



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Le critère de l'«autorité de fait» aux fins de la détermination de l'occupation militaire d'un territoire (article 42 du règlement de La Haye)**

Henry, E.; Baudichau, E.M.G.

### **Citation**

Henry, E., & Baudichau, E. M. G. (2024). Le critère de l'«autorité de fait» aux fins de la détermination de l'occupation militaire d'un territoire (article 42 du règlement de La Haye). *La Revue Des Juristes De Sciences Po*, 14(24), 50-57. doi:10.2139/ssrn.4701359

Version: Accepted Manuscript

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4214806>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## LE CRITÈRE DE L'« AUTORITÉ DE FAIT » AUX FINS DE LA DÉTERMINATION DE L'OCCUPATION MILITAIRE D'UN TERRITOIRE (ARTICLE 42 DU RÈGLEMENT DE LA HAYE)

Eva Baudichau et Etienne Henry<sup>1</sup>

### I. INTRODUCTION

D'après le premier paragraphe de l'article 42 du règlement annexé à la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (ci-après le « règlement de La Haye ») « [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie ». Le second paragraphe de cette disposition précise que « [l]'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ». Malgré les développements ultérieurs du droit conventionnel, en particulier avec l'adoption de la convention (IV) de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (ci-après la « quatrième convention de Genève »), l'article 42, dont les termes sont considérés comme un reflet fidèle du droit international coutumier en la matière,<sup>2</sup> conserve son importance pratique : il est la seule disposition du corpus juridique du droit des conflits armés qui offre des éléments de définition de la notion d'occupation militaire.

Le critère posé à l'article 42 remonte à la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Depuis cette époque, la présence de troupes a été généralement considérée comme une condition *sine qua non* à toute occupation militaire.<sup>3</sup> Les développements considérables survenus en matière de moyens et méthodes de guerre depuis la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle permettent cependant d'entrevoir des situations dans lesquelles un Etat se trouverait en mesure d'établir une certaine autorité de fait sur un territoire — ou, au minimum, d'empêcher le souverain territorial d'y exercer ses responsabilités de manière régulière — sans pour autant y maintenir nécessairement une présence militaire importante, voire sans aucune présence physique. La question se pose donc aujourd'hui de déterminer la portée précise du critère posé à l'article 42 du règlement de La Haye, et notamment de savoir dans quelle mesure la présence physique des troupes de l'ennemi reste nécessaire aux fins de l'application du régime de l'occupation militaire.

La détermination des critères applicables en la matière constitue un enjeu pratique important (II). On observe toutefois que les avis divergent quant à la nature précise du test que requiert la notion d'« autorité de fait », une approche stricte étant souvent opposée à une approche plus souple, qualifiée de fonctionnelle (III). Un retour sur les travaux préparatoires du règlement de La Haye permet toutefois de proposer une nouvelle lecture qui, plutôt que de tenter de réconcilier ces deux approches antinomiques, permet d'apporter un soutien à l'approche fonctionnelle sans abandonner pour autant l'approche stricte (IV).

---

<sup>1</sup> Les vues exprimées dans cette contribution sont propres aux auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la Cour internationale de Justice. Avec nos remerciements à Alexandra Cahen, pour les discussions très enrichissantes que nous avons eues sur la question.

<sup>2</sup> Voir notamment *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 172, par. 89 ; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, décision du 28 avril 2004, p. 127-128 par. 22 ; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western and Eastern Fronts – Ethiopia's Claims 1 & 3*, décision du 19 décembre 2005, RSA, vol. XXVI, p. 371, par. 17 ; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, décision du 19 décembre 2005, RSA, vol. XXVI, p. 303, par. 13 ; CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement en vertu de l'article 74 du Statut de la Cour pénale internationale, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, p. 480-481, par. 1179 ; TPIY, *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, Chambre d'appel, arrêt, 29 novembre 2017, IT-04-74-A, p. 130, par. 317.

<sup>3</sup> Voir par exemple Andrea Carcano, *The Transformation of Occupied Territory in International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2015, p. 122. Voir aussi, concluant que la présence de troupe est une condition *sine qua non*, Tristan Ferraro, *Expert Meeting: Occupation and other forms of administration of territory*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2012, p. 17-18 ; Hans-Peter Gasser et Knut Dörmann, « Protection of the Civilian Population », in Dieter Fleck (dir.) *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 269 ; Marco Sassòli, *International Humanitarian Law : Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 306.

## II. LES ENJEUX DE LA QUESTION

La nature juridique de l'occupation de guerre a, de longue date, fait l'objet de controverses doctrinales : s'agit-il du transfert de l'autorité légale sur un territoire ou seulement du transfert de l'exercice de la souveraineté sur ledit territoire ? Historiquement, la notion d'effectivité de l'occupation de guerre trouve ses origines, et a longtemps été confondue avec ce qu'on qualifiait d'occupation *animo domini*.<sup>4</sup> S'agissant de la consolidation d'un titre de souveraineté ou de la preuve de son existence, l'on sait le rôle central que joue, à côté de l'*animus occupandi*, l'effectivité de la prise de possession.<sup>5</sup> Dans le contexte de l'occupation de guerre, cette exigence d'effectivité, héritée du droit romain, était alors avant tout perçue comme une condition de la réalisation du droit de conquête — le territoire occupé étant parfois qualifié de *res nullius* en raison du départ des troupes du gouvernement légitime.<sup>6</sup>

Le caractère provisoire et temporaire de l'occupation de guerre, qui caractérise la notion telle qu'elle est connue du droit actuel, trouve ses origines doctrinales entre la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> et la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle — l'on s'accorde généralement à attribuer un rôle pionnier à Emer de Vattel puis à Wilhelm August Heffter —, avant d'être plus largement consacré dans la pratique du XIX<sup>e</sup> siècle : il était dorénavant admis que l'occupation à elle seule ne saurait servir de titre pour acquérir un territoire.<sup>7</sup> Ainsi, le paragraphe 6 du Manuel d'Oxford adopté par l'Institut de droit international en 1880 affirme-t-il qu'« [a]ucun territoire envahi n'est considéré comme conquis avant la fin de la guerre ; jusqu'à ce moment l'occupant n'y exerce qu'un pouvoir de fait, essentiellement provisoire ».<sup>8</sup> Ce principe est très largement reflété dans la jurisprudence internationale.<sup>9</sup>

Du caractère provisoire de l'occupation découle le principe selon lequel la législation applicable au territoire reste en vigueur « sauf empêchement absolu » (article 43 du règlement de La Haye). De manière générale, les pouvoirs exorbitants de l'occupant sont limités aux actes rendus nécessaires par les besoins de l'occupation. Cela se traduit notamment par la règle selon laquelle l'Etat occupant n'est considéré que comme administrateur et usufruitier des biens appartenant à l'Etat ennemi, qu'il est censé administrer « conformément aux règles de l'usufruit » (article 55 du règlement de La Haye) ou par celui selon lequel ses prérogatives fiscales sont limitées aux prélèvements préexistants (article 48) ou aux contributions destinées à la satisfaction des besoins de l'armée d'occupation ou de l'administration du territoire occupé (article 49). L'envers de cette médaille est que certains des actes effectués par l'occupant en conformité avec le droit de

---

<sup>4</sup> Alexandre Mérygnac, *La Conférence internationale de la paix : étude historique, exégétique et critique des travaux et des résolutions de la conférence de La Haye de 1899*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, p. 213 ; Luis Corsini, *Las leyes de la guerra*, Madrid, Imprenta y estereotipia de M. Rivadeneyra, 1857, p. 89.

<sup>5</sup> Voir par exemple « Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928, par M. Max Huber, entre les Etats-Unis et les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas) », *Revue générale de droit international public*, vol. 42, 1935, p. 173 et 185 ; *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1110. Sur ces questions, voir de manière générale Giovanni Distefano, *Droit international des espaces : Morceaux choisis*, A. Pedone, Paris, 2017.

