



**Conseil Economique
et Social**

Distr.
GENERALE

E/CN.4/Sub.2/1994/18
30 juin 1994

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la lutte contre
les mesures discriminatoires et
de la protection des minorités
Quarante-sixième session
2-27 août 1994
Point 8 de l'ordre du jour provisoire

REALISATION DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

Les transferts de population, y compris l'implantation de colons
et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme

Rapport intérimaire présenté par M. Awn Shawkat Al-Khasawneh,
Rapporteur spécial

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Introduction	1 - 9	2
I. DROITS DE L'HOMME ET TRANSFERTS DE POPULATION - CADRE NORMATIF	10 - 17	4
II. LES NORMES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME APPLICABLES AUX TRANSFERTS DE POPULATION	18 - 56	6
III. TRANSFERTS DE POPULATIONS ET SUSPENSION DES DROITS	57 - 62	15
IV. LES TRANSFERTS DE POPULATION ET LES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS	63 - 64	16
V. LES TRANSFERTS DE POPULATION ET LE DROIT APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMES	65 - 86	17
VI. RESPONSABILITE DES ETATS ET TRANSFERTS DE POPULATION	87 - 123	25
VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	124 - 144	34

Introduction

1. Dans sa résolution 1992/28 du 27 août 1992, la Sous-Commission a chargé MM. Awn Shawkat Al-Khasawneh et Ribot Hatano, en qualité de Rapporteurs spéciaux, d'établir une étude préliminaire sur les transferts de population, y compris l'implantation de colons et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme, et les a priés d'examiner la politique et la pratique des transferts de population au sens le plus large possible en vue de donner un aperçu des questions devant être analysées dans les rapports ultérieurs, en particulier les incidences sur le plan juridique et des droits de l'homme des transferts de population et l'application des principes et des instruments existants relatifs aux droits de l'homme, et de soumettre leur étude préliminaire à la Sous-Commission à sa quarante-cinquième session.

2. A sa quarante-neuvième session, la Commission des droits de l'homme, par sa décision 1993/104 du 4 mars 1993, a fait sienne cette décision, qui a été approuvée par le Conseil économique et social dans sa décision 1993/288 du 28 juillet 1993.

3. A sa quarante-cinquième session, la Sous-Commission, dans sa résolution 1993/34 du 25 août 1993, a pris note avec satisfaction du rapport préliminaire concernant les transferts de population, y compris l'implantation de colons et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1993/17 et Corr.1), rapport présenté par M. Awn Shawkat Al-Khasawneh et M. Ribot Hatano qui concluait, entre autres choses, que les transferts de population sont, en principe, illégaux et violent un certain nombre de droits qui sont affirmés dans le cadre des normes juridiques relatives aux droits de l'homme et dans le droit humanitaire en ce qui concerne à la fois la population transférée et celle de la région d'accueil, et a fait siennes les conclusions et recommandations du rapport préliminaire. Par ailleurs, la Sous-Commission a regretté que M. Hatano ne puisse participer plus longtemps aux travaux sur ce sujet en tant qu'un des rapporteurs spéciaux et elle a prié M. Al-Khasawneh, en tant que Rapporteur spécial, de poursuivre l'étude concernant les transferts de population, y compris l'implantation de colons et de colonies, considérés sous l'angle des droits de l'homme, et de lui présenter un rapport intérimaire sur la question lors de sa quarante-sixième session.

4. Dans la même résolution, la Sous-Commission a invité la Commission des droits de l'homme à demander au Secrétaire général, lors de sa cinquantième session, d'organiser un séminaire d'experts multidisciplinaire préalablement à l'établissement du rapport final, afin de formuler les conclusions et recommandations finales appropriées. Elle a aussi prié le Secrétaire général d'inviter les gouvernements, les organes de l'Organisation des Nations Unies et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales concernées à fournir au Rapporteur spécial les informations utiles pour l'établissement de ses rapports. Elle a enfin invité la Commission des droits de l'homme à demander au Rapporteur spécial d'entreprendre des visites en divers lieux qui constituent des exemples actuels de transfert de population, exemples choisis compte tenu des informations reçues pour le prochain rapport.

5. A sa quarante et unième séance, le 25 février 1994, la Commission des droits de l'homme, prenant acte de la résolution 1993/34 de la Sous-Commission en date du 25 août 1993, a adopté la décision 1994/102 par laquelle elle faisait sienne la résolution de la Sous-Commission.

6. Le 29 mars 1994, suite à la décision 1994/102, une note verbale et une lettre ont été adressées aux gouvernements, aux organes de l'Organisation des Nations Unies et aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales concernées, leur demandant de communiquer les informations utiles pour l'établissement des rapports. Des réponses ont été reçues à ce jour des pays suivants : Arabie saoudite, Chypre, Lettonie, Libye, Pakistan; des organes de l'Organisation des Nations Unies ci-après : Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPALC), Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Département des services d'appui et de gestion pour le développement, Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP), Institut international de recherche et de formation pour la promotion de la femme (INSTRAW), Programme des Nations Unies pour le développement (Assistance au peuple palestinien), Université des Nations Unies; les institutions spécialisées et autres organisations ci-après : Banque mondiale, Organisation internationale du travail (OIT), Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO); les organisations intergouvernementales ci-après : Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, Cour internationale de Justice, Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE); et les organisations non gouvernementales et autres institutions ci-après : All Pakistan's Women's Organization, Confédération internationale des sages-femmes, Groupement pour le droit des minorités, Organisation des peuples et des nations non représentés, Palestinian Human Rights Information Centre, The Tibet Bureau, World Federation of Free Latvians, Université de Syracuse, Université d'Utrecht.

7. Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa gratitude pour les invitations qui lui ont été adressées par un certain nombre de pays afin qu'il se rende sur place pour se faire une meilleure idée de certains cas de transferts de population. Il a l'intention de se rendre à cette invitation, si les circonstances le permettent, avant de présenter le rapport final. Il tient à remercier également tous ceux qui lui ont fourni jusqu'ici des informations. Il se propose de faire plus largement appel à ces informations pour l'établissement de son rapport final.

8. Suite aux recommandations préliminaires formulées dans le rapport préliminaire, le présent rapport a pour objet d'examiner plus en détail la légitimité du transfert de population en vue de définir des critères permettant d'interdire ou de justifier le phénomène. L'analyse ci-après s'inscrit dans le cadre du droit international, et notamment des normes des instruments relatifs aux droits de l'homme, du droit applicable dans les conflits armés et du droit relatif à la responsabilité des Etats.

9. La section I du présent rapport est consacrée à l'examen des normes de droit international et relatives aux droits de l'homme applicables aux transferts de population. Elle donne une description du cadre juridique dans lequel se situe l'analyse du transfert de population. Les sections II et III

contiennent un examen des transferts internes et internationaux de population sous l'angle des droits de l'homme et analysent dans ce contexte les normes concernant la légitimité de ce phénomène. La section IV contient un rapide aperçu du lien entre les droits économiques, sociaux et culturels et les mouvements massifs de population. On trouvera à la section V une analyse des mouvements de population au vu du droit d'occupation et à la section VI un exposé de la question de la responsabilité des Etats face aux transferts de population. La section VII contient les conclusions et recommandations.

I. DROITS DE L'HOMME ET TRANSFERTS DE POPULATION - CADRE NORMATIF

10. Avant d'examiner les transferts de population sous l'angle des droits de l'homme, il importe de dégager deux éléments sur lesquels est fondée la présente étude, à savoir préciser l'application de la notion de droits de l'homme et son importance du point de vue des déplacements de population et analyser le cadre normatif de droit international et concernant les droits de l'homme qui contient des règles spécifiques applicables aux transferts de population.

11. En ce qui concerne le premier, les normes de droit international relatives aux droits de l'homme peuvent être définies comme suit : premièrement, il s'agit de normes générales concernant le comportement des Etats à l'égard de leurs propres citoyens et des autres personnes qui se trouvent sur leur territoire. Ce sont donc des normes acceptables à l'échelon international, qui doivent régir le comportement des Etats. En tant qu'ensemble de normes de comportement, elles constituent le fondement de la protection accordée par les Etats à tous les individus qui se trouvent sur leur territoire, sans discrimination, sauf indication expresse. Elles sont donc un moyen de définir le comportement des Etats en ce qui concerne la protection des populations face aux déplacements arbitraires et au cours de ces déplacements.

12. Deuxièmement, les normes relatives aux droits de l'homme, en tant qu'ensemble de normes régissant le comportement des Etats, constituent des règles générales concernant le traitement de la population et des personnes qui se trouvent sur le territoire de ces Etats, et s'appliquent à la protection des personnes et des populations face aux transferts de population ou pendant ces transferts.

13. Troisièmement, la notion de "normes relatives aux droits de l'homme" permet de mesurer le respect des droits de l'homme par les Etats. Il importe à cet égard de préciser les points suivants : les obligations en matière de droits de l'homme lient les Etats entre eux et tout comportement illicite de la part d'un Etat, comme la violation de ses obligations dans ce domaine, peut causer un tort international qui s'accompagne d'une responsabilité internationale. Cette responsabilité se définit en fonction des normes de droit international, et la souveraineté et la juridiction intérieure de l'Etat dont le comportement est mis en cause ne dégagent pas ledit Etat de cette responsabilité.

14. La protection des droits de l'homme étant une affaire internationale, tous les Etats sont tenus en droit international d'assurer cette protection sur le plan individuel et sur le plan collectif. Au niveau institutionnel, la

responsabilité collective qui incombe aux Etats de veiller au respect des obligations en matière de droit de l'homme est confiée à des organes intergouvernementaux compétents. Mais, à côté des normes internationales relatives aux droits de l'homme, le rôle des Etats face aux transferts de population demande à être défini en termes plus concrets en fonction de critères concernant la légitimité des transferts et les moyens, les mécanismes et les mesures de protection contre les transferts illicites, y compris les mesures correctives.

15. L'élaboration de critères juridiques fondés sur les droits de l'homme applicables aux transferts massifs de population doit être examinée dans le cadre normatif international concernant les droits de l'homme. Ce cadre permet d'assurer la protection des droits de l'homme en général. Ce qui importe particulièrement à cet effet, c'est le statut des principes de droit international concernant les droits de l'homme qui peuvent servir à élaborer les critères touchant la légitimité des transferts de population. Ce statut est déterminé par le cadre normatif concernant les droits de l'homme, qui permet de définir de manière appropriée l'existence des critères concernant la légitimité des transferts de population.

16. Par "cadre normatif", il faut entendre l'ensemble de principes juridiques dont l'application dépend des éléments suivants :

a) Le statut des principes relatifs aux droits de l'homme concernant le déplacement, le transfert et l'expulsion de personnes ou de groupes, et leur caractère plus ou moins impératif. Les normes relatives aux droits de l'homme qui font partie du droit coutumier international et qui constituent des normes de jus cogens peuvent servir à définir la légitimité des transferts de population, et présentent l'avantage d'avoir un caractère obligatoire pour tous les Etats. Ainsi, les normes qui interdisent le génocide, la discrimination raciale, l'esclavage et la torture et d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants sont particulièrement appropriées pour interdire les transferts de population qui découlent de ces phénomènes, leur objet et leur forme.

b) La validité de l'ampleur des restrictions imposée à l'exercice et à la jouissance de certains droits qui touchent au déplacement, au transfert et à l'expulsion des populations. La liberté de circulation et de choix de la résidence sur le territoire des Etats et le droit de le quitter et d'y rentrer correspondent à des normes importantes qui s'appliquent aux transferts de population. Mais ils sont soumis à certaines restrictions qui tiennent à l'intérêt public et les règles qui régissent ces restrictions sont une source de critères juridiques qui peuvent servir à déterminer la légitimité de l'objet et du mode de déplacement d'une population ou d'un groupe d'individus.

c) L'existence de dérogations aux normes spécifiques concernant les droits de l'homme en période d'état d'urgence. Le déplacement forcé d'un groupe de population peut avoir lieu en période d'état d'urgence. En fait, la liberté de mouvement et le choix de la résidence à l'intérieur d'un Etat et le droit d'en sortir et d'y rentrer sont des droits auxquels il peut être dérogé. Mais certaines normes sont applicables en période d'état d'exception, comme en temps de conflit armé. Il y a d'une part des normes impératives comme celles qui sont évoquées à l'alinéa a), auxquelles il ne saurait être dérogé

et qui peuvent donc servir à déterminer la légitimité des transferts de population dans les conditions énoncées ci-dessus, même en période d'état d'exception. Il y a d'autre part des normes qui servent de mesures de sauvegarde contre l'abus de pouvoirs d'exception et qui s'appliquent au mode de dérogation et, partant, au mode de déplacement ou de transfert.

17. C'est dans ce cadre que s'inscrit l'analyse de la légitimité des transferts de population exposée dans la section suivante.

II. LES NORMES RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME APPLICABLES AUX TRANSFERTS DE POPULATION

18. Il y a lieu de distinguer entre les normes qui interdisent les transferts de population et celles qui les autorisent ou qui les réglementent. Les premières, même si elles sont incorporées dans des traités, font partie du droit international coutumier, alors que les secondes relèvent du droit international général. Comme on l'a déjà dit, les normes de droit international coutumier lient tous les Etats et recouvrent l'interdiction du génocide, de la torture et d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, de l'esclavage, de la discrimination raciale ou de toute forme de discrimination. Ces normes sont par ailleurs des normes péremptoires de jus cogens auxquelles il ne saurait être dérogé ou qu'on ne saurait écarter, fût-ce par voie d'accords ou de traités 1/.

