19, 38, 45, 68, 70-71, 82, 100-105, 111-130, 135-149, 160-161, 168, 273, 284, 300-309, 312-325, 330, 333, 341, 392, 403, 431
- Convention IV, Partie III, Section III, 129, 133-138, **140-151**
- invasion, 2, 111, 137-140, 143-144, 146-150
- présence aérienne, 122
- présence maritime, 124
- présence terrestre, 121, 124
- prolongée, 120-121, 125
- Règlement de La Haye de 1907, 2, 27, 109, 111, 121, 132, 221, 224, 226, 245, 348, 431
- sans résistance, 110, 341
- souveraineté, 118-119
- théorie fonctionnelle, 107, 134-137, **142-150**
- Ouganda, 62-64, 85, 95, 111, 115-117, 125
- Palestine, 70, 102, 118, 132, 136, 227, 305, 307, 309, 311, 315
- Reconnaissance internationale, 49-50, 103
- Recours à la force, 4, 43, 46-47, 58, 67, 73-74, 76, 79-80, 88, 97, 164, 239, 282, 284, 430
- Règlement pacifique, 227, 232-234, 286, 288, 366, 414, 417, 419, 451
- République Démocratique du Congo, 62-64, 85, 111, 116-117, 125, 237, 241-242, 246
- Russie, 77, 115, 121, 128, 130, 237, 242, 318
- Rwanda, 18-19, 86, 95, 155, 165, 167, 169, 170, 172, 176, 178-179, 209
- Syrie, 5, 60, 153, 184, 212-215, 233, 331
- Traité de paix, 105, 223, **228-237**, 245-248, 250, 265, 297, 348-350, 353, 361, 366, 372, 382, 432
- Troubles intérieurs et les tensions internes, **154-156**, 161, 197
- Yémen, 59-62, 76

Derniers ouvrages parus



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Droit international

Grignon Julia 2014

L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak Begüm 2014

La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse
à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Johannot-Gradis Christiane 2013

Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

Chatton, Gregor T. 2013

Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria 2013

La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha 2013

La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo 2013

La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent 2013

Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

Daboné, Zakaria 2012

Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques

Lessène, Ghislain Patrick 2012

Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention
L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone

Michalak, Katarzyna 2012

La protection du handicapé mental en droit de la sécurité sociale
Etude de droit international et comparé (droit européen, polonais et suisse)

Zouré, Théophane Noël 2012

Le commerce des produits agricoles dans le droit de l'OMC

Collection générale

Kaveh Mirfakhraei 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police:
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale:
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit com-
munautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur:
de la délégation à l'organisation

de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

*François Bellanger /
Jacques de Werra (éd.)* 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion
du Congrès 2012

Foëx, Bénédicte / Jeandin, Nicolas (éd.) 2011
Le Code de procédure civile
Aspects choisis

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade Rita / Peter Henry /
Bovet Christian (éd.)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Marchand Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (Éd.)* 2013
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712–1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

*Monnier Victor /
Quastana François (éd.)* 2009
Paoli, la Révolution Corse et les Lumières
Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en
vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx Bénédicte / Hottelier Michel 2009

La garantie de la propriété à l'aube
du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / 2013

Winiger, Bénédicte (éd.)

Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / 2011

Winiger, Bénédicte (éd.)

La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / 2009

Winiger, Bénédicte (éd.)

La responsabilité pour l'information four-
nie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédicte 2009

La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008

La responsabilité civile européenne
de demain / Europäisches Haftungsrecht
morgen
Projets de revision nationaux et principes
européens / Nationale Revisionsentwürfe
und europäische Haftungsprinzipien.
Colloque international à l'Université de
Genève

Il est bien connu que le droit international humanitaire s'applique pendant les conflits armés. Pourtant, lorsque surgit la question de savoir depuis quand tel conflit armé existe ou si tel autre a pris fin, et donc lorsque se pose corrélativement la question de savoir à partir de quand et jusqu'à quand le droit international humanitaire s'applique, les ébauches de réponse demeurent floues. Ceci résulte notamment du fait que l'applicabilité du droit international humanitaire n'est pas codifiée dans tous ses aspects, et donc fait l'objet de controverses. Il n'existe toutefois que très peu d'études sur ce thème, lesquelles ne traitent que de sujets particuliers.

Cette thèse de doctorat propose une étude transversale, traitant simultanément du début et de la fin de l'applicabilité du droit international humanitaire, et ce à la fois dans ses aspects généraux et spécifiques.

Ce faisant, l'auteure arrive à la conclusion que le début de l'applicabilité du droit international humanitaire dépend exclusivement des faits tels qu'ils peuvent être constatés sur le terrain, et qu'il est différent pour les conflits armés internationaux et non internationaux. Quant à la fin, elle distingue entre la fin générale et la fin spécifique de l'applicabilité du droit international humanitaire. Pour la première, le moment déterminant est la fin générale des opérations militaires, pour laquelle la thèse propose des indicateurs, tandis que pour la seconde ce moment peut intervenir plus tôt (rapatriements des prisonniers de guerre, collecte des restes explosifs de guerre ...), ou plus tard (occupation, personnes détenues ...). La démonstration est en outre illustrée de nombreux exemples, tels que la situation en Syrie, la bande de Gaza ou encore le cas du général Noriega.

ISBN 978-3-7255-8507-6



www.schulthess.com