<sup>6</sup> Voir Peter Haggemacher, « L'occupation militaire en droit international : Genèse et profil d'une institution juridique », *Relations internationales*, no 79, automne 1994, p. 290.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 291-293. Voir aussi Carcano, *op. cit.*, p. 19-26. Pour un cas d'application, voir Cour suprême des Etats-Unis, *American Insurance Company v. Canter*, 26 U.S. 511 (1828), p. 542.

<sup>8</sup> « Les lois de la guerre sur terre. Manuel publié par l'Institut de droit international », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 5, 1881-1882, p. 160. Voir aussi Mérygnac, *op. cit.*, p. 214 ; Lassa Oppenheim, « The Legal Relations Between an Occupying Power and the Inhabitants », *Law Quarterly Review*, vol. 33, 1917, p. 364.

<sup>9</sup> Voir notamment *Affaire de la dette publique ottomane (Bulgarie, Irak, Palestine, Transjordanie, Grèce, Italie et Turquie)*, sentence arbitrale, 18 avril 1925, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 555 (Eugène Borel, arbitre unique) ; *Affaire relative à l'or de la Banque nationale d'Albanie (Etats-Unis d'Amérique, France, Italie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, sentence arbitrale du 20 février 1953, RSA, vol. XII, p. 40 (Georges Sauser-Hall, arbitre unique) ; *Fubini Case—Decision No. 201*, 12 décembre 1959, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, p. 429 ; « Military Tribunal, Nuremberg, USA v. Otto Ohlendorf et al. (Einsatzgruppen Trial), 10 April 1948 », in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. IV, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1949, p. 492-493.

l'occupation sont réputés valides et ne sauraient être invalidés rétroactivement par le souverain légitime.<sup>10</sup>

Les débats relatifs aux fondements théoriques de l'occupation ont largement perdu de leur actualité avec la consécration, dans l'ordre juridique international contemporain, de l'interdiction absolue de l'acquisition de territoire par la force.<sup>11</sup> L'occupation ne saurait jamais en elle-même conférer des droits que celui qui s'en prévaut ne détient en vertu d'une autre base légale valable, ce qui pourrait par exemple être le cas d'un Etat agissant en légitime défense ou en vertu d'une autorisation du Conseil de sécurité fondée sur le chapitre VII de la Charte des Nations Unies. On pourrait donc retenir aujourd'hui la conception avancée notamment par Charles de Visscher, selon qui l'occupation consiste en la « dépossession de fait provisoire de [l'autorité légale] et [...] l'instauration d'une autorité militaire étrangère dont les pouvoirs de fait sont limités par le droit international à des fins qui lui sont propres ». <sup>12</sup> Lesdites fins ont essentiellement trait à la protection des intérêts de l'Etat occupé, d'une part, et de sa population, d'autre part. L'occupation vise avant tout à éviter le chaos qui pourrait résulter de l'empêchement dans lequel se trouve le souverain d'exercer ses responsabilités.<sup>13</sup>

En effet, le statut de puissance occupante est accompagné de lourdes responsabilités en matière de restauration et de maintien de l'ordre et de la vie publics (article 43 du règlement de La Haye) et de fourniture de biens de première nécessité à la population civile du territoire concerné (voir les articles 55 et 56 de la quatrième convention de Genève). La responsabilité du maintien de l'ordre et de la vie publics, en particulier, comporte des conséquences importantes : elle engendre l'obligation de prendre des mesures en vue de prévenir les actes de violences ou les déprédations aux biens privés ou publics.<sup>14</sup> On songera par exemple aux discussions relatives à de possibles manquements de la part des forces américaines à la suite de la mise à sac et du vol d'objets d'art au musée archéologique de Bagdad, en avril 2003 — l'une des questions centrales étant de savoir si la zone se trouvait déjà sous occupation militaire américaine au moment des faits ou non.<sup>15</sup>

La puissance occupante qui manque à une telle obligation peut être amenée à réparer les préjudices découlant de violences commises à l'encontre des habitants ou des actes de pillage alors même que les actes en question auraient été commis par des personnes privées sur lesquelles elle n'exerçait aucun contrôle, comme ce fut par exemple le cas de l'Ouganda en Ituri.<sup>16</sup> A cela s'ajoute que, par analogie avec le cas d'activités prenant place sur le territoire d'un Etat souverain, la jurisprudence tend en outre à opérer un renversement de la charge de la preuve : dès lors qu'il est établi que certains actes répréhensibles ont été commis sur le territoire occupé, c'est à la puissance occupante de démontrer qu'ils ont eu lieu en dépit de toutes les mesures raisonnables effectivement

---

<sup>10</sup> Voir Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 105-113. Voir également le célèbre *dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, selon lequel la nullité des mesures prises par l'Afrique du Sud en Namibie après la révocation du mandat « ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du territoire » (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 56, par. 125).

<sup>11</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 2625 (XXV). Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970, doc. A/RES/2625 (XXV), par. 1. Voir aussi l'article 4 du protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (ci-après : le « Protocole additionnel I de 1977 »).

<sup>12</sup> Charles de Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, A. Pedone, 1967, p. 27-28.

<sup>13</sup> Voir, dans ce sens, Georges Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *Annuaire suisse de droit international*, vol. 1, 1944, p. 60.

<sup>14</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 253, par. 248 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations*, arrêt du 9 février 2022, par. 78.

<sup>15</sup> Voir par exemple, concluant à des manquements de la part des Etats-Unis, Jiří Toman, « The road to the 1999 Second Protocol » in Nout Woudenberg et Lisbeth Lijnzaad (dir.), *Protecting Cultural Property in Armed Conflict*, Leyde, Brill, 2010, p. 12-13 ; Carlos R. Fernández-Liesa, « Evolución jurídica de la protección internacional de los bienes culturales en los conflictos armados », *Anuario español de derecho internacional*, vol. 25, 2009, p. 253. Voir aussi, exprimant l'avis que l'Iraq a été placé sous occupation militaire au plus tard à la mi-avril 2003, Carcano, *op. cit.*, p. 128-131.

<sup>16</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations*, arrêt du 9 février 2022, par. 95. Voir aussi *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, décision du 19 décembre 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 317, par. 58.

prises en vue de les prévenir.<sup>17</sup> Comme la Cour l'avait affirmé dans l'affaire de la *Namibie*, « [c']est l'autorité effective sur un territoire et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États ».<sup>18</sup>

Un autre enjeu de la qualification a trait à la détermination du cercle des combattants « légitimes », auxquels le droit des conflits armés confère une immunité pour le fait d'avoir pris les armes et une protection en tant que prisonniers de guerre. Outre les cas, plus typiques dans les conflits modernes, des personnes appartenant aux forces armées, aux milices ou autres mouvements de résistance organisés de l'un des belligérants,<sup>19</sup> il est admis que « la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre » (paragraphe 6 de l'article 4 de la troisième convention de Genève, qui reprend en substance l'article 2 du règlement de La Haye) bénéficie du traitement réservé aux prisonniers de guerre. Il s'agit là de la « levée en masse », qui trouve ses origines dans les guerres napoléoniennes : le citoyen en armes se bat pour défendre sa patrie contre l'envahisseur étranger.<sup>20</sup> Résultat d'un compromis laborieusement atteint lors de la conférence de la paix de La Haye de 1899, cette institution limite explicitement la protection conférée au cas des territoires non (encore) occupés. Si l'on exclut le cas déjà mentionné des mouvements de résistance organisés — soumis à un certain nombre de conditions restrictives qu'il n'y a pas lieu d'aborder ici —, le fait pour des personnes civiles de prendre les armes en territoire occupé n'est guère protégé par une immunité et ne leur confère aucune protection spécifique. De tels « francs-tireurs » s'exposent aux châtiments les plus sévères, pouvant dans certains cas aller jusqu'à la peine de mort (voir l'article 68 de la quatrième convention de Genève).<sup>21</sup>