19. Ces principes, qui correspondent à des catégories de comportement illicites en droit international, peuvent permettre de déterminer la légitimité des transferts de population et de l'implantation de colons et de colonies par les Etats, de deux manières. La première consiste à considérer l'interdiction des transferts de population en fonction de l'objet ou des effets des catégories de comportement considérées. Il va sans dire que les transferts de population sont illicites et interdits lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet le génocide, la torture et d'autres traitements analogues, l'esclavage, et la discrimination raciale systématique et qu'ils font obstacle à l'exercice légitime du droit à l'autodétermination, ou qu'ils sont manifestement disproportionnés par rapport à l'exception pour des raisons militaires impérieuses en droit humanitaire.

20. En cas de génocide, par exemple, il serait illicite de procéder délibérément au déplacement ou au transfert d'un groupe ethnique en vue de le soumettre à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, au sens de l'article 2 c) de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. De même, la discrimination raciale étant interdite, sont également interdits les transferts de population qui visent des groupes particuliers comme les minorités et les peuples autochtones, notamment lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet une manipulation démographique en chassant les groupes en question de leurs terres pour les disperser sur tout le territoire de l'Etat.

21. Les transferts de population sont également illicites lorsqu'ils poursuivent un objectif punitif comme soumettre un groupe à la torture ou à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants. En outre, la Convention contre la torture interdit l'expulsion ou le refoulement tant des

ressortissants que des étrangers ou des réfugiés et des demandeurs d'asile vers des pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'ils risquent d'être soumis à la torture ou à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants.

22. La seconde manière de déterminer la légitimité des transferts de population est de considérer le mode de transfert. Les modes de transfert qui impliquent le génocide, l'esclavage, la discrimination raciale, la torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, et le refus de l'exercice du droit à l'autodétermination sont illicites et interdits en droit international. Toutefois, en ce qui concerne l'interdiction de l'objet ou des effets et du mode de transfert, il importe de considérer attentivement l'application des éléments constitutifs des normes considérées.

23. Le génocide est un crime et requiert une preuve d'intention 2/; la torture 3/ doit également être prouvée et comporte, parmi ses éléments constitutifs des actes commis par des agents de la fonction publique dans un but précis; en matière d'autodétermination la situation est loin d'être claire, encore que les éléments essentiels en soient largement admis. Par ailleurs, la protection des minorités, des peuples autochtones ou d'autres groupes ethniques défavorisés, ainsi que la protection des femmes, peuvent, en s'en tenant à la portée du principe de non-discrimination, impliquer des formes de protection spéciales visant à préserver l'identité et le mode de vie des intéressés, ainsi que leur sexualité, sur la base de l'égalité de traitement. Les mesures visant à protéger les femmes contre les sévices sexuels et le viol systématique dans les colonies ou dans les camps peuvent impliquer un traitement différent mais justifié 4/.

24. A côté des normes de droit coutumier qu'interdisent les transferts de population, il existe des normes de droit international permissives touchant la justification des déplacements de population, y compris le transfert et l'implantation de colonies. Les normes permissives relèvent des règles applicables opératives du jus cogens comme on l'a dit plus haut, dont la plus évidente est celle qui énonce le principe général selon lequel le déplacement de population ou de groupes est licite s'il est fait avec leur consentement.

25. Le principe du consentement en tant que justification des déplacements et de la réinstallation a été confirmé par une décision de l'Institut de droit international de 1952 5/, selon laquelle le principe applicable était que le déplacement et la réinstallation ne sont licites que s'ils sont laissés au libre arbitre des intéressés. Ce genre de texte n'a pas force obligatoire en tant que tel mais, comme on le verra plus loin, le principe qu'il consacre a acquis force obligatoire en tant que principe de droit généralement admis par la jurisprudence internationale et par les normes conventionnelles. Sachant que le déplacement et la réinstallation sont subordonnés au consentement, on peut poser le principe général que le déplacement et la réinstallation, le transfert ou l'implantation de colonies forcés sont interdits. Le corollaire est que les transferts forcés de population sont l'exception et non la règle et demandent donc à être justifiés et la question devrait toujours être interprétée de manière stricte.

26. Les normes conventionnelles existantes confirment ce postulat et reflètent les principes généraux de droit au sens de l'article 38.1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice. Ainsi, c'est sur le principe

du consentement qu'est fondée la protection des peuples autochtones contre le déplacement et la réinstallation forcés prévue dans les conventions élaborées sous l'égide de l'OIT 6/. L'interprétation des règles de la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de 1989 conduit aux conclusions suivantes 7/ :

a) Le déplacement et la réinstallation des peuples autochtones en dehors des terres qu'ils occupent font l'objet d'une interdiction générale;

b) Le déplacement et la réinstallation ne doivent avoir lieu qu'à titre exceptionnel et avec le consentement donné librement et en toute connaissance de cause des peuples autochtones;

c) Le déplacement et la réinstallation forcés, c'est-à-dire sans le consentement des intéressés, ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace;

d) Le déplacement et la réinstallation ayant lieu à titre exceptionnel ont un caractère temporaire en principe et les peuples intéressés ont le droit de retourner sur les terres qu'ils occupaient antérieurement dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister;

e) Dans le cas où un tel retour n'est pas possible, cette impossibilité doit être déterminée par un accord avec le peuple intéressé. En l'absence d'un tel accord, le principe de l'indemnisation 8/ est d'application.

27. Ces principes, consacrés par la Convention No 169 de l'OIT qui s'applique à la protection des peuples indigènes, sont en fait des principes d'application générale en droit international. Dans l'affaire concernant le déplacement et la réinstallation forcés des Indiens miskitos au Nicaragua en 1982, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a affirmé la doctrine prépondérante qui veut que le déplacement et la réinstallation massifs de groupes de population soient fondés en droit s'ils se font avec le consentement du groupe de population intéressé. La Commission a considéré que les principes du consentement et de l'indemnisation étaient d'application générale en cas de déplacement et de réinstallation, et admis le déplacement et la réinstallation temporaires des Miskitos dans des conditions très strictes en tant que mesures exceptionnelles justifiées pour des raisons militaires impérieuses dues à l'état d'exception.

28. Deux principes directeurs en matière d'indemnisation se dégagent de cette décision. Le premier est que le mode d'indemnisation doit être laissé au choix de la population qui fait l'objet du déplacement et de la réinstallation, et non lui être imposé. Le second est que l'indemnisation est d'application qu'il s'agisse de déplacement et de réinstallation forcés ou effectués avec le consentement des intéressés et qu'il s'agisse d'une mesure temporaire ou permanente; l'indemnisation est une conséquence du transfert ou du déplacement, la légitimité du transfert n'entrant pas en ligne de compte.

29. La notion de consentement entre plutôt en jeu lorsqu'il s'agit de réinstallation liée à des projets de développement, comme la construction de barrages hydroélectriques. Elle est inapplicable en cas de déplacement forcé dû à des catastrophes écologiques, pour des raisons tenant à l'ordre public et à la sécurité nationale et en cas de conflit armé. L'important est de mettre en place des mécanismes de surveillance qui permettent de veiller à ce que le consentement soit donné librement dans le cadre d'un accord officiel entre le gouvernement et la population visée. Le transfert forcé comporte un élément actif - évacuation et déportation ou exil - qu'accompagne l'usage de la force, lequel entraîne notamment meurtres et actes de violence ou harcèlements, et ne saurait être justifié. Il peut aussi se faire sous la contrainte ou être provoqué. En cas d'occupation militaire prolongée, l'occupant peut instaurer des conditions économiques et sociales qui ont pour effet cumulé d'inciter ou de contraindre la population à fuir le territoire occupé. La "dissimulation habile" de ces mesures soulève la question importante du sens que recouvre l'expression "transfert de population forcé". Il est difficile de faire une distinction entre la "force" dans cette acception générale du terme et d'autres motifs de transfert, et l'auteur se propose d'approfondir la question dans le rapport final.

30. Une question connexe se pose : même si le déplacement et la réinstallation d'un segment de la population ont le consentement de celle-ci, la validité de ce consentement ne peut être subordonnée aux souhaits des personnes qui vivent sur le lieu d'implantation. Lorsqu'une minorité prétend avoir le droit exclusif de circulation et de résidence dans un secteur donné, le fait que d'autres personnes consentent à y être réinstallées est à mettre dans la balance au regard des droits de la minorité, sachant que la liberté de circulation et de choix de la résidence sur le territoire d'un Etat peuvent être limités afin de protéger les droits des autres. Cet argument mérite d'être mis en relief car le consentement d'une population en matière de déplacement et de réinstallation risque de servir de prétexte pour installer des colons dans des zones habitées par des minorités. Si le principe du consentement est une garantie contre le déplacement et la dispersion forcée de groupes minoritaires et autochtones installés dans un territoire distinct, il ne saurait servir de prétexte pour imprégner des secteurs nationaux dans un but chauviniste grâce à l'implantation de colons ou de colonies et à l'imposition d'une hégémonie culturelle aux minorités.

31. Des transferts de population peuvent encore se produire en cas d'acquisition de territoire en droit international 9/. Le consentement peut alors prendre la forme d'un traité ou de l'acceptation de la démarcation et de la délimitation des frontières. Ainsi, le Traité de délimitation des frontières entre le Sénégal et la Gambie prévoyait la cession d'une portion de territoire et donc le transfert de la population qui l'occupait par consentement mutuel 10/. Toutefois, les traités relatifs à l'acquisition de territoire peuvent avoir pour limite l'interdiction du génocide. Selon le droit des traités en effet, un traité est nul s'il est contraire aux règles du jus cogens.

32. Les modifications territoriales consécutives à la dissolution d'un Etat et à la création de nouveaux Etats peuvent aussi être suivies de transferts forcés de population. L'exemple type est celui du nettoyage ethnique auquel on assiste sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Le principe de

l'uti possidetis, associé à la reconnaissance du statut d'Etat, devrait servir de fondement au règlement des conflits territoriaux et à la protection des populations contre un transfert forcé, en cas de création de nouveaux Etats.

33. Par ailleurs, la réforme des lois sur la citoyenneté comme celle qui a été opérée dans les Etats baltes à la suite de la dissolution de l'ex-Union soviétique font que les générations actuelles de Russes de souche qui ont été implantés dans les Etats baltes sont soumises à de nouveaux règlements, parfois très stricts, concernant leur statut et leurs droits de citoyens.

34. Au lendemain des accords de paix entre Israël et l'Organisation de libération de la Palestine, il est évident que l'existence de colonies juives dans les territoires occupés est l'un des problèmes les plus épineux et peut être considérée comme un obstacle à l'instauration d'une paix juste.

35. Tout ceci confirme le caractère illicite de l'acte initial d'implantation de colons et non seulement fait ressortir le caractère inopportun des tentatives visant à établir une hégémonie sur un groupe de population pour des raisons politiques, mais montre en outre que la politique d'implantation et d'assimilation de groupes de population hétérogènes est problématique.

36. Parmi les règles de droit international relatives aux droits de l'homme qui représentent une protection contre les transferts arbitraires de population et l'implantation de colonies et de colons figurent également les règles relatives à la liberté de circulation et de choix de la résidence sur le territoire des Etats 11/. La liberté de circulation et de choix de la résidence est un droit général fondé sur le principe général que les restrictions sont l'exception et non la règle. La formulation classique du droit des individus de circuler librement et de choisir librement leur lieu de résidence sur le territoire d'un Etat est celle que l'on trouve à l'article 12 1) et 3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, libellé comme suit :

"1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

...

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte." (souligné par l'auteur)

37. Tout transfert de population forcé hors d'un lieu de résidence librement choisi, qu'il s'agisse de déplacement, de colonisation, de bannissement interne ou d'évacuation, porte directement atteinte à la jouissance ou à l'exercice du droit de circuler librement et de choisir librement sa résidence sur le territoire d'un Etat et constitue une restriction de ce droit 12/.

38. Le respect de la liberté de circulation et de choix de la résidence sur le territoire d'un Etat est généralement une garantie contre le déplacement, la réinstallation et le transfert de population forcés. L'exercice de la

liberté de circulation et de choix de la résidence est compatible avec le libre consentement en matière de déplacement et de réinstallation, lequel est autorisé en tant qu'exercice de la liberté des personnes en matière de circulation et de résidence. La liberté de circuler et de choisir son lieu de résidence porte donc en elle le principe du déplacement et de la réinstallation des personnes et des groupes fondés sur le consentement.

39. Les normes concernant la liberté de mouvement et de choix de la résidence sur le territoire d'un Etat peuvent s'appliquer aux transferts de population et à l'implantation de colons de trois manières. Il y a d'abord l'interdiction générale concernant la restriction de cette liberté, autrement que dans les conditions énoncées dans les normes relatives aux droits de l'homme. Il y a ensuite les restrictions légitimes qui permettent de justifier les transferts de population pour des motifs d'intérêt public bien précis. Il y a enfin les restrictions à la liberté de circulation et de choix de la résidence visant à préserver la liberté de circulation et de résidence des groupes minoritaires et des populations autochtones dans les régions qu'ils habitent, à l'exclusion des colons ou d'autres groupes de population.

40. Dans l'affaire Sandra Lovelace c. Canada 13/, le Comité des droits de l'homme a considéré que les restrictions qui servaient à préserver la liberté de circulation et de résidence exclusive des Indiens de la réserve Tobique étaient justifiées au regard de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans l'affaire Gerhardy c. Brown 14/, concernant l'Australie, la législation qui conférait un droit exclusif de circulation et de résidence à un groupe aborigène a été jugée justifiée en tant que mesure spéciale au sens de l'article 1 4) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966.

41. L'interdiction générale touchant la restriction de la liberté de circulation et de choix de la résidence sur le territoire des Etats est mise en évidence dans la définition des restrictions de la liberté de mouvement et de choix de la résidence sur le territoire d'un Etat comme étant des mesures exceptionnelles qui font que le déplacement et la réinstallation des intéressés sans leur consentement ne sont autorisés que pour des motifs d'intérêt public. Si les restrictions sont l'exception, le principe qui veut que le déplacement et la réinstallation et le transfert des populations soient justifiés, est renforcé. Les restrictions doivent donc être interprétées strictement et fondées objectivement sur des motifs d'intérêt public en vertu desquelles elles sont autorisées.

