



# Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire

**Tristan Ferraro\***

Tristan Ferraro est conseiller juridique au sein de la Division juridique au siège du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) à Genève.

## Résumé

*Le droit international humanitaire (DIH) ne définit pas précisément la notion d'occupation, pas plus qu'il ne fournit de normes strictes permettant d'établir à quel moment débute et s'achève une occupation. L'article ci-après propose une analyse détaillée de la notion d'occupation et de ses éléments constitutifs au regard du DIH, et arrête un ensemble de critères juridiques permettant de déterminer dans quelles conditions une situation doit être qualifiée d'occupation aux fins du DIH. Il conclut en suggérant une adaptation de ces critères juridiques aux caractéristiques spéciales de l'occupation par un intermédiaire et de l'occupation par des forces multinationales.*

**Mots-clés :** occupation, contrôle effectif, consentement, ensemble de critères juridiques, occupation par entité interposée, occupation par des forces multinationales.

.....

Certaines situations d'occupation survenues au cours de la période récente ont soulevé une gamme inédite de questions juridiques. Or, si les règles positives de

\* Cet article a été rédigé à titre personnel et ne reflète pas nécessairement les opinions du CICR. La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 133-163.

L'occupation ont beaucoup retenu l'attention, peu de travaux ont été consacrés aux questions complexes relatives aux critères de début et de fin d'une occupation. C'est surprenant, tant il est vrai qu'il est indispensable, avant de traiter de toute question de fond relevant du droit de l'occupation, de déterminer si une situation d'occupation a vu le jour et si elle dure encore.

Déterminer si une situation constitue une occupation n'est pas chose aisée, principalement parce que la définition de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 est assez vague. La notion d'occupation y est en effet définie comme suit : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

À l'imprécision de la définition juridique de l'occupation vient s'ajouter une série d'autres facteurs qui ajoutent à la difficulté de la tâche, comme la poursuite des hostilités, l'exercice d'une certaine autorité par le gouvernement local, ou le refus de l'envahisseur d'assumer les obligations liées à l'exercice de l'autorité sur un territoire étranger. Il peut aussi être fort délicat de déterminer juridiquement à quel moment s'achève une occupation. Un désengagement progressif, un retrait partiel, la rétention de certaines compétences dans des zones précédemment occupées, le maintien d'une présence militaire sur la base d'un consentement équivoque, ou encore l'évolution qu'ont subie, depuis l'époque du Règlement de La Haye, les moyens permettant d'exercer son autorité, sont autant d'éléments qui peuvent rendre plus délicate la classification juridique d'une situation donnée et soulever de nombreuses interrogations sur le moment où une occupation peut être considérée comme terminée.

Le présent article a pour objectif d'approfondir la notion d'occupation et, en particulier, les critères juridiques servant à déterminer à quel moment la présence de troupes étrangères sur un territoire doit être considérée comme une occupation au regard du droit international humanitaire (DIH). Après avoir rappelé que c'est sur la base de faits concrets que l'on peut établir s'il y a occupation, nous tenterons de préciser le sens de la notion en identifiant ses éléments constitutifs à partir de l'article 42 du Règlement de La Haye. Nous analyserons ensuite ces éléments avant de proposer un ensemble de critères juridiques permettant d'établir l'existence d'une occupation au regard du DIH. Enfin, nous aborderons la question du début et de la fin de l'occupation dans deux situations particulières : l'occupation par entité interposée et l'occupation par une coalition d'États ou par des forces multinationales.

## **L'occupation est une question de fait**

Le point de départ de notre analyse est que l'existence d'une occupation – cas particulier du conflit armé international – doit être établie sur la seule base des faits constatés. Ce point de vue n'est pas seulement largement partagé ; il est reflété dans des instruments internationaux, dans la jurisprudence internationale, ainsi que dans certains manuels militaires.

En 1880, l'Institut du droit international avait déjà affirmé, à l'article 41 de son Manuel sur les lois de la guerre sur terre (« Manuel d'Oxford »), que :

Un 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>1</sup>.

Les mots « en fait » montrent clairement que l'existence d'une situation d'occupation militaire est établie sur la base de la situation factuelle.

Cette position a, depuis lors, été appuyée par le Tribunal militaire américain à Nuremberg qui, dans l'affaire des *Otages*, a déclaré que « la question de savoir si une invasion a donné lieu à une occupation est une question de fait »<sup>2</sup>. Elle a aussi été réaffirmée dans des décisions récentes et emblématiques rendues par la Cour internationale de justice (CIJ)<sup>3</sup> et par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)<sup>4</sup>. En outre, plusieurs manuels militaires ont adopté la position exprimée dans le Manuel d'Oxford et dans la jurisprudence internationale. C'est ainsi que le *Field Manual 27-10* des États-Unis précise, à la section 355, que « l'occupation militaire est une question de fait »<sup>5</sup>.

Par conséquent, la définition de l'occupation, telle qu'elle figure à l'article 42 du Règlement de La Haye, ne repose pas sur une perception subjective de la situation réelle par les parties au conflit armé, mais bien sur une constatation objective, fondée sur la soumission *de facto* d'un territoire à l'autorité de forces armées étrangères ennemies.