Finalement, on notera, qu'au moins à première vue — mais nous reviendrons ci-dessous sur cette question —, il est permis de penser que la qualification de territoire occupé représente une condition préalable à l'application de nombre des dispositions du règlement de La Haye et de la quatrième convention de Genève. S'agissant du règlement de La Haye, il s'agit de la section III, intitulée « De l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi », allant des articles 42 à 56. Quant à la quatrième convention de Genève, la section I de son titre III (articles 27 à 34 de la convention IV) contient des dispositions communes aux territoires des Parties au conflit et aux territoires occupés alors que la section III (aux articles 47 à 78) est censée s'appliquer en « territoires occupés ». Or, parmi les dispositions qui confèrent protection aux personnes civiles en territoires occupés figurent notamment l'interdiction des déportations et des transferts forcés de population (article 49 de la quatrième convention) ou encore le devoir de respecter « [l]'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes » (article 46 du règlement de La Haye). On comprend mal pourquoi le but humanitaire desdites dispositions pourrait être réduit à néant en raison de l'absence d'une autorité établie *stricto sensu* sur le territoire concerné.

Ainsi, le degré d'exigence requis en matière d'effectivité du contrôle exercé par un belligérant permettant de conclure qu'il a établi son autorité de fait sur un territoire donné comporte des conséquences diverses dont il est important d'avoir conscience au moment d'aborder la façon dont la pratique et la jurisprudence ont traité de la question.

---

<sup>17</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, réparations, arrêt du 9 février 2022, par. 157, où la Cour renvoie à l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)* (fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 18).

<sup>18</sup> *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 54, par. 118.

<sup>19</sup> Voir l'article 1<sup>er</sup> du règlement de La Haye, le paragraphe 1 de l'article 4 de la convention (III) de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre (ci-après : la « troisième convention de Genève ») et les articles 43 et 44 du Protocole additionnel I.

<sup>20</sup> Voir à cet égard Emily Crawford, « Tracing the Historical and Legal Development of the *levée en masse* in the Law of Armed Conflict », *Revue d'histoire du droit international*, vol. 19, n° 3, 2017, p. 329-361.

<sup>21</sup> Voir notamment la discussion in « *Trial of Carl Bauer, Ernst Schrameck and Herbert Falten*, Permanent Military Tribunal at Dijon (completed 18 October 1945) », in United Nations War Crimes Commission (dir.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949, p. 15-19.

### III. LES CONTOURS DU CRITÈRE DE L'EFFECTIVITÉ DE L'OCCUPATION TEL QU'ILS RESSORTENT DE LA PRATIQUE, DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE

L'occupation se distingue de l'invasion qui, en règle générale, lui précède. Mais ces notions n'ont jamais fait l'objet d'une définition complète et restent donc dans un certain flou. L'exigence d'effectivité du contrôle militaire exercé par une puissance sur le territoire d'une autre afin que l'on puisse considérer qu'elle y a établi son autorité est au cœur de la notion d'« occupation militaire »<sup>22</sup> telle qu'elle ressort de l'article 42 du règlement de La Haye. Si le sens commun qu'on prête à cette exigence d'effectivité fait consensus, la définition précise de ses contours s'avère autrement plus ardue.<sup>23</sup> La jurisprudence et la doctrine s'entendent cependant sur la nécessaire réunion de trois éléments permettant de caractériser une occupation.

Il s'agit premièrement du caractère coercitif du contrôle exercé par les forces militaires étrangères sur le territoire de l'Etat occupé. Cet élément a trait non pas directement à l'effectivité, mais au caractère non consenti de l'occupation. En réalité, il concerne davantage l'occupation en tant qu'usage de la force et en tant que possible fait générateur d'un conflit armé.<sup>24</sup> Le paragraphe 2 de l'article 2 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 précise que lesdites conventions s'appliqueront « dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire ». L'élément de coercition a pour conséquence que l'occupation militaire n'est pas nécessairement toujours précédée d'une phase d'invasion, puisqu'elle peut découler du maintien d'une présence militaire en territoire étranger contre la volonté du gouvernement légitime alors que ladite présence s'y était déployée de manière pacifique, comme ce fut le cas dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*.

Les deux autres éléments sur lesquels on s'accorde pour permettre la qualification de territoire occupé relèvent plus nettement de la notion d'effectivité. Il s'agit, d'une part, de la capacité des forces étrangères à exercer leur autorité sur le territoire concerné à la place du gouvernement légitime et, d'autre part, de l'incapacité de ce dernier à exercer la sienne. Ce sont là des critères essentiellement factuels, qui ne sont pas tributaires de la qualification opérée par l'envahisseur : l'occupation est ou n'est pas en fonction de la réalité des rapports de force sur le terrain.<sup>25</sup> Les proclamations par lesquelles un envahisseur informe les habitants du fait et de l'étendue de l'occupation, fréquentes dans la pratique antérieure à la Seconde Guerre mondiale,<sup>26</sup> n'ont à cet égard qu'un effet déclaratoire et non pas constitutif de l'occupation,<sup>27</sup> bien qu'il ait été noté que de telles proclamations peuvent présenter l'avantage de garantir une certaine sécurité juridique à la population.<sup>28</sup> La seule voie ouverte à l'envahisseur qui ne souhaite pas endosser le rôle de puissance occupante est celle du retrait de ses troupes dès la fin de la phase d'invasion. De là découle également le caractère mouvant des

<sup>22</sup> Gerhard von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957, p. 27-29 ; Kolb et Vité, *op. cit.*, p. 142 ; Tristan Ferraro, « Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, sélection française, 2012, p. 80.

<sup>23</sup> Voir notamment Adam Roberts, « What is Military Occupation ? », *British Yearbook of International Law*, vol. 55, 1984, p. 249 ; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 43, dans lequel celui-ci décrit la définition du critère d'effectivité comme un « problème impondérable ».

<sup>24</sup> Dans un passage souvent cité par la suite, la Chambre d'appel du TPIY a estimé que « qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats » (*Le Procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, IT-94-1-AR72, par. 70).

<sup>25</sup> Sylvain Vité, « L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 86, n° 853, 2005, p. 11 ; Yutaka Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden etc., Nijhoff, 2009, p. 10-11.

<sup>26</sup> Au-delà du cas souvent cité des proclamations allemandes lors de la Guerre franco-allemande de 1870, voir, au sujet de l'occupation par des forces australiennes de la Nouvelle-Guinée, *Paula Mendel and others (United States) v. Germany*, décision du 13 août 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 380.

<sup>27</sup> Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 65 ; Knut Dormann et Laurent Colassis, « International Humanitarian Law in the Iraq Conflict », *German Yearbook of International Law*, vol. 47, 2004, p. 298.