42. Les normes qui régissent les restrictions concernant la liberté de circulation et de choix de la résidence des individus établissent un équilibre entre la protection des droits des individus ou des groupes (protection des droits des autres, comme les minorités et les groupes de population autochtones) et la protection de l'intérêt public. Cette protection est garantie dans les règles qui énoncent les prescriptions juridiques qui font que les restrictions sont valables ou autorisées. Ces conditions constituent des mesures de sauvegarde concernant le mode de déplacement et les raisons qui peuvent le motiver.

43. Le droit de circuler librement et de choisir sa résidence ne peut faire l'objet que de restrictions prévues par la loi, ce qui signifie que les restrictions concernant des déplacements et réinstallations ne doivent être ni arbitraires ni arbitrairement imposées. Cette règle est d'application générale. Sa mise en oeuvre, en cas de déplacements et réinstallations forcés, repose sur le principe en vertu duquel les déplacements et réinstallations forcés de populations autochtones doivent être compatibles avec les garanties et procédures prévues par le droit interne 15/ qui ne comporte aucune règle qui se suffise à elle-même ou qui soit exclusive.

44. Il est de fait que les normes internationales visent à déterminer l'acceptabilité du droit interne. En conséquence, la référence au "droit" interne dénote une législation d'une certaine qualité, c'est-à-dire de caractère statutaire, et suppose une loi adoptée à l'issue d'un débat législatif selon un processus démocratique fixant des paramètres généralement reconnus pour restreindre le droit de circuler ou de choisir sa résidence à l'intérieur des Etats. On peut, partant de là, poser la question de savoir si les décrets constituent des restrictions autorisées pour déplacer et réinstaller légalement des personnes 16/.

45. Le fait que les restrictions au droit de circuler librement et de choisir sa résidence doivent être prévues par la loi constitue une première protection. En substance, la validité de ces restrictions est également fonction du fait qu'elles sont dictées par des motifs d'intérêt public spécifiés dans les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Ainsi, s'agissant du déplacement et de la réinstallation des personnes, elles sont autorisées si elles sont nécessaires à la protection expresse de l'intérêt public. Elles peuvent être légitimement invoquées comme étant nécessaires pour assurer de manière appropriée la protection de l'intérêt public. Mais la nécessité de déplacements et réinstallations et les moyens mis en oeuvre pour ce faire doivent être raisonnablement liés et proportionnés à la protection de tel ou tel intérêt public. Par exemple, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence peut faire l'objet de restrictions pour assurer à des minorités et groupes autochtones un droit exclusif de circulation 17/.

46. Le fait que les restrictions doivent être compatibles avec la jouissance d'autres droits civils et politiques assure une garantie générale 18/. Il ne faudrait pas que les restrictions au droit de circuler librement et de choisir sa résidence servent à dénier l'exercice d'autres droits. Plus simplement, les droits de l'homme protègent la notion de durabilité dans le cas des personnes qui, parce qu'elles sont déplacées et réinstallées de force, voient leur droit de circuler librement et de choisir leur résidence ainsi restreint.

47. On peut, en résumé, dire que, dans son essence, la notion d'intérêt public en matière de droits de l'homme constitue fondamentalement la base juridique sur laquelle repose les restrictions limitant la portée de la jouissance de tel ou tel droit, soit dans l'intérêt public soit pour protéger les personnes dont la liberté fait l'objet de restrictions. Un Etat qui impose de telles restrictions dispose d'une marge de manoeuvre quant aux modalités

d'application mais son action à cet égard peut être l'objet d'un examen attentif de la communauté internationale au titre de la protection des droits de l'homme 19/.

48. D'autres restrictions au droit de circuler librement et de choisir sa résidence sur le territoire d'un Etat, pour des raisons d'intérêt public, sont destinées à être appliquées dans des circonstances ordinaires, en dehors de toute situation d'exception. Elles sont applicables à des personnes déplacées pour des raisons liées à l'environnement, à des violences communautaires de faible intensité, à des désordres ou troubles de l'ordre public. La protection ainsi accordée consiste à restreindre le droit de circuler librement et de choisir sa résidence aux zones présentant un danger pour la vie ou la sécurité ou à déplacer de force ceux qui vivent dans ces zones et à les réinstaller dans des zones sûres.

49. Le droit de quitter son pays et d'y revenir comporte des règles importantes concernant, au niveau international, la liberté d'aller et de venir, les expulsions hors du pays et la protection des réfugiés. Il fait l'objet des mêmes restrictions, pour les mêmes motifs, que le droit de circuler librement à l'intérieur d'un Etat et d'y choisir sa résidence. Bien que les raisons puissent en être différentes, les normes qui les légitiment sont les mêmes que pour le droit de circuler librement sur le territoire d'un Etat et d'y choisir librement sa résidence.

50. De toute évidence, le droit de quitter son pays et d'y revenir est un acte volontaire. La formulation de l'article 12 2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques procède de l'idée qu'il existe un droit d'entrée et de séjour dans un autre Etat ainsi qu'un droit de retour dans le pays d'origine. Ce droit englobe des questions telles que l'expulsion massive de ressortissants ou d'étrangers, l'admission de réfugiés et de demandeurs d'asile, ainsi que la réadmission de réfugiés qui sont de retour. De manière générale, on peut estimer que les normes relatives aux droits de l'homme établissent une présomption de garantie contre les expulsions en masse de citoyens ou d'étrangers, en particulier de ceux qui sont installés dans le pays depuis longtemps. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques autorise l'expulsion d'un étranger en exécution d'une décision prise conformément à la loi et dans le respect des formes régulières à moins que, dans ce dernier cas, des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent.

51. Parmi les raisons qui, dans la pratique des Etats, légitiment l'expulsion d'étrangers à titre individuel figurent : l'entrée illégale dans le pays, le non-respect des conditions d'entrée, la participation à des activités répréhensibles, des considérations politiques et de sécurité 20/.

Néanmoins, le pouvoir d'un Etat d'expulser un étranger fait l'objet de restrictions tant du point de vue des procédures que du fond. Si ces restrictions existent, c'est bien parce que fréquemment les expulsions massives de personnes dépassent ces procédures ou ne les respectent pas. En conséquence, ces expulsions peuvent, jusqu'à preuve du contraire, être illégales. Ainsi, l'article 12 5) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples interdit l'expulsion collective d'étrangers et définit cette forme d'expulsion comme celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux.

52. Le droit de quitter son pays et d'y revenir est lié au droit qu'a toute personne devant la persécution de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays 21/. Ce dernier, toutefois, diffère au moins de deux manières différentes. D'autre part, il est non volontaire. Il procède de la crainte bien fondée d'être victime de persécutions, d'une agression, occupation ou domination étrangères ou d'autres circonstances qui troublent sérieusement l'ordre public, ainsi que de violations flagrantes des droits de l'homme 22/. D'autre part, le premier est laissé au pouvoir discrétionnaire des Etats alors que, dans le cas du second, ce pouvoir n'est pas discrétionnaire, subordonné qu'il est à des obligations internationales envers les réfugiés. L'une des plus importantes est inhérente au principe du non-refoulement qui interdit d'expulser des demandeurs d'asile et des réfugiés vers des pays où leur vie ou leur liberté serait menacée (art. 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés). Il s'agit d'une norme du droit international coutumier comme en témoigne son inclusion dans l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, article qui en étend la portée aux Etats dans lesquels des personnes, y compris des réfugiés, risquent d'être soumises à la torture et où il existe un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.

53. Tel qu'il est énoncé, le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays comporte, de toute évidence, le droit d'accès aux territoires de ces pays et aux procédures de reconnaissance du statut de réfugié. Or il y est porté atteinte du fait de certaines difficultés concomitantes 23/ : obligation d'un visa d'entrée et de sortie, restrictions découlant des sanctions infligées aux transporteurs, pratique du troisième pays d'asile, interprétations restrictives de la définition du terme de réfugié, procédures sommaires, fiction des zones dites "internationales" mises en place dans les ports d'entrée, voire l'interdiction afin d'éluder les obligations internationales.

54. Le droit de rentrer dans son pays joue un rôle très significatif dans les transferts de population. La pratique internationale montre qu'il est déterminant dans la demande d'une population déplacée de retourner volontairement dans son pays d'origine. Dès 1948, l'Assemblée générale a décidé, dans sa résolution 194 (III), qu'il y avait lieu de permettre aux réfugiés palestiniens qui le désiraient, de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins, et que des indemnités devaient être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décidaient de ne pas rentrer dans leurs foyers et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage devait être réparé par les gouvernements ou autorités responsables.

55. Dans la pratique, le retour d'une population déplacée est une opération complexe dans laquelle interviennent des organismes internationaux. Il faut, pour ce faire, faciliter le rapatriement, la réinstallation et la réinsertion économique et sociale des intéressés, par le biais d'arrangements ou d'accords internationaux. Pour ceux qui ne désirent pas rentrer chez eux, le droit de chacun de quitter son pays et d'y revenir englobe le droit de rester, droit qui, à l'évidence, fait l'objet d'une certaine reconnaissance. Dans la recommandation 1154 (1991) relative aux migrants maghrébins en Europe, le

Conseil de l'Europe a proclamé que le fait que plus de deux millions de migrants maghrébins soient installés en Europe n'est plus une situation temporaire mais permanente. Le Conseil de l'Europe doit promouvoir un large dialogue entre les responsables politiques des pays d'accueil et des pays d'origine, et les représentants des migrants maghrébins afin de définir ensemble les grandes lignes d'une politique d'intégration 24/.

56. Le droit de quitter son pays, d'y rester et d'y revenir est étudié plus en détail plus loin dans la section consacrée aux conflits armés. Pour l'instant, on se penchera sur le problème des transferts forcés de population et des dérogations aux droits.

III. TRANSFERTS DE POPULATIONS ET SUSPENSION DES DROITS

57. Dans certains cas, les mouvements de population sont décidés en application de pouvoirs d'exception lors de conflits armés, de violences communautaires ou ethniques, de catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme. Sous la pression de ces événements, les populations fuient, sont expulsées ou évacuées de force en toute légalité par l'abrogation ou la suspension des droits auxquels il peut être dérogé, notamment le droit de circuler librement dans son pays et d'y choisir sa résidence et le droit de quitter son pays et d'y revenir.

58. La suspension des droits est liée à la question des normes qui régissent les transferts de population lors des états d'exception. On peut brièvement en dire ceci. En premier lieu, il y a protection sur la base des droits intangibles qui font partie du jus cogens dans le droit international coutumier et qui ont déjà été étudiés 25/.

59. En deuxième lieu, certaines normes sur la dérogation permettent de déterminer la légalité des transferts de population. La dérogation est sujette à des normes internationales relatives aux raisons qui justifient cette action, aux modalités de dérogation, à l'application de mesures de dérogation sans discrimination et à l'obligation de faire face aux engagements internationaux sous l'état d'exception 26/.

60. Il s'agit, cependant, d'une mesure de protection temporaire prise pour faire face à des circonstances exceptionnelles et qui doit être adaptée à l'objectif à atteindre, par exemple l'évacuation de personnes vers des zones de sécurité, la mobilisation des ressources et des moyens nécessaires pour faire face à des tremblements de terre, des inondations, des glissements de terrain ou des éruptions volcaniques.

61. Pour ce qui est des situations de conflit interne, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, a justifié le déplacement et la réinstallation des Miskitos par la situation d'urgence qui régnait et les mesures militaires qui s'imposaient pour repousser les attaques de bandes armées au Nicaragua. Etant donné que les Miskitos vivaient dans un secteur appelé à devenir un théâtre d'opérations militaires, leur déplacement et réinstallation constituaient également une mesure de protection. On peut définir comme suit les principes de protection sur lesquels s'est appuyée la Commission :

a) L'état d'exception doit être proclamé par un acte officiel afin d'éviter la terreur et la confusion en cas de déplacement et réinstallation 27/.

b) Les déplacements et réinstallations doivent être proportionnels au danger, à l'ampleur et à la durée de l'état d'exception.

c) Les déplacements et réinstallations ne doivent pas durer plus que l'état d'exception. En conséquence, lorsque l'état d'exception prend fin, la population déplacée a le droit de retourner dans son territoire d'origine si elle le désire :

"De l'avis de la Commission ... les Miskitos qui choisissent de ne pas rester dans la région dite de Tasba Pri lorsque l'état d'exception n'est plus en vigueur, peuvent rentrer dans la région de la rivière Coco, ce qui veut dire que les mesures prises ne doivent pas excéder la durée de l'état d'exception et satisfaire aux autres conditions fixées par les normes pertinentes..." 28/.

d) Les déplacements, réinstallations et retours ne doivent pas s'effectuer de manière discriminatoire, notamment lorsqu'il s'agit de groupes ethniques, minoritaires et autochtones.

62. Le problème de fond est que les états d'exception sont fréquemment proclamés et durent plus qu'il n'est nécessaire, encore qu'il s'agisse d'un problème général d'application effective des normes relatives aux droits de l'homme qu'il ne faut pas confondre avec l'absence totale de normes de protection.

IV. LES TRANSFERTS DE POPULATION ET LES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

63. La non-réalisation des droits économiques, sociaux et culturels joue un rôle important dans les transferts de population. La non-satisfaction des besoins fondamentaux - notamment conditions de vie convenables, emploi, logement décent, éducation et santé - pousse les personnes à quitter leur pays d'origine en quête d'un meilleur niveau de vie et de meilleures possibilités, au détriment des pays en développement. La précarité économique, en outre, est une source d'instabilité sociale et politique qui engendre des tensions et des conflits et, partant, des mouvements massifs de population. Les programmes d'ajustements structurels qui tendent à exacerber la pauvreté dans de larges poches de la population et à engendrer des souffrances plutôt qu'à les alléger 29/, doivent être assujettis aux normes relatives aux droits de l'homme. Les normes contenues dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels traitent des obligations concernant l'égalité de bien-être des peuples, en vertu des Articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies. Elles entraînent également des obligations concrètes, certaines ayant un effet immédiat 30/ et fixent des critères en fonction desquels évaluer dans quelle mesure les Etats y satisfont. Ces obligations sont contraignantes pour les Etats, les programmes et les politiques menés par les Etats au nom du développement et doivent être compatibles avec la réalisation des droits économiques et sociaux de tous.