Une constatation de cet ordre, fondée sur les faits, est conforme à la séparation stricte entre *jus in bello* et *jus ad bellum*. Cette distinction conserve toute sa pertinence et sa validité pour les situations d'occupation. Le Tribunal militaire américain à Nuremberg l'a expressément affirmé : « Le droit

1 Souligné par nous.

2 Voir Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages* (*The Hostages Trial—Trial of Wilhelm List and Others*), *Law Reports of Trials of War Criminals*, United Nations War Crimes Commission, 1949, Londres, Vol. VIII, p. 55 [traduction CICR].

3 Dans une affaire récente – *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* – la Cour internationale de Justice (CIJ) a insisté sur le fait qu'elle devait examiner s'il existait des éléments de preuve suffisants avant de déclarer que l'Ouganda avait bien établi son autorité sur des parties du territoire de la République démocratique du Congo. Voir CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (ci-après « RDC c. Ouganda »), arrêt, 19 décembre 2005, *CIJ Recueil 2005*, para. 173.

4 Pour interpréter la notion d'occupation, le TPIY a repris littéralement la formule du Tribunal des États-Unis à Nuremberg et décidé que « l'existence d'un état d'occupation est une question de fait ». TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilić et Vinko Martinović* (ci-après « affaire Naletilić »), affaire N° IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, para. 221.

5 FM 27-10, *Department of the Army Field Manual: The Law of Land Warfare*, Washington, D.C., juillet 1956 [traduction CICR] [ci-après « Field Manual 27-10 »]. Voir aussi, par ex., Canada, *Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at Operational and Tactical Levels*, JAG Office, 2001, Section 1203(1); New Zealand Defence Force, DM 112, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, 1992, Section 2(1302)(1).

international n'opère aucune distinction entre un occupant légal et un occupant illégal lorsqu'il s'agit des devoirs respectifs de l'occupant et de la population en territoire occupé»<sup>6</sup>. Par conséquent, le droit de l'occupation, en tant que branche du DIH, s'applique sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine d'un conflit armé particulier, sur les objectifs visés par la puissance occupante, sur la légalité au regard du *jus ad bellum* de l'intervention militaire extraterritoriale ou sur les causes défendues par les parties au conflit ou qui leur sont attribuées.

Cependant, établir sur une base factuelle que des forces étrangères exercent un degré d'autorité significatif sur un territoire est un exercice complexe, en raison avant tout des incertitudes propres à la guerre. Il est particulièrement délicat, à cet égard, d'identifier avec précision la transition entre les phases d'invasion et d'occupation<sup>7</sup>. Il serait donc certainement plus facile d'établir l'existence d'une occupation si l'on disposait de critères permettant de guider l'évaluation des faits. Nous allons tenter ci-après de définir des règles de ce type et de mettre au point un ensemble de critères juridiques permettant de déterminer le début et la fin d'une occupation sur la base des normes pertinentes du droit de l'occupation, en particulier l'article 42 du Règlement de La Haye.

## La définition de l'occupation selon le DIH

La notion d'occupation a été ébauchée par l'article 42 du Règlement de La Haye. Cependant, étant donné le flou de cette disposition, il est nécessaire d'examiner avec soin l'interprétation qui en a été faite au fil du temps pour préciser le sens exact de la notion d'occupation. Ceci nous permettra d'identifier les éléments d'un ensemble de critères juridiques pour déterminer l'existence d'une situation d'occupation aux fins du DIH.

### Le rôle central de l'article 42 du Règlement de La Haye

C'est après quelques tâtonnements<sup>8</sup> que la définition de l'occupation a été définitivement arrêtée dans l'article 42 du Règlement de La Haye en ces termes : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. » Les traités de DIH

6 Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, p. 59 [traduction CICR].

7 Il a été fort difficile, par exemple, d'arrêter la date précise de début de l'occupation de l'Irak en 2003, en raison principalement de la poursuite des hostilités, de la progression des troupes de la coalition et de l'incertitude initiale quant à leur capacité d'exercer leur autorité sur certaines parties du territoire irakien.

8 Voir par ex. l'article premier de la Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 août 1874; l'article 41 du Manuel d'Oxford adopté en 1880 par l'Institut de Droit international; et l'article 42 du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention (II) de La Haye), La Haye, 29 juillet 1899.

adoptés ultérieurement n'ont pas modifié cette définition. La notion d'occupation a été élargie par l'article 2 commun aux Conventions de Genève de 1949, afin d'y inclure spécifiquement l'occupation qui ne se heurte à aucune résistance armée. Cependant, rien, dans les travaux préparatoires, n'indique que les rédacteurs des Conventions aient eu l'intention de modifier la définition, largement acceptée, de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye<sup>9</sup>. Comme l'article 2 commun reconnaît explicitement que ces instruments s'appliquent à tous les cas d'occupation, mais ne définit pas l'occupation, on peut logiquement en conclure que l'applicabilité des normes pertinentes des Conventions – en particulier celles du titre III, section III de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève – repose sur la définition de l'occupation du Règlement de La Haye. C'est aussi ce que laisse entendre l'article 154 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, régissant les relations entre cet instrument et les Conventions de La Haye de 1907<sup>10</sup>.