<sup>28</sup> Voir l'article 42 du Manuel d'Oxford, selon lequel « [i]l est du devoir de l'autorité militaire occupante, d'informer le plus tôt possible les habitants des pouvoirs qu'elle exerce, ainsi que de l'étendue territoriale de l'occupation » (Institut de droit international, *op. cit.*, p. 167). Voir aussi Paul Fauchille, *Traité de droit international public - Tome II: Guerre et neutralité*, Paris, Rousseau, Huitième édition, entièrement refondue, complétée et mise au courant, du « Manuel de droit International public » de Henry Bonfils, 1921, p. 219, par. 1162.

limites du territoire occupé : pour être qualifiée d'effective, l'autorité de l'État occupant n'a pas nécessairement à être établie sur le territoire entier d'un Etat, ni même sur une circonscription administrative donnée au sein de l'État.<sup>29</sup> Finalement, il y a lieu de préciser que les velléités d'annexion ne sauraient avoir aucun effet sur la question de l'applicabilité du droit de l'occupation, comme cela ressort notamment de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*.<sup>30</sup>

Néanmoins, certaines controverses continuent de diviser la doctrine s'agissant des paramètres précis et de l'articulation de ces deux éléments — affectant par conséquent la façon dont est conçu le champ d'application *ratione temporis* du droit de l'occupation : d'une part, sur le point de savoir comment le critère de contrôle effectif se traduit au stade de l'invasion d'un territoire par des forces militaires étrangères ; d'autre part sur celui, y étant relié, du niveau de contrôle — actuel ou potentiel, notamment en termes de présence physique — devant être établi, puis maintenu, pour que le droit de l'occupation s'applique. La jurisprudence internationale, bien que reconnaissant la place centrale occupée par le critère de l'effectivité, ne répond pas de manière univoque à toutes les questions qui se posent en la matière. Deux tendances peuvent y être distinguées, traduisant tantôt une approche rigide, parfois dite restrictive (1.), tantôt une approche plus souple, souvent qualifiée de fonctionnelle (2.), du critère de l'effectivité.

### 1. L'approche stricte : l'occupation au sens propre ?

Une première approche consiste à considérer que la simple présence de forces militaires étrangères sur le territoire d'un autre Etat, lequel n'est plus en mesure d'exercer son autorité, ne satisfait pas au critère de l'effectivité, l'autorité des premières, au sens de l'article 42 du règlement de la Haye, n'étant établie que dès lors que celles-ci exercent une forme de « pouvoir administratif substitué » sur le territoire, en lieu et place du gouvernement légitime. En ce sens, se prononçant sur la distinction entre l'étape de l'invasion et l'établissement de l'occupation, le Tribunal militaire américain de Nuremberg statuant dans l'affaire des *Otages* a affirmé ce qui suit :

*« The term invasion implies a military operation while an occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established government. This presupposes the destruction of organised resistance and the establishment of an administration to preserve law and order. To the extent that the occupant's control is maintained and that of the civil government eliminated, the area will be said to be occupied. »*<sup>31</sup>

Pour reprendre les termes de Robert Kolb et Sylvain Vité, « cette doctrine de l'occupation suppose que la *substitution* des pouvoirs dans un territoire donné soit achevée ». <sup>32</sup> Dans l'affaire des *Activités armées*, la Cour internationale de Justice semble s'être inscrite dans une logique similaire — sans toutefois aller jusqu'à l'exigence de l'établissement d'une administration. Statuant sur la question de savoir si les forces militaires ougandaises occupaient le territoire congolais, elle a jugé nécessaire d'examiner « s'il exist[ait] des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'Etat auteur de

---

<sup>29</sup> Voir, dans ce sens, Josef L. Kunz, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Berlin, Springer-Verlag, 1935, p. 90. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T, par. 218. Sous cet angle, l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans le contexte de l'occupation de l'Irak apparaît quelque peu schématique et discutable puisqu'elle semble aborder la question en bloc, pour tout le territoire de l'Irak, et se base essentiellement sur une déclaration de l'envahisseur selon laquelle il était mis fin aux principales opérations de combat, sans tenir compte du fait que l'avancée des troupes ne s'est pas faite en un jour. Voir *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010-II, p. 160-161, par. 11 ; *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, CEDH 2011-IV, p. 443, par. 77.

<sup>30</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004, p. 167, par. 78.

<sup>31</sup> « Trial of Wilhelm List and others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 8 July 1947, to 19 February 1948 (The Hostages Trial) », United Nations War Crimes Commission (dir.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949, p. 55-56.

<sup>32</sup> Kolb et Vité, *op. cit.*, p. 138 (les italiques sont des auteurs).

l'intervention ». <sup>33</sup> Pour ce faire, elle a considéré qu'il lui revenait de « s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais ». <sup>34</sup> La Cour a notamment perçu dans la désignation par le général Kazini d'un gouverneur provisoire en charge de la province nouvellement créée de « Kibali-Ituri » un élément de preuve concluant afin de reconnaître le statut de puissance occupante de l'Ouganda dans le district de l'Ituri. <sup>35</sup> Elle a toutefois considéré que, s'agissant de l'aéroport de Kisangani,

*« bien que l'Ouganda ait reconnu qu'il [y] exerçait, au 1<sup>er</sup> septembre 1998, "un contrôle administratif" [...], le dossier de l'affaire ne présent[ait] aucun élément de preuve qui [lui] permettrait [...] de caractériser la présence de troupes ougandaises stationnées à l'aéroport de Kisangani comme une occupation au sens de l'article 42 du règlement de La Haye de 1907. »* <sup>36</sup>

Le critère de la « substitution de l'autorité » retenu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités armées* a été largement considéré comme excessivement restrictif s'il devait être compris comme imposant une double exigence de présence physique et d'établissement d'une administration en lieu et place de celle du gouvernement occupé. <sup>37</sup> D'aucuns voient ainsi dans l'arrêt de la Cour la consécration d'une condition cumulative exigeant non seulement la présence physique de troupes militaires, stationnées en territoire étranger et altérant la capacité de l'État occupé à exercer son autorité, mais encore l'exercice effectif d'une autorité substituée à celle de l'État occupé. Dès lors, le droit de l'occupation n'aurait vocation à s'appliquer ni à la phase de l'invasion, laquelle ne satisferait pas à l'exigence d'effectivité, ni aux circonstances dans lesquelles une armée ennemie, bien qu'en position d'exercer son autorité sur le territoire d'un autre État (contrôle dit « potentiel ») ne l'aurait pas effectivement mise en œuvre (contrôle dit « réel »). Il y a des raisons historiques de penser que les rédacteurs de l'article 42 ne souhaitaient pas admettre un contrôle purement « potentiel » si l'on devait entendre par là le fait que les autorités du gouvernement légitime ont cessé d'y exercer leurs fonctions et que l'envahisseur serait seul en mesure d'y maintenir l'ordre et la vie publics. Une telle conception aurait été permise par l'article 41 du Manuel d'Oxford, dont la formulation s'écarte de l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration de Bruxelles. <sup>38</sup> Selon cette disposition,

*« [u]n territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son invasion par des forces ennemies, l'État dont il relève a cessé, en fait, d'y exercer une autorité régulière, et que l'État envahisseur se trouve être seul à même d'y maintenir l'ordre. Les limites dans lesquelles ce fait se produit déterminent l'étendue et la durée de l'occupation. »* <sup>39</sup>

Or, bien que le test du Manuel d'Oxford fût connu des délégués à la conférence de 1899, on décida de maintenir la rédaction qui figurait dans la Déclaration de Bruxelles. <sup>40</sup>

<sup>33</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 230, par. 173.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 230, par. 173.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 230, par. 175-176.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 231, par. 177.

<sup>37</sup> Voir notamment *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, p. 317, par. 44 ; Robert Kolb, « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2005 », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 16, 2006, p. 190 ; Vaïos Koutroulis, « L'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda) : Une lecture restrictive du droit de l'occupation ? », *Revue belge de droit international*, 2006/2, p. 709-713 ; Natia Kalandarishvili-Mueller, *Occupation and Control in International Humanitarian Law*, Abingdon; New York, Routledge, 2020, p. 32-33.

<sup>38</sup> Voir, dans ce sens, Christian Meurer, *Die Haager Friedenskonferenz. II. Band: Das Kriegsrecht der Haager Konferenz*, Munich, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier), 1907, p. 218.

<sup>39</sup> « Les lois de la guerre sur terre. Manuel publié par l'Institut de droit international », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 5, 1881-1882, p. 166.