64. Les transferts de population dans le cadre des projets de développement 31/ ne doivent se faire qu'avec le consentement de la population concernée. Comme il est dit dans la section consacrée à la responsabilité des Etats, cette décision peut entraîner la responsabilité de l'Etat et des organismes concernés et le consentement de la population peut être obtenu compte tenu des avantages économiques qu'un projet aura pour la population déplacée. Il convient en outre de veiller à ce que les normes relatives aux droits de l'homme soient respectées.

V. LES TRANSFERTS DE POPULATION ET LE DROIT APPLICABLE DANS LES CONFLITS ARMES

65. Le droit applicable dans les conflits armés dans son ensemble est une branche complexe du droit international comportant des normes de conduite en période de conflit armé 32/. La présente section a pour objet d'étudier les normes juridiques qui régissent les transferts de population à l'intérieur et hors du pays en période de conflit armé. A l'évidence, les normes applicables traitent essentiellement de la protection des populations civiles, en application du droit des conflits armés 33/.

66. Les normes générales applicables aux conflits internes interdisent le déplacement contre leur gré des populations civiles 34/. L'article 17 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) est, à cet égard, extrêmement important. Il se lit comme suit :

"1. Le déplacement de la population civile ne pourra pas être ordonné pour des raisons ayant trait au conflit sauf dans les cas où la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires impérieuses l'exigent. Si un tel déplacement doit être effectué, toutes les mesures possibles seront prises pour que la population civile soit accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement, de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation.

2. Les personnes civiles ne pourront pas être forcées de quitter leur propre territoire pour des raisons ayant trait au conflit."

Le mot déplacement au sens où il est utilisé dans ce texte, s'entend également des transferts de population. Cet article témoigne de l'importance qui est attachée à la protection des populations contre les transferts en période de conflit armé. En dehors des dérogations, l'interdiction générale d'opérer des transferts de population s'applique en tout temps, en temps de paix comme en temps de guerre, et même le recours aux dérogations est limité en période de conflit. On peut reprocher à la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire des Miskitos, d'avoir négligé, en ce qui concerne le droit des Indiens miskitos de circuler librement et de choisir leur résidence, de replacer ces dérogations dans le contexte des normes relatives aux conflits armés.

67. L'article 17 du Protocole II autorise une dérogation à l'interdiction de transférer des populations lorsque la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires l'exigent avec, toutefois, les conséquences juridiques suivantes : le transfert n'est pas de prime abord légal et il incombe à la

partie à un conflit qui déplace des civils pour les raisons susmentionnées d'en apporter la preuve; une partie qui évacue ou déplace une population pour les raisons exposées doit prendre toutes les mesures possibles pour que la population civile soit accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement, de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation.

68. L'interdiction d'obliger des civils à quitter leur territoire pour des raisons qui ne sont pas liées à leur protection ou aux exigences militaires, confirme l'illégalité de l'expulsion et du transfert de ressortissants hors du territoire national durant un conflit interne. Lorsque cela se produit, par exemple au Rwanda, en Somalie et dans l'ex-Yougoslavie, il est légitime que les populations concernées se réfugient dans d'autres Etats pour y être protégées. Dans ce sens, le droit de demeurer sur place est un corollaire de l'interdiction d'expulser des individus et des populations en cas de conflit interne.

69. Les normes relatives aux conflits armés internes assurent aussi une protection contre les déplacements indirects de population du fait d'un conflit, de ses conséquences, des moyens mis en oeuvre et des méthodes utilisées. Ce principe général est énoncé à l'article 13 du Protocole additionnel II qui dispose que la population civile jouit d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En particulier, en tant que telle, elle ne doit pas être l'objet d'attaques. Sont interdits les actes de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.

70. En outre, les biens indispensables à la survie de la population civile sont protégés par l'article 14 du même Protocole qui interdit d'utiliser contre les personnes civiles la famine comme méthode de combat ou encore d'attaquer, de détruire, d'enlever ou de mettre hors d'usage des biens tels que les denrées alimentaires et les zones agricoles qui les produisent, les récoltes, le bétail, les installations et réserves d'eau potable et les ouvrages d'irrigation. L'article 15 va dans le même sens en protégeant les ouvrages d'art ou les installations contenant des forces dangereuses telles que les barrages et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique.

71. Pour ce qui est des conflits armés de caractère international, il y a lieu d'observer que la question du transfert des populations se pose tant du point de vue de l'occupation que du droit des étrangers à quitter le territoire d'une partie au conflit. L'article 49 de la quatrième Convention de Genève de 1948 traite directement des transferts de population, des déportations et évacuations hors du territoire occupé tandis que l'article 35, entre autres, traite de la question du rapatriement et du droit des étrangers de quitter le territoire d'une partie au conflit.

72. La population civile du territoire d'une partie à un conflit tombe sous la protection qu'accorde le droit applicable dans les conflits armés. L'article 49 interdit expressément les transferts forcés, en masse ou individuels de population. Cette interdiction, qui traduit le droit international coutumier 35/, englobe les transferts, déportations ou

évacuations forcés ou de masse de personnes hors d'un territoire occupé dans le territoire de la puissance occupante ou dans celui de tout autre Etat, occupé ou non.

73. Inversement, il est interdit à la Puissance occupante de déporter ou de transférer une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe. Par conséquent, l'implantation de colons et de colonies dans un territoire occupé par une Puissance occupante est interdit par le droit international. La portée de cette interdiction est suffisamment large et ne tient pas compte du motif pour lequel ce transfert, cette évacuation ou cette déportation sont effectués.

74. Il est dérogé à cette interdiction dans des limites étroites, bien circonscrites. Une portion donnée d'un territoire occupé ne peut être évacuée en totalité ou en partie que si la sécurité de la population ou des raisons militaires impératives l'exigent. Cette évacuation ne peut entraîner le déplacement de la population concernée hors du territoire occupé sauf lorsqu'il est impossible d'éviter ce transfert ou ce déplacement pour des raisons matérielles, en d'autres termes tout ce qui touche au bien-être et à la satisfaction des besoins matériels. L'aide humanitaire internationale, en pourvoyant à ces besoins, peut éviter le transfert hors du territoire d'une population évacuée d'une portion donnée du territoire occupé.

75. En outre, en vertu du droit qu'a toute personne de rentrer dans son pays, les personnes qui ont été évacuées hors du territoire pour des raisons de sécurité ou des raisons militaires impératives doivent être ramenées chez elles dès que les hostilités ont cessé dans la zone en question. De plus, une Puissance occupante qui transfère une population à titre de mesure exceptionnelle a certaines obligations.

76. Par exemple, les déplacements ou transferts doivent être effectués dans des conditions satisfaisantes de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation en préservant l'unité des familles. La population évacuée doit être accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement. Il incombe, vraisemblablement à la Puissance occupante, d'informer la puissance protectrice de tous transferts et évacuations dès qu'ils ont lieu. Les deux premières de ces obligations ont pour attribut qu'il doit y être satisfait dans toute la mesure possible.

77. Plusieurs raisons peuvent être invoquées en faveur de l'interdiction des transferts de population et de l'implantation de colons et de colonies dans les territoires occupés. Ainsi, il est évident que cette interdiction est destinée à prévenir une altération de la composition de la population dans un territoire occupé afin d'en conserver l'identité ethnique. Par ailleurs, les transferts de population ne peuvent être utilisés pour faire valoir légalement ou affirmer une souveraineté sur un territoire occupé. Même un Etat qui a légalement recours à la force, par exemple en cas de légitime défense, ne peut valablement acquérir le territoire qu'il occupe durant les hostilités 36/. Le permettre reviendrait à sanctionner la domination sur ce territoire et permettre le non-respect des obligations fixées par le droit d'occupation.

78. En 1963, Jennings 37/ a rejeté avec force cette idée, en ces termes :

"... bien qu'elle ne soit pas rare, l'opinion selon laquelle un Etat qui ne recourt pas à la force de manière illégitime, en d'autres termes qui fait la guerre pour se défendre, peut encore acquérir la souveraineté par la conquête ... doit être considérée avec une certaine méfiance. Elle procède apparemment d'une hypothèse curieuse selon laquelle si une guerre est à l'origine légitime, elle le demeure, quelle que soit sa durée. Elle comporte de toute évidence des risques d'abus graves... La force utilisée en état de légitime défense doit être proportionnée à la menace de danger immédiat et cette menace écartée, la légitime défense ne se justifie plus... Il serait étrange que la légitime défense autorise légalement le défenseur, à saisir et garder, ce faisant, les ressources de l'agresseur."

79. En effet, on peut sans risque de se tromper dire que le droit international voit dans l'occupation militaire un phénomène anormal et temporaire. La protection qu'il offre à la population civile sous occupation peut mieux se comprendre en termes de pouvoir et de protection que de droits et de devoirs. Il importe de ne pas oublier que la capacité de la population civile, en tant que partie plus faible, à affirmer ses droits dans un cadre rigide de droits et de devoirs est illusoire car, ex hypothesi, elle n'a pas la capacité d'établir ses droits du fait même de l'occupation.

80. L'insuffisance de la protection accordée par le droit humanitaire à une population civile vivant sous l'occupation militaire est particulièrement manifeste dans les cas où cette occupation se prolonge et où, en outre, l'occupant belligérant compte s'installer dans le territoire occupé et le coloniser.

81. En pareil cas, les autorités de l'armée occupante et leurs sympathisants peuvent invoquer des arguments juridiques fantaisistes pour justifier les transferts forcés de population et/ou l'implantation de colonies. Par exemple, s'agissant de l'occupation israélienne, Israël a prétendu que la quatrième Convention de Genève était inapplicable du fait que le territoire en question était terra nullius, le détenteur de la souveraineté évincé n'y ayant pour commencer pas eu de titre et l'occupant belligérant pouvant faire valoir un droit plus légitime du fait qu'il l'avait acquis en se défendant 38/. Le juge Jennings, citant le passage ci-dessus, a illustré avec éloquence le danger d'abus inhérent à la revendication d'un titre à un territoire, fondée sur l'assertion unilatérale d'autodéfense 39/.

82. Il importe de souligner que l'occupation découle souvent de différends portant sur des revendications territoriales; la notion même de protection humanitaire s'effondrerait si un Etat pouvait affirmer valablement que le droit humanitaire n'est pas applicable parce qu'il prétend avoir plus de titres au territoire occupé que le détenteur de la souveraineté évincé. La communauté internationale a décidé catégoriquement de refuser tout titre de ce type à un pouvoir occupant 40/. Il est extrêmement douteux que le concept discrédité de res nullius ait une quelconque valeur à la fin du XXème siècle. Cette évolution apparaît dans la décision que la Cour suprême

australienne a prise récemment dans le cas de Mabo 41/ où il est déclaré que le territoire qui était occupé par les aborigènes d'Australie n'était pas terra nullius.

83. Selon un autre argument utilisé pour justifier l'installation de colons et de colonies de peuplement, une telle implantation, au sens de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève, n'est interdite que dans la mesure où elle a un rapport direct avec l'expulsion ou le transfert des habitants du territoire occupé 42/. Rien à la lecture de l'article 49 ne vient appuyer cette assertion; ce n'est pas non plus l'interprétation que comptaient en donner les rédacteurs de la quatrième Convention de Genève, et elle a été de même rejetée par la communauté internationale. C'est ainsi que, dans sa résolution 484 du 19 décembre 1980, le Conseil de sécurité a réaffirmé l'applicabilité de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, à tous les territoires arabes occupés par Israël en 1967, et demandé à Israël, la puissance occupante, de se conformer aux dispositions de la Convention.

84. Un avis juridique autorisé sur la question a été émis dans une lettre du conseiller juridique du Département d'Etat, M. Herbert J. Hansell, concernant la légalité des implantations israéliennes dans les territoires occupés, du 21 avril 1978 43/. Dans cette lettre, le Conseiller juridique du Département d'Etat des Etats-Unis déclarait ce qui suit :

"Messieurs les présidents (Fraser et Hamilton) :

Le secrétaire d'Etat Vance m'a demandé de répondre à votre demande de déclaration sur les considérations juridiques amenant les Etats-Unis à estimer que l'implantation de colonies civiles israéliennes dans les territoires occupés par Israël est incompatible avec le droit international. Les voici :

Les territoires concernés

La péninsule du Sinaï, Gaza, la Rive occidentale et les hauteurs du Golan étaient gouvernés par l'empire ottoman avant la première guerre mondiale. Après cette guerre, le Sinaï a fait partie de l'Egypte; la bande de Gaza et la Rive occidentale (ainsi que la partie est du Jourdain) ont été intégrés au mandat britannique sur la Palestine; et les hauteurs du Golan ont fait partie du mandat français sur la Syrie. La Syrie et la Jordanie sont devenues plus tard indépendantes. La Rive occidentale et Gaza sont restées sous mandat britannique jusqu'en mai 1948.