Cette interprétation de la notion d'occupation est corroborée par des juridictions internationales comme la CIJ et le TPIY, qui ont vu dans l'article 42 du Règlement de La Haye la *seule et unique* norme permettant d'établir l'existence d'une occupation au sens du DIH<sup>11</sup>. Le TPIY a même utilisé dans plusieurs décisions la définition de l'occupation inscrite dans le Règlement de La Haye afin de déterminer s'il y avait occupation au sens de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. En s'appuyant sur l'article 154 de la Convention, il a décidé que :

bien que constituant une codification ultérieure des droits et obligations de la puissance occupante, la IV<sup>e</sup> Convention de Genève n'a pas abrogé les dispositions du Règlement de La Haye en la matière. Ainsi, en l'absence d'une définition du terme « occupation » dans les Conventions de Genève, elle renvoie à la définition qu'en donne le Règlement de La Haye, tout en rappelant le caractère coutumier dudit Règlement<sup>12</sup>.

La chambre de première instance cite ensuite l'article 42 du Règlement de La Haye en indiquant qu'elle souscrit à cette définition.

La CIJ a eu l'occasion d'examiner à deux reprises la notion d'occupation au cours de la période récente. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 2004 dans l'affaire *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* comme dans son arrêt de 2005 dans l'affaire *Activités armées sur le*

9 Département politique fédéral, *Actes de la conférence diplomatique de Genève de 1949*, Berne, Tome II, section A, pp. 634, 656, 659-660, 712-713 et 794-795.

10 L'article 154 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (CG IV) dispose : « Dans les rapports entre Puissances liées par la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, qu'il s'agisse de celle du 29 juillet 1899 ou de celle du 18 octobre 1907, et qui participent à la présence Convention, celle-ci complètera les sections II et III du Règlement annexé aux susdites Conventions de La Haye ».

11 On notera aussi qu'à l'échelon national, la Cour suprême de l'Inde a affirmé en 1969 que l'article 42 du Règlement de La Haye était l'unique base juridique permettant d'établir l'existence d'une occupation. Voir Cour suprême de l'Inde, *Rev. Mons. Sebastiao Francisco Xavier dos Remedios Monteiro v. The State of Goa*, 26 mars 1969, All India Reporter 1970 SC 329, *Supreme Court Reports*, 1970, pp. 87-102.

12 TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 215.

*territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour s'est appuyée exclusivement sur l'article 42 du Règlement de La Haye pour déterminer s'il y avait occupation dans les territoires en question et si le droit de l'occupation s'appliquait dans ces situations<sup>13</sup>. Le fait, en particulier, que la CIJ se soit fondée sur l'article 42 du Règlement de La Haye pour évaluer l'applicabilité de la section III du titre III de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève – intitulée « territoires occupés » – amène à la conclusion que l'article 42 du Règlement de La Haye est la référence permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation. Le droit de l'occupation est donc un ensemble de normes juridiques qui se compose pour l'essentiel du Règlement de La Haye et de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève; son champ d'application repose entièrement sur le respect des conditions déduites de l'article 42 du Règlement de La Haye.

On a pu dire qu'il existait deux définitions distinctes de l'occupation, l'une basée sur le Règlement de La Haye et l'autre sur la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>14</sup>. Toutefois, divers auteurs ont aussi insisté sur l'importance et le poids

13 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, *CIJ Recueil 2004*, para. 78; CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 172-177.

14 Les auteurs des Commentaires du CICR sur les Conventions de Genève ont affirmé en 1958 que le concept d'occupation au regard de la CG IV était plus large que celui utilisé dans le Règlement de La Haye en ce qui concerne la protection des personnes. Voir Jean S. Pictet (éd.), *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, p. 67. Cette opinion se retrouve dans la jurisprudence internationale récente, ainsi que dans des articles académiques. Voir Vaios Koutroulis, « L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo: une lecture restrictive du droit de l'occupation? », dans *Revue belge de droit international*, N° 2, 2006, pp. 719 et suiv. Toutefois, en l'absence de toute définition explicite de l'occupation selon la CG IV et étant donné les effets de son article 154, qui insiste sur le caractère complémentaire de ce traité par rapport au Règlement de La Haye, l'affirmation selon laquelle la CG IV offrirait une définition différente de l'occupation n'a pas de fondement juridique au regard du DIH. L'article 154 de la CG IV régit la relation entre la CG IV et le Règlement de La Haye et précise sans ambiguïté que la Convention n'a pas modifié la définition contenue à l'article 42 du Règlement. Qui plus est, il ne faut pas se méprendre sur le sens de la position exprimée dans les Commentaires du CICR ni dans la décision du TPIY dans l'affaire *Naletilić* (*op. cit.*, note 4, para. 221). Elle suggère uniquement que certaines dispositions du droit de l'occupation telles que formulées dans la CG IV devraient s'appliquer aussi pendant la phase d'invasion. Les interprétations données dans les Commentaires du CICR et dans la décision du TPIY ne démontrent nullement de manière absolue que la définition de l'occupation contenue à l'article 42 du Règlement de La Haye aurait été assouplie au point où l'autorité effective sur le territoire ennemi ne serait plus requise pour l'application des normes du droit de l'occupation. Au contraire, elles signifient simplement que le seuil d'application pour certaines normes de la CG IV a été abaissé de manière à ce qu'elles puissent aussi s'appliquer pendant la phase d'invasion. Dans le jugement sur l'affaire *Naletilić*, le TPIY a simplement affirmé que « l'application du régime de l'occupation à des 'individus', c'est-à-dire des civils protégés par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, n'exige donc pas que la puissance occupante exerce une autorité effective ». La dernière partie de cette phrase montre clairement que le contrôle effectif n'est pas nécessaire pour donner effet aux mesures de protection définies dans la section III du titre III de la CG IV. La définition de l'occupation contenue dans l'article 42 du Règlement de La Haye n'est donc en rien modifiée. Le seuil d'application de la section III du titre III de la CG IV n'est abaissé qu'afin d'accorder une protection plus importante aux personnes au cours de la phase d'invasion. La jurisprudence de la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie permet de tirer la même conclusion (*Partial Awards: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25, and 26*, Décision, 19 décembre 2005, para. 27). Voir aussi Dapo Akande, « Classification of armed conflicts: relevant legal concepts », dans E. Wilmschurt (éd.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 44 et suiv.