<sup>40</sup> Voir aussi le texte adopté par l'*International Law Association* en 1928 et les discussions sur cette question in « The Laws of War in Occupied Territory », *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 35, 1928, p. 105-107.

Dans un certain sens, le caractère « potentiel » ou « virtuel » du contrôle doit toutefois être admis : il n'a jamais été prétendu que l'autorité de fait ne pouvait se manifester que si les forces étaient omniprésentes. Il suffit à cette fin que tout le territoire concerné se trouve dans le rayon d'action de positions militaires suffisamment puissantes pour être en mesure d'y imposer leur volonté.<sup>41</sup> L'analogie avec la jurisprudence en matière de possession *animo domini* paraît ici justifiée : plus la région concernée est éloignée et faiblement peuplée, moins les moyens à mettre en œuvre devront être importants, à condition bien sûr qu'aucun acte de résistance ne s'y manifeste.<sup>42</sup> Mais si une telle condition est remplie, admettre que la carence des autorités d'occupation en matière de maintien de l'ordre entraînerait la fin de l'occupation aboutit à une confusion inacceptable entre le *Sein* et le *Sollen* : au lieu de caractériser une violation de la règle posée à l'article 43 du règlement de La Haye, une telle carence permettrait à l'occupant de se délier de ses responsabilités en affirmant ne plus agir en tant que tel. Autrement dit, plus la violation de l'article 43 serait crasse moins les conséquences en termes de responsabilité seraient graves. On n'est là pas très loin de l'approche discrétionnaire rejetée pour les motifs susmentionnés.<sup>43</sup>

Mais le test établi par la Cour, consistant à combiner la présence de troupes militaires à la substitution par la puissance occupante de sa propre autorité à celle de l'État occupé, n'est sans doute pas aussi strict qu'il y paraît.<sup>44</sup> Selon la Cour, si une telle substitution d'autorité était opérée, « peu importerait [...] la réponse à la question de savoir si l'Ouganda aurait ou non établi une administration militaire structurée du territoire occupé ».<sup>45</sup>

Il semble en effet que la question de l'établissement d'une administration par l'occupant, si elle peut évidemment dans certains cas attester l'existence d'une occupation, ne devrait pas être vue comme une condition nécessaire — ni suffisante<sup>46</sup> — aux fins de l'article 42 du règlement de La Haye. La création d'une administration militaire ou civile *ad hoc* par l'occupant est entièrement tributaire des besoins du moment : il se peut très bien que dans certains cas les fonctionnaires soient restés sur place et acceptent de collaborer avec l'occupant — l'occupant n'aura donc guère à établir un important appareil administratif pour exercer son autorité de fait — alors que, dans d'autres cas, les structures de l'État occupé se soient effondrées et que l'étendue des moyens à déployer par l'occupant pour se conformer à ses responsabilités s'en trouvent décuplée.<sup>47</sup> Par ailleurs, cette exigence n'existant pas dans le domaine de l'acquisition de territoire,<sup>48</sup> on voit mal comment le droit de l'occupation pourrait poser une exigence plus stricte en la matière. On notera d'ailleurs qu'en 1983, dans le contexte de l'application de la quatrième convention de Genève au Liban, la Haute Cour de Justice israélienne était déjà arrivée à la conclusion que l'établissement d'une administration militaire n'était pas une condition pour l'application de la quatrième convention.<sup>49</sup>

## 2. L'approche fonctionnelle

Une seconde approche, plus souple à l'égard du critère de l'effectivité, peut être dégagée de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Dans l'affaire *Naletilić*, une chambre de première instance du Tribunal a tout d'abord récapitulé les divers critères permettant

---

<sup>41</sup> « Trial of Wilhelm List and others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 8 July 1947, to 19 February 1948 (The Hostages Trial) », United Nations War Crimes Commission (dir.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VIII, Londres, His Majesty's Stationery Office, 1949, p. 56. Voir aussi Sassòli, *op. cit.*, p. 308.

<sup>42</sup> Voir par exemple *Statut Juridique du Groënland Oriental*, arrêt, 1933, C.P.J.I. Série A/B, n° 53, p. 46.

<sup>43</sup> Voir, dans ce sens, Robert Kolb, « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2005 », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 16, n° 1, 2006, p. 190-191 ; Carcano, *op. cit.*, p. 124-127.

<sup>44</sup> Voir, dans ce sens, Carcano, *op. cit.*, p. 126.

<sup>45</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 230, par. 173.

<sup>46</sup> TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T, par. 587.

<sup>47</sup> Voir, dans ce sens, Sauser-Hall, *op. cit.*, p. 28 : « Ainsi lors des guerres d'Espagne et de Russie, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, les armées napoléoniennes ont dû tout organiser, en présence de la carence complète des administrations locales ».

<sup>48</sup> Voir par exemple *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, sentence du 28 janvier 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1110.

<sup>49</sup> *Affaire H.C. 593/82, Tzemel Adv. et al. v. (a) Minister of Defence, (b) Commander of the Antzar Camp*, in Fania Domb, « Judgments of the Supreme Court of Israel Judicial Decisions », *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 13, 1983, p. 363. Voir aussi, du même avis, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, opinion individuelle de M. le juge Kooijmans, p. 319.

d'apprécier si l'autorité de fait d'une puissance occupante est établie. Elle a ainsi considéré comme déterminants les éléments suivants : que la puissance occupante soit en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée, désormais incapable de fonctionner publiquement ; que les forces ennemies se soient rendues, aient été vaincues ou se soient retirées, tout en précisant que des actes sporadiques de résistance n'affectent pas la réalité de l'occupation ; que la puissance occupante dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou qu'elle puisse en envoyer dans un délai raisonnable ; qu'une administration provisoire ait été établie sur le territoire ; et enfin, que la puissance occupante ait donné des ordres à la population civile et ait pu les faire exécuter.<sup>50</sup>

La Chambre de première instance semble toutefois rejeter la pertinence de la notion d'effectivité aux fins de l'application des règles du droit de l'occupation conférant des droits à la population occupée. Elle a ainsi considéré

« que l'application du régime de l'occupation à des individus, c'est à-dire à des civils protégés par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, n'exige [...] pas que la puissance occupante exerce une autorité effective. S'agissant des droits de ces individus, l'état d'occupation existe dès lors qu'ils se trouvent "au pouvoir de la puissance occupante". »<sup>51</sup>

Elle justifie ce rejet en soulignant que « [s]i tel n'était pas le cas, les civils bénéficieraient provisoirement d'une protection moindre que celle à laquelle ils auraient droit une fois établie l'occupation ». <sup>52</sup> Ce faisant, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a fait sienne, l'approche dite « fonctionnelle » de l'occupation militaire, adoptée par le Comité international de la Croix Rouge (ci-après « CICR ») en 1956 dans son commentaire relatif à la IV<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949.<sup>53</sup> Suggérant une approche modulable de la notion d'effectivité, le point focal du raisonnement adopté par le CICR en 1956 concernant l'application du droit de l'occupation était l'*individu*, opérant ainsi « un glissement sémantique dans l'un des deux critères fondamentaux définissant [le] concept [d'occupation] ». <sup>54</sup> En ce sens, quel que ce soit le degré du contrôle territorial exercé par les forces militaires, dès lors que ces dernières sont en contact avec la population civile, celle-ci bénéficie des protections prévues dans la quatrième convention de Genève.<sup>55</sup> Dissociant la définition de l'occupation, telle que prévue à l'article 42 du règlement de La Haye, de l'applicabilité *ratione materiae* de la convention, l'approche fonctionnelle conduit à s'intéresser au degré de contrôle exercé, non pas tant sur le territoire de l'Etat occupé que sur les personnes protégées. Elle mène ainsi à une applicabilité morcelée et graduelle du droit de l'occupation.