En 1947, les Nations Unies ont recommandé un plan de partition - qui n'a jamais été mis en oeuvre - prévoyant l'attribution d'une partie du territoire à un Etat juif, le reste (notamment la Rive occidentale et Gaza) revenant à un Etat arabe. Le 14 mai 1948, immédiatement avant la fin du mandat britannique, un gouvernement provisoire d'Israël a proclamé la création d'un Etat juif dans les zones qui lui étaient attribuées dans le plan juif. La Ligue des Etats arabes a rejeté la partition, et les hostilités ont commencé. A la fin des hostilités, l'Egypte a occupé Gaza tandis que la Jordanie occupait la Rive occidentale. Les lignes de

démarcation ont été incorporées, avec des changements mineurs, dans les accords d'armistice conclus en 1949. Les accords d'armistice refusaient expressément de donner toute signification politique aux nouvelles lignes de démarcation, qui, néanmoins, ont été des frontières de fait jusqu'en juin 1967.

Pendant la guerre de juin 1967, les forces israéliennes ont occupé Gaza, la péninsule du Sinaï, la Rive occidentale et les hauteurs du Golan. L'Egypte a recouvré une partie des territoires du Sinaï pendant la guerre d'octobre 1973 et à l'occasion des accords de dégagement qui ont suivi, mais le contrôle israélien sur les autres territoires occupés est resté inchangé, si ce n'est pour des changements mineurs sur les hauteurs du Golan dans le cadre d'un accord de dégagement conclu avec la Syrie.

Les colonies de peuplement

Quelque 75 colonies israéliennes ont été installées dans les territoires susmentionnés (non compris les camps militaires sur la Rive occidentale dans lesquels on a récemment installé de petits groupes de civils). Israël a implanté ses premières colonies sur les territoires occupés en 1967 sous forme de "nahalim" paramilitaires. Plusieurs nahalim se sont transformés en colonies civiles à mesure qu'ils devenaient économiquement viables.

Israël a commencé à installer des colonies civiles en 1968. Ces dernières sont financées par l'Etat et également par des mouvements d'implantation non gouvernementaux affiliés le plus souvent à des partis politiques. La plupart seraient édifiées sur des terres domaniales, à l'extérieur du périmètre de toute municipalité, mais d'autres sont installées sur des terres privées ou municipales expropriées à cette fin.

Considérations juridiques

1. Comme indiqué précédemment, les forces armées israéliennes ont pénétré dans Gaza, la Rive occidentale, le Sinaï et les hauteurs du Golan en juin 1967 lors d'un conflit armé. Ces zones n'avaient pas antérieurement fait partie du territoire sous souveraineté israélienne, ni n'avaient été placées sous son administration. Du fait de la pénétration de ses forces armées, Israël a établi son contrôle et a commencé à exercer son autorité sur ces territoires et, en vertu du droit international, en est devenu l'occupant belligérant.

Les territoires dont s'empare un occupant belligérant ne passent pas de ce fait sous sa souveraineté. Le droit international donne à l'Etat occupant le pouvoir d'assurer l'administration militaire intérimaire de ces territoires et de ses habitants; cette autorité n'est toutefois pas illimitée. Des règles sont conçues pour permettre au pouvoir occupant de faire face à ses besoins militaires, de protéger la sécurité de ses forces d'occupation, d'assurer l'administration ordonnée des territoires, de protéger les droits et les intérêts de leurs habitants et de remettre à une étape ultérieure le règlement des questions de modification et de souveraineté territoriales, une fois la guerre terminée. Voir L. Oppenheim, 2 International Law 432-438 (7ème éd., H. Lauterpacht

éd., 1952); E. Feilchenfield, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* 4-5, 11-12, 15-17, 87 (1942); M. MacDougal & F. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order* 734-46, 751-7 (1961); règlement annexé à la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, articles 42-56, 1 Bevens 643; Department of the Army, *The Law of Land Warfare*, chapitre 6 (1956) (FM-27-10).

Concrètement et de façon générale, les pouvoirs de l'occupant sont : 1) d'assurer une administration ordonnée, 2) d'exercer son contrôle sur les ressources du pays et de les utiliser, dans la mesure nécessaire à cette fin et pour faire face aux besoins de ses propres troupes. L'occupant peut donc, à ce dernier titre, utiliser ces ressources pour ses propres finalités militaires, exiger des services des habitants, utiliser, réquisitionner, confisquer ou détruire leurs biens, dans les limites des besoins de l'armée d'occupation et de ceux de la population locale.

Toutefois, en dehors des considérations de qualité, de quantité et de durée que cela suppose, les actes de l'occupant n'auront pas d'effet juridique même si, de fait, ils ne peuvent pas être contestés jusqu'à la libération du territoire. L'occupant n'a pas le droit de traiter le pays comme son propre territoire ou ses habitants comme ses propres sujets ..., et s'agissant d'une grande partie des biens publics, il ne peut conférer des droits qu'au regard de lui-même et pendant la période limitée durant laquelle il exerce son pouvoir de facto. J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 697 (1959).

Sur la base des renseignements connus, les colonies civiles dans les territoires occupés par Israël ne se révèlent pas conformes aux limites imposées au pouvoir d'Israël en tant qu'occupant belligérant, en ce qu'elles ne semblent pas établies pour une durée limitée ou dans le but de permettre l'administration ordonnée des territoires, et bien que certaines puissent répondre accessoirement à des motifs de sécurité, elles ne s'avèrent pas nécessaires pour répondre aux besoins militaires durant l'occupation.

2. L'article 49 de la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, 6 UST 3516, prévoit au paragraphe 6 :

'La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle'.

Il semble donc que de par son libellé, le paragraphe 6 s'applique à tout transfert par une puissance occupante d'une partie de sa population civile quel qu'en soit l'objectif et que ce transfert soit volontaire ou non 44/. Il est clair qu'il concerne certaines actions de la puissance occupante telles que le choix du lieu des implantations, la distribution de terres, et le financement des colonies, ainsi que tout autre type d'assistance et de participation à leur mise en place. Il apparaît donc applicable, que le transfert soit cause de préjudice ou non. Le libellé

et l'historique de la disposition amènent à conclure que les transferts de la population civile d'un occupant belligérant dans un territoire occupé sont largement proscrits parce qu'ils dépassent la compétence d'une administration militaire intérimaire.

On a prétendu que l'interdiction visée au paragraphe 6 ne concernait que les transferts qui impliquaient le déplacement de la population locale. Bien que Lauterpacht, qui fait autorité en la matière, ait manifestement adopté ce point de vue, son opinion n'est pas étayée par la littérature, par les règles du droit international ni par le texte de la Convention et l'historique de sa négociation; sa position semble à l'évidence incorrecte. Le déplacement de personnes protégées est traité séparément dans la Convention, et le paragraphe 6 semblerait superflu s'il était limité aux cas de déportation. Une autre opinion concernant le paragraphe 6 est qu'il s'opposerait aux transferts de population en masse, comme ceux qui se sont produits pendant la seconde guerre mondiale, pour des raisons politiques, raciales ou dans un but de colonisation; il n'y a toutefois pas de raison ou de motif apparent pour limiter son application à de tels cas.

Les colonies de peuplement d'Israël semblent donc correspondre au 'transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par lui' au sens du paragraphe 6.

3. En vertu de l'article 6 de la Quatrième Convention de Genève, le paragraphe 6 de l'article 49 cesserait d'être applicable à Israël dans les territoires qu'il occupe lorsqu'il cessera d'exercer ses fonctions de gouvernement dans les territoires en question. Les lois de l'occupation par des belligérants continueraient à être généralement d'application en ce qui concerne un territoire occupé, jusqu'à ce qu'Israël le quitte ou que la guerre se termine entre Israël et ses voisins concernés par le territoire en question. La guerre peut se terminer de nombreuses manières, notamment en vertu d'un accord explicite ou par l'acceptation de fait du statu quo par les belligérants.

4. Il a été suggéré que les principes de l'occupation par un belligérant, notamment le paragraphe 6 de l'article 49 de la Quatrième Convention de Genève, peuvent ne pas s'appliquer à la Rive occidentale et à Gaza parce que la Jordanie et l'Égypte, respectivement, n'avaient pas de souveraineté légitime sur ces territoires. Toutefois, ces principes apparaissent applicables que la Jordanie et l'Égypte possèdent ou non des droits légitimes souverains en ce qui concerne ces territoires. Protéger le droit de retour d'un souverain évincé n'est pas leur objet unique ou essentiel; le but primordial est de protéger la population civile d'un territoire occupé et, sous réserve de modifications territoriales permanentes le cas échéant, jusqu'au règlement du conflit. La Quatrième Convention de Genève, à laquelle Israël, l'Égypte et la Jordanie sont parties, engage les signataires en ce qui concerne leurs territoires et les territoires des autres parties contractantes et 'en toutes circonstances' (art. 1), et pour tout conflit armé surgissant entre eux (art. 2) et en ce qui concerne toutes les personnes qui 'de quelque

manière que ce soit' se trouvent au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes (art. 4).

Conclusion

Si Israël peut prendre, dans les territoires occupés, les mesures nécessaires à ses besoins militaires et à la bonne marche de son administration pendant l'occupation, pour les raisons signalées ci-dessus, l'installation de colonies de peuplement civiles sur ces territoires est incompatible avec le droit international."

85. Un autre aspect de la dimension des transferts de population concerne le droit des étrangers de quitter le territoire d'une partie au conflit. Bien que ce droit existe dans le titre de l'article 35 de la Quatrième Convention de Genève, son exercice est volontaire, que ce soit au début ou pendant le conflit. Mais lorsque le départ des étrangers est contraire aux intérêts nationaux de l'Etat concerné, le droit de quitter le territoire peut leur être refusé. Ce refus doit être justifié et il existe un droit de recours. Toutefois, pour pouvoir quitter le territoire dans le contexte d'un conflit armé, les étrangers doivent en faire la demande, conformément à une procédure établie, les autorités étant tenues de prendre une décision aussi rapidement que possible.

86. Le droit de quitter un territoire pendant un conflit armé - et le fait qu'il soit exercé conformément à certaines procédures - peut être vu comme une garantie contre les expulsions massives et arbitraires d'étrangers ennemis de la part d'Etats ennemis pendant un conflit armé. Il est douteux que le droit en question s'applique aux réfugiés dans le territoire d'une partie à un conflit étant donné qu'ils bénéficient d'une protection spécifique leur garantissant de ne pas être traités comme des étrangers ennemis du fait de leur nationalité et de l'absence de protection de la part de leur Etat d'origine. Le droit humanitaire international accorde aux réfugiés une protection supplémentaire par rapport à celle accordée aux civils, et ils bénéficient en outre de la disposition de la Convention de 1951 interdisant les expulsions.

VI. RESPONSABILITE DES ETATS ET TRANSFERTS DE POPULATION

87. Le rapport préliminaire fait état des travaux de la Commission du droit international consacrés à la responsabilité des Etats 45/, travaux que l'on examinera ci-après plus en détail afin de déterminer, encore que de manière provisoire, leurs conséquences sur les transferts de population et l'installation de colons.

88. Un tel débat, qui a un rapport avec la question des recours, est loin d'être inutile car, malgré tout ce que l'on a écrit en général sur la place de la personne dans le droit international, on manque encore de précisions sur son droit de recours en droit international.

89. L'essence même de la théorie sur la responsabilité des Etats est qu'il y a responsabilité - dans le système inter-Etats - lorsqu'il y a manquement à une obligation internationale contractée par suite d'une action ou d'une

omission attribuable à l'Etat en vertu du droit international. La responsabilité n'est bien entendu pas une fin en soi. Le salaire du péché est la condamnation, non la responsabilité. Son importance tient au fait qu'elle entraîne des conséquences pour l'Etat auteur de l'acte illicite, qui varient selon l'importance de l'engagement enfreint, c'est-à-dire qu'elle pourrait amener des conséquences normalement liées à une responsabilité délictuelle pour la plupart des infractions (délits), ou celles qui sont liées à la responsabilité pénale, pour les infractions particulièrement graves (infractions criminelles).

90. Le premier devoir que le droit international exige d'un Etat dont le comportement constitue un fait illicite est d'y mettre fin 46/ lorsqu'il a un caractère de continuité. Toutefois, cette cessation n'exonère pas en soi l'Etat auteur du délit de sa responsabilité. Par conséquent, une réparation peut également être exigée. La réparation est un terme générique englobant diverses méthodes dont dispose un Etat pour s'acquitter de sa responsabilité ou s'en libérer. La Cour permanente de justice internationale a formulé la règle fondamentale en la matière en ces termes :

"C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate" 47/.

Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis" 48/.

91. La réparation intégrale peut prendre diverses formes : restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition. L'Etat lésé est en droit d'obtenir une réparation sous une ou plusieurs de ces formes combinées. L'Etat auteur du fait illicite ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement 49/.

92. La première de ces formes est la restitution en nature. Dans la citation ci-dessus de l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale, ce concept a été largement défini de façon à couvrir non seulement la restauration du statu quo ante mais également le retour à la situation théorique qui aurait existé (mais qui n'a pas existé) si le fait illicite ne s'était pas produit. Une telle définition engloberait un dédommagement par intégration. La Commission a toutefois choisi une approche plus restrictive. Sa définition de la restitution en nature se borne au rétablissement du statu quo ante sans préjudice du dédommagement éventuel pour manque à gagner 50/. Bien que cette solution ne soit pas aussi conforme à la prescription stipulant que les conséquences d'un acte illicite devraient être "effacées", bon nombre de décisions la soutiennent 51/, et il est beaucoup plus facile de la contrôler que d'évaluer une situation qui n'a jamais existé.