et la prééminence de l'article 42 du Règlement de La Haye pour définir une occupation<sup>15</sup>.

Enfin, divers manuels militaires ont confirmé l'importance de l'article 42 du Règlement de La Haye en tant que déclencheur pour l'application du droit de l'occupation. En fait, lorsqu'ils abordent la question du droit régissant les territoires placés sous l'autorité de forces armées étrangères ennemies, ces manuels suivent généralement la même logique : la section sur l'occupation commence par réaffirmer la définition de l'occupation inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye, après quoi les manuels décrivent et commentent de nombreuses dispositions empruntées au Règlement de La Haye et à la section III du titre III de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, en indiquant clairement que leurs auteurs considéraient l'article 42 du Règlement de La Haye comme le critère déclenchant l'entrée en vigueur de l'ensemble des normes du droit de l'occupation<sup>16</sup>.

Au vu de ce qui précède, l'article 42 du Règlement de La Haye peut donc être considéré comme l'unique base juridique permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation.

### Identifier les composantes d'un ensemble de critères juridiques pour établir l'existence d'une situation d'occupation au regard du DIH

La définition contenue à l'article 42 du Règlement de La Haye est cruciale, mais demande à être précisée. C'est à cette fin que nous allons chercher, dans cette section, à identifier les diverses composantes d'un ensemble de critères juridiques, dérivé de l'article 42, qui permettra de déterminer à quel moment une situation doit être considérée, aux fins du DIH, comme une occupation.

15 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4; Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957, pp. 28-29; Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 42 et suiv.; Yuval Shany, « Faraway, so close: the legal status of Gaza after Israel's disengagement », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2005, Vol. 8, pp. 374 et suiv.; Marten Zwanenburg, « The law of occupation revisited: the beginning of an occupation », dans *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2007, Vol. 10, pp. 109 et 128-129; Hans-Peter Gasser, « Belligerent occupation », dans D. Fleck (éd.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, deuxième édition, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 273-274; Michael Bothe, « Beginning and end of occupation », dans *Collegium*, N° 34, automne 2006, pp. 26 et suiv.

16 Voir, par exemple, Armée australienne, *Law of Armed Conflict: Commander's Guide*, 1994, para. 1202; Canada, *Joint Doctrine Manual*, *op. cit.*, note 5, para. 1203; Allemagne, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, 1995, para. 526; Royaume-Uni, ministère de la Défense, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 11.2-11.3; Armée des États-Unis, *Field Manual 27-10*, *op. cit.*, note 5, para. 351 et suiv.; Nouvelle-Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, *op. cit.*, note 5, 1302; Suède, ministère de la Défense, *International Humanitarian Law in Armed Conflict, with Reference to the Swedish Total Defence System*, 1991, section 6.1.2; Argentine, Leyes de Guerra, Ejército Argentino, RC-46-1, 1969, section 5.001; Allemagne, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch*, 1992, para. 526; France, ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés*, SGA, 2003, p. 121.



### *L'importance de la notion de « contrôle effectif »*

Pour identifier les divers critères permettant de conclure à l'existence d'une situation d'occupation<sup>17</sup>, il nous faut en premier lieu nous pencher sur la notion de contrôle effectif, qui est au cœur du concept de l'occupation et qui lui est associée depuis longtemps. L'expression « contrôle effectif » ne figure pas dans le droit des traités ; elle reflète une notion qui s'est développée au fil du temps dans le débat juridique pour décrire les circonstances et les conditions permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation.