Tant la Cour internationale de Justice que la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie paraissent avoir adhéré à ladite approche fonctionnelle lorsqu'elles ont eu à traiter de la question de l'interdiction des déportations qui figurent à l'article 49 de la quatrième convention de Genève.<sup>56</sup> Ainsi, la Cour a-t-elle affirmé que les « impérieuses raisons militaires », qui peuvent justifier des évacuations en dérogation à l'interdiction des déportations et transferts forcés « peuvent être invoqué[s] dans des territoires occupés même après la fin générale des opérations militaires ayant conduit à l'occupation de ces territoires », indiquant ainsi *a contrario* qu'elles sont applicables

<sup>50</sup> TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T, par. 217. Ces critères indicatifs ont été par la suite endossés par la Chambre d'appel du TPIY (*Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, Chambre d'appel, arrêt, 29 novembre 2017, IT-04-74-A, p. 130, par. 320) ainsi que par la CPI (voir Katanga, p. 481, par. 1180).

<sup>51</sup> TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, IT-98-34-T, par. 221.

<sup>52</sup> *Ibid.*, par. 221.

<sup>53</sup> Jean S. Pictet (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV: La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 1956, art. 6.

<sup>54</sup> Kolb et Vité, *op. cit.*, p. 143.

<sup>55</sup> Pictet (dir.), *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>56</sup> Voir *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, décision du 19 décembre 2005, RSA, vol. XXVI, p. 342, par. 140-141. Voir, sur cette question, Etienne Henry, « The Prohibition of Deportation and Forcible Displacement of Civilian Population in the 1949 Fourth Geneva Convention and Beyond », in Md. Jahid Hossain Bhuiyan et Borhan Uddin Khan (dir.) *Revisiting the Geneva Conventions: 1949-2019*, Leiden, Brill Nijhoff, 2019, p. 86-87.

durant la phase d'invasion.<sup>57</sup> En ce sens également, la Commission des réclamations entre l'Erythrée et l'Éthiopie a consacré une application à géométrie variable des règles du droit de l'occupation conférant protection aux civils, dès lors que ceux-ci sont sous le contrôle des forces militaires d'un Etat en territoire étranger. Tout en reconnaissant que l'ensemble des obligations qui incombent à une puissance occupante au titre de la convention de Genève ne peuvent pas raisonnablement s'appliquer à des forces armées anticipant un combat et présentes sur le territoire pour quelques jours seulement, elle a néanmoins estimé que

*« a State is obligated by the remainder of that Convention and by customary international humanitarian law to take appropriate measures to protect enemy civilians and civilian property present within areas under the control of its armed forces. Even in areas where combat is occurring, civilians and civilian objects cannot lawfully be made objects of attack. »*<sup>58</sup>

Enfin, dans une autre décision, la Commission semble avoir retenu une approche intermédiaire, permettant à première vue de pallier les défaillances des approches précédentes. Celle-ci a notamment considéré que

*« [o]n the one hand, clearly an area where combat is ongoing and the attacking forces have not yet established control cannot normally be considered occupied within the meaning of the Geneva Conventions of 1949. On the other hand, where combat is not occurring in an area controlled even for just a few days by the armed forces of a hostile Power, the Commission believes that the legal rules applicable to occupied territory should apply. »*<sup>59</sup>

La Commission paraît ainsi réaménager l'exigence d'effectivité en termes de stabilité et de contrôle exercé pendant une période déterminée.<sup>60</sup>

#### **IV. RETOUR SUR LES ORIGINES HISTORIQUES ET DOCTRINALES DU CRITÈRE DE L'EFFECTIVITÉ**

L'intérêt des populations à obtenir une extension du champ d'application des dispositions d'inspiration humanitaires qui relèvent du droit de l'occupation au-delà des territoires occupés au sens strict est évident. Si le fait que certaines des dispositions du règlement de La Haye et de la quatrième convention de Genève ont un équivalent dans le droit international coutumier dont le champ d'application *ratione loci* n'est pas limité aux territoires occupés, il faut bien admettre que la question est potentiellement d'importance vitale : la portée donnée au critère de l'effectivité place le curseur tantôt vers davantage, tantôt vers moins de protection pour la population dite « occupée ». Cela explique pourquoi de nombreux auteurs récents se sont prononcés en faveur d'une application souple ou fonctionnelle telle que nous venons de la décrire.<sup>61</sup> Toutefois, le fondement théorique de cette approche fonctionnelle reste à établir.

Il est contestable de chercher, comme le faisait Jean Pictet, à tracer une distinction entre la notion d'occupation consacrée en 1899/1907 et celle de la convention de 1949 alors que ni le texte de la convention ni les travaux préparatoires n'indiquent que telle ait pu être l'intention des

---

<sup>57</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 192, par. 135.

<sup>58</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26*, décision du 19 décembre 2005, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 307-308, par. 27.

<sup>59</sup> *Eritrea-Ethiopia Claims Commission – Partial Award: Central Front – Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, décision du 28 avril 2004, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 136, par. 57.

<sup>60</sup> Voir, dans ce sens, Arai-Takahashi, *op. cit.*, p. 15 : « This approach dilutes the concept of effective control, albeit still adhering to the need of a territorial locus. » Pour une remise en question du fondement juridique d'un tel critère temporel, voir Kolb et Vité, *op. cit.*, p. 148.

<sup>61</sup> Voir par exemple M. Veuthey, *Guérilla et droit humanitaire*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1983, p. 355 ; Robert Kolb, *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle et Bruxelles, Helbing Lichtenhahn et Bruylant, 2009, p. 380-381 ; Arai-Takahashi, *op. cit.*, p. 6 ; Hanne Cuyckens, « Is Israel Still an Occupying Power in Gaza? », *Netherlands International Law Review*, vol. 63, 2016, p. 280.

rédacteurs.<sup>62</sup> Dans la nouvelle version de ses commentaires des Conventions de Genève, le CICR s'est d'ailleurs départi de cette conception et admet que les traités conclus postérieurement à la Convention de La Haye de 1899/1907 n'ont pas modifié la notion d'occupation telle ressort de ladite convention.<sup>63</sup> Selon l'article 154 de la quatrième convention de Genève, celle-ci est censée « compléter » les sections II et III du règlement de La Haye et non pas en modifier la substance. La quatrième convention ne donnant pas de définition de ce qu'il faut entendre par les termes « territoires occupés » il y a lieu de considérer qu'elle renvoie à cette fin à la Convention de La Haye et aux règles coutumières qui y sont codifiées.<sup>64</sup>

Un bref retour sur les origines historiques du critère de l'effectivité de l'occupation suggère toutefois une solution bien plus simple et radicale à notre question, qui permettrait de concilier la finalité protectrice commune aux dispositions de la Convention de Genève et à nombre de dispositions du règlement de La Haye tout en maintenant un niveau d'exigence relativement élevé dans le cadre de la règle coutumière de l'article 42 du règlement. Elle consiste à distinguer nettement entre la notion d'occupation *stricto sensu* telle qu'elle est définie à l'article 42 et qui conditionne l'applicabilité de la règle de l'article 43 du règlement de La Haye de la question du champ d'application des autres dispositions du règlement ou de la quatrième convention de Genève. S'agissant du devoir de vigilance qui découle de l'article 43 du règlement et de la levée en masse, il y a tout lieu de maintenir un niveau d'exigence élevé afin d'éviter de rendre responsable un État d'actes qu'il n'aurait objectivement pas été en mesure de prévenir et de conférer un certain niveau de sécurité juridique aux habitants des territoires concernés qui envisagent de résister à l'ennemi. Il y a lieu de souligner à ce sujet que les deux seules dispositions de la section III du règlement qui utilisent la notion d'« autorité » sont ces deux articles. Pour les autres dispositions, on se dispenserait entièrement du test de l'effectivité en tant que seuil d'entrée unique pour l'applicabilité en bloc des normes concernées : le degré du contrôle servirait alors uniquement à déterminer la pertinence de chacune des normes dans des situations concrètes, en ligne avec l'approche fonctionnelle.