93. Il est généralement reconnu que la restitution en nature l'emporte sur l'indemnisation. Pour des raisons de logique et de moralité, il serait insoutenable qu'un système de droit quel qu'il soit - y compris le droit international - permette que les infractions dont il a été l'objet soient réglées par voie d'indemnisation (réparation par équivalent). Par définition, le souci premier du droit est de rétablir la situation initiale, antérieure à la violation. Ceci étant, il faut reconnaître que la restitution en nature est presque toujours plus difficile à obtenir que l'indemnisation, ce qui peut expliquer que, statistiquement, dans la pratique judiciaire et arbitrale, une prépondérance de la réparation par équivalent apparaît clairement 52/. Il importe de garder à l'esprit que, même dans ces cas, les parties concernées insistent habituellement sur une restitution en nature, mais "transigent" en faveur de l'indemnisation vu leurs chances improbables de l'obtenir. La Commission a adopté une approche souple : tandis que les commentaires sur le projet d'article 7 ne laissent pas de doute quant à la primauté de la restitution en nature, justement dénommée "naturalis restitutio", le début de l'article 7 a été rédigé de manière à accorder un droit à l'Etat lésé et subordonne l'accomplissement du devoir de restitution en nature à une demande dans ce sens émanant de l'Etat lésé 53/.

94. Tout en étant conscient que la démarche souple adoptée par la Commission en la matière tient à son désir de faire accepter le projet par les Etats, le Rapporteur spécial estime regrettable qu'une trop grande discrétion soit laissée à l'Etat lésé s'agissant de décider la substitution de la réparation par équivalent (indemnisation) à la restitution en nature. Dans le domaine des transferts forcés de population et de l'implantation de colons - en fait partout où il y a violations des droits de l'homme - la latitude laissée à l'Etat lésé signifie dans la pratique que la disposition favorisera les riches et les forts au détriment des faibles et des pauvres.

95. Il peut arriver que l'Etat qui défend les réclamations de victimes de transferts forcés de population soit forcé ou tenté de substituer à leur droit à la réparation (restitution en nature) l'indemnisation (pécuniaire ou en nature). Pourtant, comment une indemnisation peut-elle dédommager les victimes de l'exil qui les prive fondamentalement de leur patrie, privation qui touche à l'essence même des caractéristiques immuables qui constituent notre entité personnelle et collective 54/. Le fait est que, outre la définition restrictive de la réparation (art. 6), les victimes s'apercevront peut-être - une fois l'indemnisation décidée - que la perte de la jouissance de leurs biens, de leurs réalisations, etc., pourrait aller bien au-delà des pertes compensables 55/.

96. La restitution en nature est limitée par quatre exceptions : premièrement, l'impossibilité matérielle. C'est ainsi que, si les membres de la population qui avaient été transférés par la force meurent, leur rapatriement devient matériellement impossible. A l'inverse, si leurs maisons sont incendiées, il sera impossible de les leur restituer en nature. Dans la première hypothèse, leurs familles devraient pouvoir réclamer une restitution en nature, c'est-à-dire le rapatriement. Ce qui n'est pas évident, c'est la durée pendant laquelle un droit peut survivre au passage du temps. L'impossibilité matérielle peut également provenir d'un changement fondamental dans l'équilibre démographique de l'Etat dont la population a été transférée. Ainsi, les Tatars de Crimée qui regagnaient leur habitat ancestral ont

constaté que bon nombre de leurs maisons et de leurs terres avaient été reprises par d'autres émigrants, ce qui ne constitue pas, à première vue, une impossibilité matérielle. La situation peut être différente si de longues années se sont écoulées depuis qu'une population a été expulsée de sa patrie. Dans ce domaine, l'argument de l'impossibilité matérielle devrait être étroitement interprété de manière à exclure les résultats d'actions de l'Etat qui a causé les transferts de population, c'est-à-dire l'installation de nouveaux habitants. En même temps, il est sage de se garder de jugements hâtifs, parce que l'exercice du droit à la restitution en nature peut entraîner, du fait du temps écoulé, le déplacement d'autres personnes innocentes du transfert de population initial.

97. Deuxièmement, la restitution en nature ne devrait pas entraîner d'infraction à une obligation tenant à une norme péremptoire du droit international général. C'est ainsi qu'une guerre d'agression ne peut pas être menée pour obtenir, par exemple, le rapatriement de réfugiés vers l'Etat dont ils se sont enfuis. Il est moins évident que des contre-mesures armées puissent être opposées à un transfert de population équivalant à un génocide ou entraînant des violations massives des droits de l'homme, et pouvant donc être qualifié de crime international et qu'une telle réaction serait légitime uniquement lorsque le Conseil de sécurité en aurait préalablement ainsi décidé 56/.

98. Troisièmement, la restitution en nature ne devrait pas imposer une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'Etat lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation. Cette "exception au titre d'une charge excessive" se fonde sur des considérations d'équité. A ce titre, dans le cas des infractions les plus graves, par exemple un transfert de population équivalant à un génocide, il serait inéquitable de considérer l'effort de réparation comme excessif et de transiger en faveur de l'indemnisation. Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus (par. 89), ces infractions peuvent, du fait de leur gravité, entraîner des conséquences juridiques pénales. A ce stade de l'élaboration du projet de la Commission du droit international, le sort qui sera finalement réservé à son concept de la responsabilité criminelle internationale des Etats (décrite à l'article 19, première partie) n'est pas encore évident. En dépit de cette incertitude, il est probable et logique que la limitation pour charge excessive sera éliminée ou réduite en ce qui concerne la réparation de violations très graves (crimes).

99. Comme l'indique le commentaire, la quatrième exception "se rapporte à des situations très exceptionnelles et présente sans doute plus d'intérêt rétrospectivement qu'à l'heure actuelle. Le principe est que la restitution en nature ne devrait pas être demandée lorsqu'elle est de nature à menacer sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite alors que l'Etat lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution" 57/.

100. Cette limitation s'applique principalement à l'investissement étranger, et, en tant que telle, ne nous concerne pas.

101. L'indemnisation est dans la pratique la forme de réparation la plus courante. Comme indiqué ci-dessus (par. 91), elle peut être demandée séparément ou en même temps que d'autres formes de réparation, essentiellement la restitution en nature pour obtenir une réparation intégrale, c'est-à-dire l'élimination des conséquences d'un fait illicite. Les décisions judiciaires et arbitrales relatives au transfert massif de population sont relativement rares, mais les organes politiques de l'Organisation des Nations Unies ont eu plus d'une fois l'occasion de traiter de cette question et de demander la restitution en nature et/ou l'indemnisation. C'est ainsi que sur la suggestion du Médiateur des Nations Unies en Palestine, le Comte Bernadotte, l'Assemblée générale a adopté, le 11 décembre 1988, la résolution 194 (III), dans laquelle elle a décidé au paragraphe 11

"qu'il y a lieu de permettre aux réfugiés qui le désirent, de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins, et que des indemnités doivent être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décident de ne pas rentrer dans leurs foyers et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage doit être réparé par les gouvernements ou autorités responsables" 58/.

En 1950, l'Assemblée générale a adopté la résolution 393 (V) sur l'aide aux réfugiés de Palestine dans laquelle elle a estimé que la réintégration des réfugiés dans la vie économique du Proche-Orient, soit par le rapatriement soit par la réinstallation - vraisemblablement dans les Etats arabes existants ainsi qu'en Israël - était essentielle pour la paix et la stabilité dans la région. Depuis 1948, l'Assemblée générale a adopté de nombreuses résolutions dans lesquelles elle a chaque fois déploré qu'il n'y ait pas eu de rapatriement ou d'indemnisation. La résolution 242 (1967) du Conseil de sécurité est rédigée en termes plus généraux - elle souligne seulement "la nécessité de réaliser un juste règlement du problème des réfugiés". Dans le cadre de l'actuel processus de paix au Moyen-Orient, conformément à la résolution 242, la recherche d'une juste solution du problème des réfugiés est abordée à la fois dans les pourparlers bilatéraux et multilatéraux. Les deux questions que sont l'indemnisation (intégration des réfugiés) et le rapatriement n'ont pas encore trouvé de solution.

102. Dans les résolutions relatives à l'Afghanistan et au Cambodge, on trouve le même langage que dans la résolution 194 (III) de l'Assemblée générale. Récemment, abordant la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, l'Assemblée générale a réaffirmé le droit de toutes les personnes à retourner dans leurs foyers dans la sécurité et la dignité. De même, la Commission des droits de l'homme a souligné il y a quelques mois le droit qu'avaient toutes les victimes (du nettoyage ethnique) de retourner dans leurs foyers. Contrairement à la résolution relative à la Palestine, ces résolutions ne mentionnent généralement pas la question de l'indemnisation 59/ encore que la notion soit implicite dans l'appel tendant à ce que les réfugiés rapatriés recouvrent leurs biens.

103. C'est ainsi que dans de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale concernant les transferts de population et l'implantation de colons à Chypre 60/, un appel a été lancé pour que tous les réfugiés puissent rentrer en toute sécurité dans leurs foyers et que tous les autres aspects

du problème des réfugiés soient réglés. Il fallait que ces derniers puissent récupérer leurs biens, en particulier leur foyer et les terres qu'ils possédaient au moment de leur départ. Pour toute évaluation de l'indemnisation, il est important de garder à l'esprit que les situations à l'origine des transferts de population varient énormément et qu'il n'est pas inconcevable que l'indemnisation se fasse au détriment du reste de la population restée dans le pays et qui n'est pas impliquée dans les activités du "régime criminel" à l'origine du transfert de population. Par exemple, une demande d'indemnisation au nom des personnes transférées d'Afrique du Sud par l'ancien régime d'apartheid constituerait aujourd'hui un fardeau pour l'ensemble de la population sud-africaine.

104. Un dernier point sur l'indemnisation est qu'après une étude approfondie de la pratique et de la doctrine en la matière, la Commission est parvenue à la conclusion que l'expression "dommage susceptible d'évaluation économique" recouvrait entre autres le dommage causé à l'Etat à travers la personne physique ou morale de ses ressortissants ou de ses agents (soit le dommage dit "indirect" causé à l'Etat). Selon le commentaire, ce type de dommage englobe à la fois la perte d'ordre "patrimonial" subie par les personnes privées, physiques ou morales, et le dommage "moral" subi par ces personnes 61/.

105. Il y a lieu toutefois de souligner que même si le préjudice est causé à des personnes privées, dans le projet de la CDI la responsabilité est envisagée exclusivement dans le contexte des relations entre Etats. Le droit d'une personne à des moyens de recours effectifs contre d'autres Etats, y compris le sien, ne relève pas, dans la plupart des cas, de la responsabilité de l'Etat telle qu'elle a été codifiée par la Commission. Comme indiqué ci-dessus (par. 88), le droit d'une personne à la réparation (y compris à l'indemnisation) reste à clarifier.

106. La raison essentielle en est que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont appliqués par le biais de la législation nationale. En outre, c'est seulement lorsque de tels instruments contiennent des dispositions permettant à des personnes de demander réparation à un organe international que la relation va au-delà des limites du droit interne. Il est bien sûr encourageant que sur les 126 Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 76 ont accepté le Protocole facultatif. Se fondant sur le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte qui stipule que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, le Comité des droits de l'homme, qui a interprété au sens large les dispositions du Pacte en rapport avec l'indemnisation (par. 5 de l'article 9 et par. 6 de l'article 14), n'a pas hésité, par exemple dans l'affaire contre le Paraguay, à affirmer que l'Etat était tenu d'offrir des moyens de recours utile à la victime 62/.

107. Là aussi, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 50) offre une vague protection, stipulant que le tribunal "accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable" si le droit interne de l'Etat défendeur ne permet qu'imparfaitement de réparer les conséquences du comportement illicite mis en cause et dont l'existence a été établie.

108. De même, la Convention américaine relative aux droits de l'homme fait obligation à la Cour interaméricaine d'ordonner, "le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée".

109. Quoi qu'il en soit, même si ces organes ne cessent de développer le droit des droits de l'homme, il n'échappera pas au lecteur que tant dans le Pacte que dans les traités régionaux, la marge discrétionnaire laissée à l'organe concerné est trop large pour que les personnes puissent réclamer le bénéfice de leur droit avec la certitude requise.

110. Pour revenir aux modes de réparation, on constatera qu'en plus de la cessation du comportement illicite de la restitution en nature et de l'indemnisation, l'Etat lésé a le droit dans certaines circonstances 63/ de demander satisfaction, laquelle constitue le troisième mode de réparation. Elle peut revêtir un certain nombre de formes : excuses, dommages-intérêts symboliques, dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte, action disciplinaire à l'encontre d'agents de l'Etat ou de personnes privées ou leur châtement si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves de personnes privées ou d'agissements criminels d'agents de l'Etat.

111. La satisfaction est un mode de réparation exceptionnel qui constitue une atteinte à l'autorité interne de l'Etat offenseur alors que l'on peut alléguer que la responsabilité demeure délictuelle et non pénale - même si la satisfaction est prévue comme mode de réparation. La satisfaction revêt un "caractère afflictif" et confine aux conséquences normalement associées aux crimes. Sachant qu'elle peut être et a effectivement été utilisée abusivement par des Etats puissants 64/, la Commission a voulu prévenir de tels abus en stipulant au paragraphe 3 de l'article 10 que "le droit d'obtenir satisfaction n'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite". Tout en étant consciente du risque d'abus du recours à la satisfaction, la Commission envisage des sanctions disciplinaires contre des agents de l'Etat ayant commis un acte illicite, démarche dont il y a lieu de se féliciter en ce sens qu'elle vise à assurer une plus large protection aux victimes d'atteinte aux droits de l'homme. Enfin, si la Commission développait en détail les conséquences des agissements criminels, il est probable que l'exception figurant au paragraphe 3 de l'article 10 serait limitée ou éliminée.

112. Les assurances et les garanties de non-répétition constituent le quatrième et dernier mode de réparation pour un fait internationalement illicite 65/. Ce type de réparation peut requérir certaines mesures de la part de l'Etat fautif, comme l'adoption ou l'abrogation de certaines dispositions législatives. Par exemple, dans l'affaire contre l'Uruguay, le Comité des droits de l'homme a non seulement demandé réparation pour la victime mais aussi conclu que l'Uruguay était "dans l'obligation ... de prendre des mesures pour que de telles violations ne se reproduisent pas à l'avenir" 66/.