De toute évidence, l'occupation implique un certain degré de contrôle par des troupes ennemies sur un territoire étranger ou sur des parties de ce territoire, pouvoir exercé à la place des autorités souveraines du territoire. Cependant, l'application du droit de l'occupation se déclenche non seulement lorsque les forces étrangères ont la maîtrise totale du territoire ennemi, mais aussi lorsqu'elles exercent un degré d'autorité moins marqué<sup>18</sup>. On a souvent fait valoir que l'occupation est une question de degré. Comme le souligne Yoram Dinstein :

le contrôle effectif est une condition *sine qua non* de l'occupation par un belligérant. Toutefois, on ne peut définir dans l'absolu le degré exact de contrôle qui sera jugé objectivement « effectif ». On ne peut, en particulier, déterminer *a priori* ni l'effectif optimal de l'armée d'occupation, ni les modalités de son déploiement. Les circonstances varient d'un territoire occupé à l'autre, et le degré de contrôle effectif requis peut dépendre du terrain, de la densité démographique et d'une quantité d'autres considérations<sup>19</sup>.

Quoi qu'il en soit, c'est l'effectivité du contrôle exercé par les forces étrangères qui déclenche l'application du droit de l'occupation<sup>20</sup>. De fait, c'est le contrôle

17 Dans le cadre du présent article, nous entendons par « ensemble de critères permettant d'établir l'existence d'une occupation » les critères déduits de l'article 42 du Règlement de La Haye qui, s'ils sont tous remplis, permettront de définir une situation comme une occupation au sens du DIH.

18 Selon Daniel Thürer et Malcolm MacLaren, il y a occupation « lorsqu'une partie à un conflit exerce un certain degré d'autorité sur le territoire ennemi ». Voir « *Ius post bellum* ' in Iraq: a challenge to the applicability and relevance of international humanitarian law? », dans Klaus Dicke *et al.* (éd.), *Weltinnenrecht: Liber Amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 757 [traduction CICR].

19 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 43-44 [traduction CICR].

20 Le choix du terme « effectif », qui est couramment associé à la notion d'autorité pour définir la nature de l'ascendant des forces étrangères sur le territoire en question, reflète l'analogie entre occupation et blocus formulée pendant les négociations sur la Déclaration de Bruxelles de 1874. Lors des débats qui ont entouré la rédaction de cette déclaration, tous les délégués, sans exception ou presque, ont souligné les similarités entre l'occupation et le blocus : tous deux doivent être effectifs pour être considérés comme existants aux fins du droit des conflits armés. Voir M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, p. 102 ; Shane Darcy et John Reynolds, « 'Otherwise occupied' : the status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law », dans *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, N° 2, 2010, pp. 218-220 ; T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 6<sup>e</sup> édition, Macmillan & Co, Londres, 1917, pp. 435-436 ; James Molony Spaight, *War Rights on Land*, Macmillan & Co, Londres, 1911, pp. 328-329. Des participants ont fait valoir que, de même qu'un blocus n'est pas reconnu s'il n'est pas effectif, l'existence d'une occupation doit être décidée sur la base de l'autorité effective. À cet

effectif qui permet aux forces étrangères de mettre en pratique les droits et les devoirs que leur confère le droit de l'occupation.

Ce point de vue est corroboré par l'ensemble des ouvrages juridiques sur la question, qui font de la notion de contrôle effectif un élément essentiel de l'occupation<sup>21</sup>. Un examen attentif de la jurisprudence internationale<sup>22</sup> et du contenu de quelques manuels militaires étaye aussi l'affirmation selon laquelle la notion de contrôle effectif est au cœur de la notion d'occupation<sup>23</sup> et doit servir de point de départ pour concevoir un ensemble de critères juridiques permettant d'établir l'existence d'une situation d'occupation. Le « contrôle effectif » représente, de ce point de vue, une notion essentielle car elle donne corps et précision à la notion d'« autorité » elle-même inscrite au cœur de la définition de l'occupation formulée à l'article 42 du Règlement de La Haye. Le contrôle effectif est à ce titre la principale caractéristique de l'occupation, puisqu'il ne saurait y avoir, au regard du DIH, d'occupation d'un territoire sans autorité effectivement exercée sur ce territoire par des forces étrangères ennemies.

Il faut donc examiner de plus près la notion de contrôle effectif, ce qui nous permettra d'identifier les critères de définition de l'occupation aux fins du DIH.

égard, un consensus s'est dégagé parmi les délégués pour considérer qu'il n'y a occupation que dans la mesure où l'armée étrangère peut exercer un certain degré d'autorité sur le territoire en question. Voir Doris A. Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation, 1863–1914: A Historical Survey*, Columbia University Press, New York, 1949.