Avant la Conférence de Bruxelles, l'effet principal de l'occupation était la possibilité pour l'occupant d'appliquer la loi martiale, en vertu de laquelle les commandants militaires pouvaient donner libre cours aux mesures qu'ils estimaient nécessaires, sans guère de limites.<sup>65</sup> Les auteurs qui se prononçaient sur la question ne s'attardaient pas sur la condition de l'effectivité, comme cela se manifeste notamment dans l'article premier des Instructions de 1863 pour les armées en campagne des Etats-Unis d'Amérique (souvent appelées le « Code Lieber », du nom de leur auteur, Francis Lieber), qui était rédigé dans les termes suivants :

*« Les places, régions ou territoires occupés par l'ennemi sont, du fait de l'occupation, soumis à la loi martiale de l'armée d'invasion ou d'occupation, qu'il y ait eu ou non proclamation de la loi martiale ou notification quelconque aux habitants. La loi martiale est l'effet et la conséquence immédiats et directs de l'occupation ou de la conquête.*

*La présence d'une armée ennemie vaut proclamation de la loi martiale. »*<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Marten Zwanenburg, « The Requirement of Effective Control in the Law of Occupation », in Roland Bartels *et al.* (dir.) *Military Operations and the Notion of Control Under International Law: Liber Amicorum Terry D. Gill*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2021, p. 272-274. Voir aussi Carcano, *op. cit.*, p. 121 : « According to a textual interpretation of this norm [Article 42], an occupation consists of control over a territory rather than of control over persons. »

<sup>63</sup> Voir par exemple, International Committee of the Red Cross, *Commentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 120, par. 327.

<sup>64</sup> *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004*, p. 172, par. 89.

<sup>65</sup> Voir par exemple Henry W. Halleck, *International Law; or, Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War*, San Francisco, H. H. Bancroft and Co., 1861, p. 372-374 ; Lassa Oppenheim, *International law: A treatise*, vol. II, Longmans, Londres, 1906, p. 168, par. 166.

<sup>66</sup> Voir, dans le même sens, Johann Caspar Bluntschli *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin et cie., 1874, p. 303, par. 539.

Dans ce contexte, on insistait sur la nécessité de définir à quel gouvernement les habitants devaient obéir.<sup>67</sup> La finalité de protection n'était pas absente, mais on insistait bien plus lourdement sur les pouvoirs et les droits que la loi martiale était censée conférer à l'occupant. Le projet initial de convention proposé à la Conférence de Bruxelles de 1874 par la Russie était empreint d'une telle conception et c'est à ce titre qu'il suscita de vives réserves de la part des petits États (Belgique, Pays-Bas et Suisse), qui voyaient le projet comme une légitimation par avance des politiques annexionnistes en ce qu'il paraissait ériger en autorité légitime le pouvoir de fait exercé par l'occupant et conférer autant de droits à ce dernier.<sup>68</sup> Il contenait une disposition très peu exigeante en termes d'effectivité : « L'occupation par l'ennemi d'une partie du territoire de l'État en guerre avec lui y suspend, par le fait même, l'autorité du pouvoir légal de ce dernier et y substitue l'autorité du pouvoir militaire de l'État occupant ». <sup>69</sup> Ce sont notamment les petits États qui insistèrent pour relever le niveau d'exigence en la matière.<sup>70</sup> Une nouvelle rédaction fut soumise à la commission par le président Jomini<sup>71</sup> rédigée dans les termes suivants :

*« Un territoire de l'un des belligérants est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie.  
L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et tant qu'elle est en mesure de s'exercer. »*

Cette rédaction fut retenue dans le texte final de la Déclaration internationale de Bruxelles concernant les lois et coutumes de la guerre, puis dans celui du règlement de La Haye de 1899, qui resta inchangé après la Seconde Conférence internationale de la Paix de 1907. Au cours des discussions à Bruxelles, l'on rejeta une proposition allemande de suppression du second paragraphe, qui aurait eu pour effet de permettre l'occupation « fictive ». <sup>72</sup> Une proposition similaire fut réitérée sans succès par l'Allemagne en 1899.<sup>73</sup> Il a été noté qu'en 1899 les tenants d'une conception souple du critère de l'autorité de fait étaient des militaires alors que les juristes insistaient sur la nécessité d'une stricte exigence en la matière.<sup>74</sup> Cela peut s'expliquer par le fait que les juristes étaient soucieux d'assurer la protection des habitants contre l'arbitraire inhérent à la loi martiale alors que les militaires préféraient réserver la plus grande marge de manœuvre possible pour les armées.

La question de l'applicabilité des dispositions de la section III du règlement au-delà du cas d'occupation tel que défini à l'article 42 fut soulevée au cours des discussions. Une proposition d'étendre le champ d'application de l'article 53 du règlement — relatif à la saisie de certains biens — fut mise en discussion.<sup>75</sup> A ce stade de la discussion, un consensus s'était établi sur le fait que le règlement de La Haye n'avait pas pour objet de conférer des droits à l'envahisseur, mais de limiter un pouvoir de fait. Dans son rapport à la Conférence, le délégué du Siam, le baron Edouard Rolin-Jacquemyns affirmait-il ainsi qu'

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 304, par. 540.

<sup>68</sup> *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une convention internationale concernant la guerre*, Paris, Librairie des publications législatives, 1874, p. 4-6. Voir sur ce point Charles Lucas, *La conférence internationale de Bruxelles sur les lois et coutumes de la guerre*, Paris, A. Durand & Pedone-Lauriel ; Guillaumin & Cie, Troisième tirage, 1874, p. 4-5.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 22 (Belgique, baron de Lambert) : « D'une part, on ne doit pas exposer à la légère les populations à des rigueurs souvent très-pénibles à supporter, et d'un autre côté, on ne doit point porter atteinte aux droits ou aux devoirs du patriotisme. Il sera très difficile de trouver une rédaction qui satisfasse à ces conditions. Quant au pouvoir de l'occupant, il faut que les moyens de l'exercer soient réels et suffisants, question qui présente aussi de grandes difficultés : la présomption n'est pas admise en pareille matière. »

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 21 et p. 58.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 21-23. Voir sur ce point Alphonse Rivier, *Principes du droit des gens*, Tome second, Paris, A. Rousseau, 1896, p. 300 ; Carl Christoph Johann Friedrich Ludwig Lueder, *Der neueste Codifications-Versuch auf dem Gebiete des Völkerrechts*, Erlangen, A. Deichert, 1874, p. 26-27 ; Fauchille, *op. cit.*, p. 218-219 : « Une déclaration et un peloton commandé par un lieutenant auraient suffi, et l'armée envahissante eût pu continuer sa marche en avant, sans laisser derrière elle des forces suffisantes ».

<sup>73</sup> Ministère des affaires étrangères, *Conférence internationale de la Paix*, Troisième partie, La Haye, Martinus Nijhoff, Nouvelle édition, 1907, p. 93-94. Voir Meurer, *op. cit.*, p. 218-220.

<sup>74</sup> Meurer, *op. cit.*, p. 218.

<sup>75</sup> Ministère des affaires étrangères, *op. cit.*, Troisième partie, p. 127.