113. Nous avons traité jusqu'à présent des conséquences dites "substantielles" d'un fait internationalement illicite. Vu l'absence, constatée plus haut, d'un mécanisme international efficace qui permette d'obtenir réparation, un Etat

lésé peut se voir obligé de recourir à des contre-mesures unilatérales pour assurer le respect d'une obligation enfreinte. Le projet de la Commission du droit international traite de ces contre-mesures, qualifiées aussi de représailles, sous la rubrique "conséquences instrumentales".

114. Les contre-mesures sont un concept controversé. De par leur nature, elles constituent un moyen de se faire justice soi-même qui nuit au progrès de la société internationale vers l'institutionnalisation de la primauté du droit à l'échelle internationale. D'un autre côté, elles constituent, dans de nombreux cas, la seule sanction disponible pour assurer le respect des obligations découlant du droit international. On notera que si la Commission incorpore dans le projet ce concept, qui commence à peine à être développé, - reconnaissant ainsi la légitimité d'une mesure fâcheuse à laquelle il est pourtant trop souvent recouru dans les relations internationales - c'est aux fins d'en réglementer l'utilisation de façon à réduire les risques d'abus, et ce en l'intégrant dans les procédures de règlement des différends, en imposant une restriction fondée sur la proportionnalité à son utilisation et en interdisant certaines contre-mesures 67/. S'agissant des contre-mesures interdites, ce qui nous intéresse en particulier c'est la protection visée dans le projet d'article 14 proposé par le Rapporteur spécial qui stipule ce qui suit :

"Un Etat lésé ne doit pas recourir à titre de contre-mesure :

...

c) à tout comportement qui :

i) n'est pas conforme aux règles du droit international relatif à la protection des droits de l'homme fondamentaux" 68/.

115. A cet égard, l'expulsion massive de populations, en tant que contre-mesure à un transfert de population ou encore à la suite de la violation d'une obligation dans un autre domaine, est interdite.

116. On peut poser à ce propos la question de savoir si les cas célèbres de traités portant sur des transferts forcés de population ne peuvent pas être considérés comme une légitimation d'une contre-mesure a posteriori ou durant le processus de transfert de population. Compte tenu de l'interdiction absolue de tels transferts dans le projet d'articles qui traduit le fait que - selon le quatrième rapport du Rapporteur spécial de la CDI - les limitations imposées au droit de réaction unilatérale à des faits internationalement illicites ont pris de nos jours, grâce au développement sans précédent du droit des droits de l'homme, une valeur restrictive qui ne le cède qu'à celle de la condamnation du recours à la force, il est peu probable qu'à notre époque de tels traités ne seraient valides.

117. Jusqu'à présent, la relation de responsabilité a été envisagée dans une perspective bilatérale. Il arrive souvent, pourtant, qu'il soit porté atteinte aux droits de plus d'un Etat dans la même proportion ou dans une proportion différente (indirectement). Outre la victime principale, d'autres Etats peuvent être considérés comme lésés dans une proportion différente, lorsqu'il y a manquement à une obligation erga omnes; or il y a lieu de se rappeler

que les violations des droits de l'homme sont par définition des violations d'obligation erga omnes. Dans de tels cas, il semble qu'on soit en droit de demander la cessation et des garanties de non-répétition pour la sauvegarde des intérêts communs auxquels il a été porté atteinte. Il n'est pas sûr que les Etats autres que la victime principale puissent réclamer un dédommagement pécuniaire. Ils peuvent, selon certains auteurs, demander restitution en nature. La situation devient problématique lorsque la principale victime accepte l'indemnisation au lieu de la restitution en nature. Dans ce cas, les autres Etats devraient-ils insister sur la restitution en nature ? Tout aussi problématique est la "capacité" de recourir à des contre-mesures lorsque la victime principale accepte la restitution en nature ou l'indemnisation. Les autoriser entraînerait des conflits sans fin et, pour l'Etat fautif, des conséquences d'une sévérité excessive; mais les interdire reviendrait à réduire la relation de responsabilité à un différend bilatéral alors qu'il a manifestement été porté atteinte à des intérêts collectifs.

118. Le problème se complique lorsque la violation ne relève plus de la responsabilité délictuelle mais de la responsabilité pénale. Il est trop tôt pour dire quelle solution la Commission finira par adopter, mais on peut affirmer que plus la violation est grave plus on doit s'attendre à ce que la relation de responsabilité perde de son caractère bilatéral. C'est ainsi que dans une situation de transfert de population constituant un crime, le fait que la principale victime accepte l'indemnisation ne doit pas, en principe, empêcher d'autres Etats d'insister sur la restitution en nature et la satisfaction, y compris la punition des agents de l'Etat responsables.

119. Dans le cas des crimes, il y a toujours plusieurs Etats en présence car, par définition (aux termes de l'article 19 de la première partie du projet d'articles), un crime est un fait internationalement illicite qui résulte de la violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble.

120. Parmi les crimes énumérés aux alinéas b) et c) du paragraphe 2 de l'article 19, deux se rapportent à des faits constituant respectivement une violation grave du droit à l'autodétermination, tels que l'imposition ou le maintien par la force de la domination coloniale, et une violation grave des droits de l'homme comme l'esclavage, le génocide et l'apartheid.

121. La question de savoir qui décide de l'existence d'un crime est tout aussi complexe. Initialement, au moins, c'est à la principale victime de le faire. Quoi qu'il en soit, il faut qu'elle qualifie l'acte de fait illicite. Bien sûr, en théorie, une telle tâche incombe à la Cour internationale de Justice, mais sa capacité de s'en acquitter est restreinte par le caractère essentiellement volontaire de sa compétence. Le Conseil de sécurité pourrait être habilité à le faire à condition que sa décision fasse l'objet d'un contrôle et d'un examen judiciaire de la part de la Cour internationale. La solution viendra davantage du développement progressif du droit que de la codification du droit existant.

122. L'existence de ces possibilités met en évidence la complexité des problèmes que pose la définition des conséquences des crimes internationaux. A ce stade des travaux de la Commission, il n'est guère possible de tirer des conclusions définitives.

123. Cela étant, il est possible à partir du présent examen de la responsabilité des Etats de tirer les conclusions provisoires suivantes :

1. Le développement du droit des personnes à bénéficier directement de moyen de recours effectif commence à peine. D'ailleurs, même quand ils sont prévus, par exemple dans le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il n'existe aucune certitude de pouvoir y recourir.

2. Les règles relatives à la responsabilité des Etats pourraient combler cette lacune dans la protection des droits de l'homme. Leur principal inconvénient, toutefois, est qu'elles opèrent dans le contexte des relations inter-Etats et qu'elles sont conçues pour régir tous les faits illicites, non seulement les violations des droits de l'homme qui peuvent nécessiter un régime différencié qui tienne compte de la complexité des situations créées par ces violations; par exemple, s'agissant des moyens de réparation (indemnisation plutôt que restitution en nature), il faudra peut-être faire preuve de moins de souplesse dans le cas des violations des droits de l'homme.

3. Les transferts de population forcés massifs semblent pouvoir dans certaines circonstances être considérés comme des crimes internationaux avec toutes les conséquences qui les accompagnent et que la Commission du droit international doit encore définir d'une manière plus claire.

4. Dans d'autres circonstances, de tels transferts ne sont pas considérés comme des crimes, mais constituent des faits illicites ordinaires. Cet aspect, que la CDI a davantage approfondi, a été décrit d'une manière détaillée dans le présent chapitre.

5. Dans d'autres situations encore, un transfert de population peut être opéré dans des circonstances où la responsabilité n'est pas engagée, par exemple lorsqu'il s'agit d'intérêts nationaux supérieurs ou d'impératifs militaires. De tels transferts ont, cependant, des conséquences préjudiciables à la population ou au groupe concerné. Par équité, des victimes innocentes ne devraient pas avoir à supporter seules les conséquences du dommage subi. Une responsabilité pour dommage causé sans qu'il y ait faute pourrait être envisagée, mais cela nécessiterait un développement progressif du droit d'une portée plus vaste que ce que la plupart des Etats sont prêts à accepter. Cet aspect sera approfondi dans le rapport final.

VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

A. Résumé

124. Alors que l'objectif du rapport préliminaire (E/CN.4/Sub.2/1993/17 et Corr.1) était d'examiner d'une manière générale la question du transfert forcé de population, le présent rapport est axé sur des aspects plus précis, son objectif étant d'évaluer le cadre normatif applicable au transfert de

population dans la double perspective du droit international et des droits de l'homme. Il décrit d'abord le cadre normatif du droit international et des droits de l'homme et fait valoir que les normes relatives aux droits de l'homme sont utiles lorsqu'il s'agit de définir le comportement des Etats en ce qui concerne la protection des populations contre des déplacements arbitraires ainsi que durant de tels déplacements.

125. Le rapport traite ensuite de la question de la légalité des transferts de population et il y est indiqué que, d'une manière générale, le droit international interdit le transfert des personnes et l'implantation de colons. Le principe directeur est que le transfert de population doit se faire avec le consentement de la population concernée.

126. La deuxième section contient en outre un examen du caractère illégal du transfert de population lorsqu'il a pour but ou pour effet le génocide, la torture et autres traitements analogues, l'esclavage, la discrimination raciale et systématique et qu'il fait obstacle à l'exercice légitime du droit à l'autodétermination. Le rapport décrit encore certaines normes permissives du droit international qui justifieraient le transfert de population, les limites aux dérogations et les aspects internes et internationaux du transfert de population. S'agissant du premier aspect, il est évident que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (principe de la liberté de circulation) prévalent. Pour ce qui est du deuxième aspect, les dispositions du paragraphe 2 de l'article 12 (droit de quitter son propre pays et d'y revenir) constituent le principe directeur, au même titre que le droit de rester qui commence à être reconnu.

127. Bien que les deux dispositions de l'article 12 énoncent des droits susceptibles de dérogation, le problème fondamental est que les états d'urgence, durant lesquels les transferts de population sont fréquents, sont souvent proclamés, durent plus longtemps que nécessaire, et qu'un certain comportement est exigé de l'Etat durant ce type de situation (section III).

128. S'agissant de la question du transfert de population envisagée sous l'angle des droits économiques, sociaux et culturels qui est décrite dans la quatrième section, le déni de ces droits peut provoquer des mouvements massifs de population.

129. La cinquième section traite du transfert de population et des conflits armés et décrit comment les normes générales applicables aux conflits tant internes qu'internationaux interdisent le déplacement contre leur gré de populations civiles. En outre, certains arguments invoqués pour justifier le transfert de population et l'installation de colons y sont examinés.

130. Enfin, la sixième section contient un examen de la question de la responsabilité des Etats et du transfert de population et rend compte des importants travaux consacrés par la Commission du droit international à la responsabilité des Etats. Procédant du principe que le transfert de population est un fait internationalement illicite, le rapport en décrit les conséquences et les responsabilités des Etats fautifs. Il est également question de lacunes dans la protection des victimes, ainsi que de l'incidence de ces lacunes sur les modes de réparation. Le rapport évalue, enfin, de façon provisoire, les

effets du développement du concept de responsabilité pénale pour les conséquences du transfert de population considéré comme un fait internationalement illicite.

B. Conclusions

131. Le droit international interdit le transfert de personnes, y compris l'installation de colons et fait de cette interdiction un principe général. Le principe directeur est que le transfert de population doit se faire avec le consentement de la population concernée, ce qui rend encore plus stricte l'interdiction du transfert. Le transfert de population et l'implantation de colons et de colonies sont forcés s'ils se font sans le consentement des intéressés. Le critère qui détermine le caractère forcé d'un transfert repose donc sur l'absence de consentement, mais il y a l'emploi de la force, les mesures coercitives et l'incitation à la fuite.

132. Le transfert forcé de population, sauf dans les cas où il y a une dérogation ou un impératif militaire, est de prime abord un fait internationalement illicite lorsque de par l'objectif visé ou les méthodes employées le transfert s'apparente au génocide, à l'esclavage, à la discrimination raciale ou systématique ou à la torture, il peut être assimilé à un crime au sens de l'article 19 (première partie) du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats et entraîner toutes les conséquences des faits internationalement illicites en plus de celles généralement associées aux crimes. Dans cette catégorie s'inscrivent des actes tels que le "nettoyage ethnique", l'expulsion de minorités ou de groupes ethniques de leurs foyers à l'intérieur de l'Etat et l'implantation de colons, autant d'actes pouvant être considérés comme un déni du droit à l'autodétermination.

133. Des formes moins graves de transfert de population qui ne constituent pas des crimes peuvent être considérées comme des faits internationalement illicites; l'Etat qui se livre à de tels actes a une obligation de cessation et de réparation. Sa responsabilité est délictuelle. D'autres Etats peuvent réagir en prenant des contre-mesures pour amener le premier Etat à se conformer à ses obligations. De telles réactions (contre-mesures) sont strictement circonscrites aux fins de prévenir les abus et une escalade et d'assurer que la réaction ne constitue pas une violation des droits fondamentaux de l'homme.

134. Les transferts de population peuvent être permis en application de certaines dérogations qui requièrent une justification et entraînent des obligations quant au comportement durant le processus de transfert et de réparations par la suite. Bien que des dérogations puissent justifier un transfert de population dans certains cas, il n'en demeure pas moins que les transferts opérés sur cette base sont des transferts forcés. En raison de la formulation précise des restrictions à la liberté de circulation et au droit de quitter son propre pays et d'y revenir (par. 3 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), ces restrictions, si elles constituent réellement des dérogations, renforcent la thèse selon laquelle la réinstallation, le déplacement et le transfert de population

doivent être justifiés. En conséquence, les restrictions doivent être interprétées au sens étroit et justifiées objectivement par les considérations d'intérêt public sur lesquels elles sont fondées.