- 21 Georg Schwarzenberg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. 2: The Law of Armed Conflict*, Stevens, Londres, 1968, pp. 274-276. La même position avait été exprimée antérieurement par G. Von Glahn, *op. cit.*, note 15, pp. 27-29. Voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 15, p. 4, qui a défini l'occupation comme « le contrôle effectif exercé par une puissance (qu'il s'agisse d'un ou de plusieurs États ou d'une organisation internationale telle que l'ONU) sur un territoire sur lequel cette puissance n'a pas de titre de souveraineté, contre la volonté du souverain de ce territoire » [traduction CICR]. Plus récemment, Yoram Dinstein a décrit la notion de contrôle effectif comme indispensable afin d'établir l'existence d'une situation d'occupation (Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 42-43). Enfin, Robert Kolb et Sylvain Vité affirment que, pour déterminer l'existence d'une situation d'occupation, « tout revient à se demander à partir de quel moment le contrôle de l'armée ennemie est suffisamment effectif au sens de l'article 42 du Règlement de 1907 » (Sylvain Vité et Robert Kolb, *Le droit de l'occupation militaire: perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 142).
- 22 TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić alias «Dule»* (ci-après «affaire Tadić»), affaire N° IT-94-1-T, Chambre de première instance, jugement, 7 mai 1997, para. 580 : « La qualité de 'personnes protégées' de ces victimes dépend de la date à laquelle elles sont tombées au pouvoir des forces occupantes. Le moment exact auquel une personne ou une région tombe au pouvoir d'une partie à un conflit dépend du fait que cette partie exerce un contrôle effectif sur un territoire ». Voir aussi CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 175.
- 23 Voir par exemple Armée des États-Unis, *Field Manual 27-10*, *op. cit.*, note 5, section 352 (sur la distinction entre invasion et occupation), selon laquelle « un envahisseur peut attaquer avec des forces navales ou aériennes, ou ses troupes peuvent avancer rapidement à travers une vaste portion de territoire ennemi sans établir cette autorité effective qui est essentielle pour le statut d'occupation » [traduction CICR]. Voir aussi Royaume-Uni, *Manual*, *op. cit.*, note 16, section 11.7 ; Italie, *Manuale di diritto umanitario*, Stato maggiore della Difesa, SMD-G-014, 1991, p. 32 ; Nouvelle-Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, *op. cit.*, note 5, 1302 ; Allemagne, *Humanitäres Völkerrecht*, *op. cit.*, note 16, para. 526 ; Canada, *Joint Doctrine Manual*, *op. cit.*, note 5, para. 1203.7.

### *Les éléments constitutifs de la notion de contrôle effectif*

De manière générale, la jurisprudence internationale, certains manuels militaires et la doctrine formulent une conception cohérente de la notion de contrôle effectif, fondée sur la capacité des forces étrangères d'exercer leur autorité à la place du souverain territorial, par leur présence imposée et continue sur le territoire en question. En ce qui concerne la jurisprudence internationale, le tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg a, dans le cadre de l'affaire des *Otages*, déclaré ce qui suit :

Le terme « invasion » suppose une opération militaire, tandis que l'occupation indique l'exercice de l'autorité gouvernementale à l'exclusion d'un gouvernement établi. Cela présuppose la destruction de la résistance organisée et l'établissement d'une administration pour préserver l'ordre public. Dans la mesure où l'autorité de l'occupant est maintenue et où celle du gouvernement civil est éliminée, la zone sera dite occupée<sup>24</sup>.

Le tribunal a aussi souligné l'importance de la capacité potentielle de la puissance occupante de faire effectivement respecter son autorité dans la zone en question : « S'il est vrai que les partisans ont pu, à diverses périodes, exercer leur autorité sur diverses parties de ces pays, il est établi que les Allemands étaient en mesure à tout moment, pour peu qu'ils l'eussent souhaité, de prendre matériellement le pouvoir dans n'importe quelle partie du pays »<sup>25</sup>.

Plus récemment, dans son arrêt concernant l'affaire *RDC c. Ouganda* (2005), la CIJ a déclaré :

En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre État du fait d'une intervention est une « puissance occupante » au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais<sup>26</sup>.

La jurisprudence du TPIY a aussi fait apparaître d'autres éléments qui pourraient faire partie de la notion de contrôle effectif. Dans l'affaire *Naletilić*, le Tribunal a élaboré quelques principes directeurs pour déterminer si une situation devrait être considérée comme une occupation :

24 Voir Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, pp. 55-56 [traduction CICR].

25 *Ibid.* [traduction CICR].

26 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 173.

Pour déterminer si l'autorité de la puissance occupante est établie dans les faits, on peut recourir aux critères suivants :

- la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée, désormais incapable de fonctionner publiquement ;
- les forces ennemies se sont rendues, ont été vaincues ou se sont retirées. À cet égard, les zones de combat ne sont pas considérées comme des territoires occupés. Cela étant, le statut de territoire occupé n'est pas remis en cause par une résistance locale sporadique, même couronnée de succès ;
- la puissance occupante dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou elle peut en envoyer dans un délai raisonnable ;
- une administration provisoire a été établie sur le territoire ;
- la puissance occupante a donné des ordres à la population civile et a pu les faire exécuter<sup>27</sup>.

La notion de contrôle effectif a aussi été exposée dans des manuels militaires. Ainsi, le manuel britannique *Manual of the Law of Armed Conflict* précise-t-il :

Afin d'établir l'existence d'une occupation, il convient d'examiner la zone concernée et de déterminer si deux conditions sont remplies :

- premièrement, l'ancien gouvernement doit avoir été mis hors d'état d'exercer publiquement son autorité dans cette région ;
- deuxièmement, la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de l'ancien gouvernement<sup>28</sup>.

Enfin, les juristes spécialisés ont aussi apporté leur appui aux éléments cités dans la jurisprudence internationale et dans les manuels militaires cités ci-dessus afin d'établir si une situation doit être considérée comme une occupation aux termes du DIH<sup>29</sup>.