« [a]ucun membre de la Sous-Commission n'a [...] eu la pensée que l'autorité légale du pays envahi dut donner d'avance une sorte de sanction au pouvoir de fait exercé par l'armée qui envahit ou qui occupe un territoire. Mais l'adoption de règles précises, tendant à limiter l'exercice de ce pouvoir, n'en est apparue que comme une nécessité d'autant plus évidente, conforme du reste à l'intérêt de tous les peuples que le sort des armes peut trahir tour à tour. »<sup>76</sup>

Les esprits des petits Etats étant apaisés par cette importante concession, un consensus se forma immédiatement sur la conception avancée par le délégué prussien, le colonel Groß von Schwarzhoff, selon laquelle il était entendu que les dispositions seraient applicables *a fortiori* durant la phase d'occupation, ce qui mena au retrait de la proposition relative à l'article 53.<sup>77</sup> Groß von Schwarzhoff qualifiait la définition de l'article 42 de « quasi-juridique » et il lui opposait l'utilisation du terme d'« occupation » dans un sens plus large, « militaire pour ainsi dire, qui comprend en même temps l'envahissement et l'occupation ».<sup>78</sup> Le rapport de Rolin-Jacquemyns consigne dûment cette conception partagée par les délégués : « [u]ne observation générale doit être faite au sujet de tous les articles qui sont compris dans la Section III. C'est que les restrictions, imposées à la liberté d'action de l'occupant, s'appliquent à *fortiori* à l'envahisseur, alors qu'il n'y aurait pas encore occupation dans le sens de l'article 42. »<sup>79</sup> La doctrine de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle admettait généralement cette applicabilité de la section III à la phase d'invasion, tout en discutant parfois dans quelle mesure telle ou telle disposition du règlement était pertinente pour la phase d'invasion.<sup>80</sup> Mais il semble que ces développements soient par la suite tombés dans un relatif oubli.

## V. CONCLUSION

La présente étude, fondée principalement sur des sources jurisprudentielles et doctrinales, permet de conclure que les deux approches identifiées du critère de l'effectivité dans le droit de l'occupation ne doivent pas être considérées comme mutuellement exclusives : il n'y a pas lieu de choisir entre l'une ou l'autre, mais de déterminer dans quel contexte l'approche stricte doit céder le pas à une approche plus souple, de nature fonctionnelle. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, la distinction ne doit pas être établie entre les dispositions du règlement de La Haye et la quatrième convention de Genève ou entre les règles relatives aux personnes protégées et les autres règles. La ligne de séparation des eaux se situe plutôt entre les articles 42 et 43 du règlement de La Haye ainsi qu'à la définition du territoire occupé aux fins de la levée en masse (autrement dit, la question du *statut* du territoire), d'une part, et les autres règles, d'autre part. Cela ne signifie évidemment pas que toutes les règles du droit de l'occupation seront applicables dans tous les cas d'invasion ni dans tous les cas dans lesquels un État exercerait de l'extérieur un certain contrôle sur un territoire n'atteignant pas le degré d'effectivité requis au sens de l'article 42 du règlement. Sans qu'il ne soit possible ici d'entrer dans le détail, on peut affirmer que certaines d'entre elles présupposent nécessairement un contrôle territorial plus ou moins fermement établi.<sup>81</sup> Mais il serait erroné de créer une catégorie spécifique pour les règles relatives aux personnes en les opposant aux autres règles : le critère fonctionnel peut par exemple entraîner l'application de règles relatives aux biens de l'Etat, comme celle de l'article 53 du règlement de La Haye.

Doit-on pour autant exclure complètement qu'une occupation *stricto sensu* serait possible sans présence militaire sur le territoire concerné ? Cette question gagne en pertinence dans un contexte où

<sup>76</sup> *Ibid.*, Première partie, p. 36.

<sup>77</sup> Ministère des affaires étrangères, *op. cit.*, Troisième partie, p. 127-128.

<sup>78</sup> Ministère des affaires étrangères, *op. cit.*, Troisième partie, p. 127.

<sup>79</sup> Ministère des affaires étrangères, *op. cit.*, Première partie, p. 43.

<sup>80</sup> Voir notamment Meurer, *op. cit.*, p. 220 ; Mériñhac, *op. cit.*, p. 213 ; Albéric Rolin, *Le droit moderne de la guerre : Les principes, les conventions, les usages et les abus. Tome premier*, Brussels, Dewit, 1920, p. 419, par. 432 ; Kunz, *op. cit.*, p. 90 ; Georges Sauser-Hall, « L'occupation de guerre et les droits privés », *Annuaire suisse de droit international*, vol. 1, 1944, p. 60 (favorable à l'application de toutes les règles qui peuvent être appliquées par analogie à l'envahisseur). Parmi les auteurs consultés qui se prononcent sur la question, seul Max Huber exprime un certain scepticisme, sans aller jusqu'à rejeter le principe de l'applicabilité à l'envahisseur de certaines des dispositions de la section III du règlement. Voir Max Huber, « Die Fortbildung des Völkerrechts auf dem Gebiete des Prozess – und Landkriegsrechts », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 2, 1908, p. 582.

<sup>81</sup> Voir, dans ce sens, Arai-Takahashi, *op. cit.*, p. 14-15.

les conflits armés peuvent prendre des formes variées et où les technologies de surveillance et de contrôle à distance sont de plus en plus sophistiquées.<sup>82</sup> Il n'est guère contestable que l'occupation dite « indirecte », par procuration — à travers le contrôle de groupes armés exerçant un contrôle territorial sur une portion du territoire de l'Etat —, puisse être admise à condition qu'elle soit le fait d'un Etat en vertu des règles d'attribution du droit de la responsabilité internationale. Dans l'affaire des *Activités armées*, une telle hypothèse a été rejetée pour manque de preuves, mais le fait que la Cour ait examiné les éléments de preuve disponible semble bien indiquer que l'hypothèse n'a pas été exclue par principe.<sup>83</sup> Pourrait-on aller plus loin et affirmer que l'« autorité de fait » est susceptible de s'établir sans aucune présence humaine sur le territoire visé ? Il est sans doute trop tôt pour donner une réponse définitive à cette question. Mais il y a lieu de souligner que, s'il paraît difficile de concevoir une telle « occupation », aucune exigence de présence physique ne découle explicitement de la lettre de l'article 42 du règlement de La Haye. La notion d'« autorité de fait » caractérise un type de relations entre différents sujets de droit plutôt qu'une réalité tangible dans l'ordre matériel. Rien n'empêche *a priori* qu'une telle relation de pouvoir puisse s'établir à distance. Il ne paraît pas complètement déraisonnable d'imaginer que, par une combinaison de l'usage hostile des technologies de l'information, d'un déploiement de systèmes d'armes autonomes (les justement décriés « robots-tueurs ») et d'une menace constante de bombardements massifs, un Etat puisse, dans un avenir proche, contraindre les autorités d'un territoire donné à se conformer en tout point à ses instructions. La pandémie de Covid-19 nous a enseigné l'étendue des tâches qui peuvent être réalisées entièrement ou partiellement à distance, y compris en matière d'administration ou d'autres fonctions régaliennes et rien n'indique que le potentiel de progrès technologique en la matière soit épuisé à ce jour.

---

<sup>82</sup> Voir, dans ce sens, Sassòli, *op. cit.*, p. 304 ; Eliav Lieblich et Eyal Benvenisti, *Occupation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 65.

<sup>83</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 230-231, par. 177. Voir aussi, plus explicitement, *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, Chambre d'appel, arrêt, 29 novembre 2017, IT-04-74-A, p. 130, par. 322. Voir, sans ce sens, Carcano, *op. cit.*, p. 125. Voir aussi, à propos des Etats fantoches — en l'occurrence la République de Salò —, qui devaient, selon l'auteur, être considérés comme des organes d'un Etat tiers, *Différend Dame Mossé — Décisions n° 144*, 17 janvier 1952, opinion dissidente de M. Sorrentino, *RSA*, vol. XIII, p. 495.