135. En supposant que le transfert de population sans consentement puisse être considéré comme un fait internationalement illicite au regard du droit international, il est possible de jeter les bases d'une définition pratique du concept "transfert forcé" de population. A cet égard, l'illicéité peut être établie par rapport au consentement ou à son absence, ce facteur étant le principe général directeur en vigueur en droit international coutumier.

136. L'absence de consentement, en tant que moyen d'établir l'existence d'un fait internationalement illicite, doit être reliée au droit international parce qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu et que certaines dérogations, pour autant qu'elles soient fondées en droit international, autorisent les transferts de population. En conséquence, il est proposé d'utiliser le concept "transfert forcé" de population pour qualifier la réinstallation ou le déplacement d'une population sans son consentement pour quelque motif que ce soit et par des moyens contraires au droit international.

137. Même dans les situations où le transfert de population n'est pas illégal, le groupe transféré subit un préjudice et a droit, par équité, à une indemnisation. Une victime innocente ne devrait pas avoir à supporter toute seule les conséquences du dommage qu'elle a subi. Ce critère sera approfondi dans le rapport final, l'accent étant mis sur les normes de la Banque mondiale 69/.

138. S'agissant des modes de réparation prévus dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats (art. 6 à 10), l'attention a été appelée sur la cessation et la réparation. La relation entre les deux modes de réparation que sont la restitution en nature et l'indemnisation ne laisse aucun doute quant à la primauté de la restitution en nature. La pratique des organes internationaux dans le cadre de conflits tels que ceux du Moyen-Orient, du Cambodge, de Chypre et de l'Afghanistan confirme que la restitution en nature est normalement demandée sous forme de rapatriement. L'indemnisation est soit explicitement mentionnée, comme dans le cas des réfugiés palestiniens, ou implicite dans les parties du texte de la résolution concernant d'autres conflits.

139. Quand il s'agit de choisir entre la restitution et l'indemnisation, un Etat lésé a - dans le projet de la CDI - une grande marge discrétionnaire (art. 6). On se rend compte des éventuels effets néfastes qu'une telle marge peut avoir sur la protection des victimes de violations des droits de l'homme, notamment de transferts massifs de population, lorsqu'on considère que des gouvernements de pays pauvres ou des gouvernements faibles peuvent être tentés de substituer le rapatriement à l'indemnisation.

140. Les transferts de population au niveau international engendrent une relation trilatérale entre l'Etat fautif, l'Etat victime et les personnes lésées. Sachant que la responsabilité internationale relève essentiellement des relations inter-Etats, même si l'Etat peut se considérer indirectement lésé par le préjudice causé à des personnes, le droit de la personne demandant réparation peut être restreint par le fait que les traités relatifs aux droits

de l'homme sont signés par les gouvernements, que bon nombre de ces traités ne contiennent pas de règles de procédure sur les moyens de recours et que, même lorsque de tels moyens de recours existent (auprès d'instances internationales), le droit de la personne d'y accéder reste à développer.

C. Recommandations

141. La définition de ce que constitue un transfert forcé donnée dans la présente étude n'est que provisoire et doit être approfondie avec celle des critères connexes. Par exemple, en plus d'une définition générale, il est possible de décrire avec précision les actes qui constituent un transfert forcé.

142. Tâche encore plus importante, il convient d'orienter les travaux futurs vers l'élaboration d'un régime qui clarifie et améliore les normes en vigueur relatives à la responsabilité des Etats dans le domaine du transfert des populations et de l'implantation de colons. A l'heure actuelle, ces normes sont dispersées, situation qui peut être mise à profit par des Etats récalcitrants qui essaient de s'y soustraire. Qui plus est, il faut tirer parti de l'élan donné par les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, l'objectif étant de parvenir à un régime différencié qui tienne mieux compte des exigences de la sanction des faits illicites qualifiés de violations des droits de l'homme et de la complexité des situations qu'ils créent et qui, parfois, ne se prêtent pas aux recettes simples du droit international. Pour commencer, il est recommandé que la Sous-Commission s'attaque à l'élaboration d'un projet de déclaration sur la question des transferts forcés de population et de l'implantation de colons et de colonies. Il serait bon à cet égard d'analyser plus avant les directives de la Banque mondiale sur la réinstallation forcée 70/.

143. Le Rapporteur spécial recommande que le séminaire multidisciplinaire d'experts sur les aspects du transfert de population touchant les droits de l'homme, y compris sur l'implantation de colons et de colonies, recommandé par la Sous-Commission dans sa résolution 1993/34 et approuvé par la Commission des droits de l'homme dans sa décision 1994/102, ait lieu en novembre 1994, afin qu'il ait le temps d'établir son rapport final.

144. Dans son rapport final (E/CN.4/Sub.2/1993/8), le Rapporteur spécial sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales propose une série de directives et de principes fondamentaux qui devraient permettre de renforcer le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme. Dans sa résolution 1993/29, la Sous-Commission a décidé d'examiner plus avant ces principes et directives et de créer à cet effet, si cela était nécessaire, un groupe de travail de session. L'auteur de la présente étude exhorte la Sous-Commission à le faire car cela aiderait non seulement à combler une lacune dans le droit international relatif aux droits de l'homme, mais aussi à élaborer des solutions plus adaptées à la situation tragique des personnes déplacées.

Notes

1/ Voir Restatement of the Law: Third Statement of US Foreign Relations Law, vol. 2 (1987), p. 165; David Harris, Cases and Materials in International Law, 4ème éd., (Londres, 1991), p. 695; Affaire de la Barcelona Traction, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice, p. 32.

2/ Voir article 11 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

3/ Voir Gita Welch : The prohibition of torture, cruel, inhuman and degrading treatment or punishment in international law, Thèse de doctorat en philosophie, Oxford, 1993.

4/ HCR, Note sur certains aspects de la violence sexuelle contre les femmes réfugiées, A/AC.96/822, 12 octobre 1993; Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées (Genève, 1991).

5/ Rés. 44/2, Annuaire 138 (1952).

6/ Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, 1989. Il s'agit de la Convention No 169, qui est une révision de la Convention No 107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, 1957.

7/ Article 16, Convention No 169.

8/ Le terme "indemnisation" signifie généralement une indemnisation en espèces ou en nature, mais lorsque le rétablissement du statu quo ante est matériellement impossible le terme a été utilisé à tort pour désigner la restitutio in integrum (on trouvera une analyse plus détaillée de la question à la section V).

9/ Jennings, Acquisition of Territory in International Law (1963).

10/ Brownlie, Encyclopedia on African Boundaries (Londres, 1979), p. 20.

11/ Beyani, Restrictions on Internal Freedom of Movement and Residence in International Law, Thèse de doctorat en philosophie, Oxford, 1992.

12/ Dans l'affaire des Indiens miskitos évoquée plus haut, la Commission interaméricaine a considéré que le refus du Nicaragua d'autoriser les Misquitos à retourner sur les terres qu'ils occupaient antérieurement lorsque l'état d'urgence a été levé équivaldrait à une restriction de la liberté de circulation et de choix de la résidence.

13/ Décision No 24/1977 du Comité des droits de l'homme - Sélection de décisions prises en vertu du Protocole facultatif (CCPR/C/OP/1), 1985.

14/ Australian Law Reports, p. 472 (1985).

15/ Convention No 169 de l'OIT.

16/ Opinion consultative du 9 mai 1986 sur le sens du mot "lois" à l'article 30 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

17/ C. Beyani, "Restrictions on internal freedom of movement and residence in international law", thèse de doctorat en philosophie, Oxford, chap. 5 et 6.

18/ Sandra Lovelace c. Canada, voir note 13 plus haut.

19/ Opinion du juge Lauterpacht dans l'affaire de tutelle sur laquelle s'est penchée la Cour internationale de Justice en 1958 (Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1958).

20/ Guy Goodwin-Gill, International Law and the Movement of Persons Between States (Oxford, 1978), p. 262.

21/ Article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948); Convention relative au statut des réfugiés (1951) et Protocole y relatif (1967); Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (1969) et Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984).

22/ Ibid.

23/ HCR, Les réfugiés dans le monde : l'enjeu de la protection (La Découverte, 1993), p. 31 à 50.

24/ Voir le document du Conseil de l'Europe sur les activités du Conseil de l'Europe en matière de migration (Strasbourg, 1993).

25/ Voir par. 16 à 24.

26/ En vertu de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ces normes sont les suivantes : un danger exceptionnel doit menacer l'existence de l'Etat; l'état d'exception doit être proclamé par un acte officiel; l'état d'exception doit être notifié aux autres Etats; l'ampleur des droits auxquels il est dérogé doit être proportionnelle à la nature de la menace; les mesures de dérogation ne doivent être ni discriminatoires ni incompatibles avec les obligations internationales de l'Etat.

27/ Commission interaméricaine des droits de l'homme, Report on the Situation of Human Rights of a segment of the Nigaraguan Population of Miskito Indians, doc. 10, Rev.3, 29 novembre 1983, p. 21.

28/ Ibid., p. 46.

29/ Voir le rapport final du Rapporteur spécial de la Sous-Commission sur la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels (E/CN.4/Sub.2/1992/16), p. 28 à 31.

30/ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No 3 (1990), par. 1.

31/ Voir notamment la Directive opérationnelle de la Banque mondiale 4.30 sur la réinstallation non volontaire (29 juin 1990). Pour plus de détails, voir les paragraphes 337 à 346 du rapport préliminaire (E/CN.4/Sub.2/1993/17).

32/ Voir également Greg "The underlying principles of international humanitarian law" Australian Yearbook of International Law, p. 46 à 112; et Cassese, The New Humanitarian Law of Armed Conflict (Naples, 1979).

33/ Pour la signification, voir Umozurike, "Protection of the victims of armed conflicts", in Cassese, ibid., p. 188 à 199.

34/ Plattner, "The protection of displaced persons in non-international armed conflicts", 291, International Review of the Red Cross, p. 567 à 580 (1992).

35/ Theodor Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (Oxford, 1991) p. 45.

36/ David Harris, Cases and Materials on International Law, p. 201.

37/ Jennings, Acquisition of Territories in International Law, p. 55. Akehurst, dans son livre, A Modern Introduction to International Law, 6ème édition (1987), p. 149, arrive à la conclusion que toute menace de recours à la force ou tout emploi de la force, en violation ou non de la Charte, rend nulle l'acquisition de territoire.

38/ Yehuda Z. Blum, Secure Boundaries and the Middle East Peace in the Light of International Law and Practice (Jérusalem, 1971), p. 63 à 109.

39/ Jennings, op. cit., p. 55.

40/ Voir, par exemple, la résolution 242 (XXII) du Conseil de sécurité, en date du 22 novembre 1967, dans laquelle il a souligné l'inadmissibilité de l'acquisition de territoire par la guerre.

41/ Voir 1 Common Law Report, 175 (1992).

42/ Pour l'examen de ces questions, voir Emma Playfair, Administration of Occupied Territories in International Law (Oxford, 1991).

43/ International Law Materials (1978), 777-779.

44/ Le paragraphe 1 de l'article 49 interdit les transferts "forcés" de personnes protégées hors du territoire occupé; le paragraphe 6 n'est pas aussi restrictif.

45/ E/CN.4/Sub.2/1993/17, par. 324.

46/ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session (A/48/10), p. 142 à 152.

47/ Publication de la Cour permanente de justice internationale, Série A, No 9, p. 21.

48/ Ibid., No 17, p. 47.

49/ Art. 6 bis, A/48/10, p. 152 à 161.

50/ Art. 7, A/48/10, p. 161.

51/ Brian c. Chamorro, (Anales de la Corte de Justicia Centroamericana), vol. VI, Nos 16 à 18.

52/ Voir C.D. Grey, Judicial Remedies in International Law, Oxford, 1987.

53/ A/48/10, p. 161. Les premiers mots de l'article 7 sont les suivants : "L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature...".

54/ Frelick, "The Right of Return", International Journal of Refugee Law 442, 443 (1990), cité dans Donna E. Arzt et Karen Zugaib, The New York University Journal of International Law and Politics, vol. 24 (399), p. 1440.

55/ A/48/10, p. 173 à 179.

56/ A/48/10, p. 124 et 125.

57/ A/48/10, p. 161.

58/ Pour un examen plus complet de la question, voir Donna Arzt et Karen Zugaib, op. cit., note 54.

59/ Le Rapporteur spécial sait gré au professeur Christian Tomuschat de lui avoir fourni le texte de sa communication intitulée "State responsibility and the country of origin", présenté au colloque organisé par l'Institut universitaire des hautes études internationales et le HCR sur le problème des réfugiés dans le contexte des questions contemporaines de droit international (Genève, 26-27 mai 1994), dans lequel la question est abordée d'une manière plus détaillée.

60/ Voir par exemple les résolutions 3395 (XXX) du 25 novembre 1975, 34/30 du 20 novembre 1979, 37/253 du 13 mai 1983, et la résolution 4 (XXXII) de la Commission des droits de l'homme en date du 13 février 1975.

61/ A/48/10, p. 192 et 193.

62/ Le raisonnement du Comité a cependant été critiqué, le reproche formulé étant que le terme "remedy" ne correspond pas aux mots français et espagnol "recours" et "recorso". Voir supra, note 60.

63/ Art. 10, A/48/10, p. 204.

64/ A/48/10, p. 220.

65/ Art. 10 bis, ibid., p. 221.

66/ Décision du 23 juillet 1980, par. 19, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément No 40 (A/35/40).

67/ Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/444 et Add.1 à 3).

69/ Directive 4.30 : Réinstallation non volontaire, du 29 juin 1990.
Dans un communiqué de presse daté du 8 avril 1994, la Banque mondiale a fait savoir que d'importants donateurs multilatéraux et bilatéraux venaient d'adopter des directives relatives à la réinstallation similaires à celles de la Banque.

70/ Voir supra, note 69.