27 TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 217. Il est important de noter que certains éléments identifiés par le TPIY constituent des critères (par exemple que la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée), tandis que d'autres ne sont que des indicateurs utiles pour établir si les critères constitutifs de l'occupation ont bien été remplis (par exemple l'établissement par la puissance occupante d'une administration provisoire).

28 Royaume-Uni, *Manual*, *op. cit.*, note 16, point 11.3, p. 275 [traduction CICR]. D'autres manuels militaires ont appliqué la même interprétation de la notion d'autorité effective, reflétant ce qui pourrait sembler une lecture commune des éléments constitutifs de la notion d'occupation aux fins du DIH. Voir par exemple : Canada, *Joint Doctrine Manual*, *op. cit.*, note 5, para. 1203 ; Armée des États-Unis, *Field Manual 27-10*, *op. cit.*, note 5, para. 355 ; Nouvelle-Zélande, *Interim Law of Armed Conflict Manual*, *op. cit.*, note 5, 1302(4).

29 Voir G. Von Glahn, *op. cit.*, note 15, pp. 28-29 ; M. Bothe, *op. cit.*, note 15, pp. 26-32 ; Y. Shany, *op. cit.*, note 15, pp. 374-378 ; M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 128-130 ; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 35-36 et 38-45 ; Eyal Benvenisti, « The law on the unilateral termination of occupation », dans T. Giegerich et U. Heinz (éd.), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 371-375 ; H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, pp. 273-274.

Les traités de DIH et leurs travaux préparatoires, mais aussi la doctrine, les manuels militaires et les décisions de justice montrent clairement la prééminence accordée à trois éléments constitutifs de l'équation de l'occupation, à savoir : la présence de forces étrangères subie sans consentement, la capacité de ces forces étrangères d'exercer leur autorité sur le territoire concerné en lieu et place du souverain local, et l'incapacité connexe de ce dernier d'exercer son autorité sur le territoire. Ces éléments constituent conjointement ce que l'on pourrait appeler le « critère de vérification contrôle effectif », qui servira à établir si une situation donnée constitue une occupation aux fins du DIH. Ces trois éléments sont aussi les seuls qui, de manière cumulative, reflètent la tension des intérêts entre les autorités locales, la puissance occupante et la population locale, tension qui représente une caractéristique constante de toute situation d'occupation par un belligérant<sup>30</sup>. Étant donné leur importance, ces éléments devraient être considérés comme des conditions *sine qua non* pour que soit satisfait le critère du contrôle effectif. À ce titre, ils représentent les conditions constitutives et cumulatives de la notion d'occupation aux fins du DIH.

### Les principaux éléments du test juridique du « contrôle effectif »

Nous venons de voir dans la section précédente que trois critères cumulatifs – à savoir la présence d'une force militaire étrangère subie sans consentement, la capacité de cette force d'exercer son autorité sur les zones en question en lieu et place du souverain territorial et l'incapacité connexe de ce dernier d'exercer son autorité sur le territoire – doivent être considérés comme les éléments constitutifs de la notion de contrôle effectif. Toutefois, il est nécessaire de les expliciter et de les interpréter plus avant pour en préciser le sens exact. Tel est l'objet de la présente section.

#### L'importance de la présence militaire étrangère sur le territoire occupé

Des occupations récentes ont suscité une question : la présence physique de troupes étrangères ennemies est-elle requise pour instaurer et maintenir une situation d'occupation ? D'aucuns ont fait valoir que la notion d'occupation et sa définition, telle qu'inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye, pourraient être réinterprétées à la lumière de l'évolution des techniques ou de l'usage de la force<sup>31</sup>.

30 M. Bothe, « Effective control: a situation triggering the application of the law of belligerent occupation », document de référence pour le projet du CICR sur l'occupation et les autres formes d'administration de territoires étrangers, première réunion d'experts, dans *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, rapport préparé et édité par T. Ferraro, CICR, Genève, avril 2012, pp. 36 et suiv. (ci-après « Rapport du CICR sur l'occupation »). Voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 109-110.

31 Gisha – Legal Center for Freedom of Movement, « Disengaged occupiers: the legal status of Gaza », Position Paper, 2007, pp. 69 et suiv. Voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, pp. 125 et suiv. Zwanenburg, cependant, souligne que les avancées techniques et militaires ne conduisent pas à la conclusion que la présence de troupes étrangères ennemies sur le territoire n'est plus nécessaire aux fins de la vérification de l'autorité effective.

On a notamment affirmé que l'avancée des techniques modernes permettait désormais aux puissances occupantes d'exercer un contrôle effectif sur un territoire étranger et sur des aspects importants de la vie quotidienne de ses habitants sans y maintenir une présence militaire continue. Vu sous cet angle, le maintien d'un contrôle effectif aux fins du droit de l'occupation pourrait être séparé de ses modalités d'application<sup>32</sup> : cette définition du contrôle effectif signifie qu'une occupation pourrait exister sur la seule base de la capacité de la puissance étrangère de projeter sa puissance militaire à partir d'une position située hors des limites du « territoire occupé »<sup>33</sup>. À première vue, cette position paraît conforme à l'article 42 du Règlement de La Haye, lequel, interprété littéralement, semble confirmer que la présence matérielle des forces étrangères exerçant le contrôle effectif n'est pas forcément indispensable.

On voit mal, cependant, comment l'autorité du souverain territorial pourrait être considérée comme évincée et remplacée par celle de l'ennemi sans la présence physique des forces ennemies. L'article 42 du Règlement de La Haye précise expressément que l'autorité – et la maîtrise inhérente qu'elle suppose sur un territoire occupé – doit être *établie* avant de pouvoir être *exercée* : « L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

L'article 42 crée donc un lien indissoluble entre l'établissement de l'autorité – qui présuppose le déploiement de forces ennemies étrangères dans la zone concernée – et la capacité, qui y est associée, d'exercer le pouvoir militaire<sup>34</sup>. Le contrôle effectif sur un territoire étranger exige de la puissance occupante, suite à l'invasion du territoire étranger qu'elle soit en mesure d'imposer son autorité partout sur ce territoire dans un laps de temps raisonnable. Il s'ensuit qu'il est, en principe, impossible de séparer la capacité d'exercer le pouvoir sur un territoire occupé de la présence militaire physique de la puissance occupante<sup>35</sup>.

32 Il convient de noter que l'exigence de la présence militaire étrangère ne peut être remise en question pour ce qui est de l'*établissement* d'une occupation. Si l'on peut affirmer qu'une occupation, une fois établie, peut être maintenue par une sorte d'autorité exercée à distance dans des circonstances bien précises, nous considérons que l'occupation exige néanmoins, pour être établie, la présence physique de forces armées ennemies dans les zones envahies.

33 Gisha, *op. cit.*, note 31.

34 R. Kolb et S. Vité, *op. cit.*, note 21, pp. 179-180.

35 En d'autres termes, l'occupation et son corollaire, l'autorité effective, ne peuvent pas, en principe, être établies et maintenues uniquement en exerçant le pouvoir à partir de l'extérieur des frontières du territoire occupé. Le critère de vérification de l'autorité effective ne peut pas inclure la capacité potentielle de l'une des parties au conflit armé de projeter son pouvoir à travers ses forces positionnées hors du « territoire occupé » sans élargir le concept d'occupation à un point tel que toute attribution de responsabilités en application du droit de l'occupation perdrait son sens. À défaut, tout État capable d'envahir le territoire de ses voisins plus faibles en raison de sa supériorité militaire, et capable d'y imposer sa volonté, serait considéré comme exerçant une « autorité effective » sur ce territoire et comme un occupant aux fins du DIH ; une telle interprétation ne serait pas raisonnable. Voir, en particulier, Eyal Benvenisti, « Responsibility for the protection of human rights under the interim Israeli–Palestinian agreements », dans *Israeli Law Review*, 1994, pp. 308-309. On doit se demander, cependant, si cette position ne pourrait pas être nuancée dans des circonstances tout à fait particulières et exceptionnelles, notamment lorsque les forces d'occupation quittent la zone sur laquelle elles exerçaient leur pouvoir, tout en y conservant des éléments clés de leur autorité. Voir plus bas « Un ensemble de critères juridiques permettant d'établir si une situation constitue une occupation aux fins du DIH ».

La présence physique de l'armée ennemie dans le territoire occupé – l'hypothèse de travail des rédacteurs des traités de DIH<sup>36</sup> – est aussi le postulat présent dans l'ensemble des dispositions du Règlement de La Haye et de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>37</sup>. En général, les obligations et les droits que le DIH confère à la puissance occupante exigent, pour prendre effet, sa présence physique dans le territoire occupé<sup>38</sup>. Comment un occupant pourrait-il, par exemple, remplir son obligation de préserver l'ordre public ou « administrer » le territoire occupé, au sens du DIH, sans être présent sur ce territoire ? Comment pourrait-il réquisitionner ou saisir des biens, installer et maintenir des établissements et des services sanitaires, garantir la santé publique et l'hygiène s'il n'est pas déployé dans le territoire occupé ?

Si l'occupant n'était pas en mesure d'assumer effectivement ces devoirs au regard du droit de l'occupation (en particulier lorsqu'il a retiré ses troupes du territoire étranger), invoquer ce droit comme cadre juridique de référence n'aurait plus de sens. C'est la raison pour laquelle la maîtrise du seul espace aérien, par exemple, n'a pas été considérée comme représentant un contrôle effectif aux fins du DIH<sup>39</sup>.

Le contrôle effectif sous-entend aussi la capacité potentielle des forces étrangères ennemies de concrétiser leurs activités en tant qu'occupant. En d'autres termes, le contrôle effectif implique que l'occupant exercera concrètement son pouvoir, par exemple, en imposant – ou en étant en mesure d'imposer – des directives destinées à la population locale, et en les faisant respecter<sup>40</sup>. À cet égard, la mise sur pied d'une administration gérée par l'occupant sur le territoire occupé, bien qu'elle ne soit pas une mesure obligatoire, a été citée à plusieurs reprises comme une nécessité pour les forces étrangères, car ce n'est qu'à cette condition que l'occupant est en mesure de respecter ses obligations et de donner effet à ses droits efficacement au regard du droit de l'occupation. Le Règlement de La Haye part de l'hypothèse que, dès qu'il acquiert la maîtrise du territoire, l'occupant y établit son autorité en instaurant un système d'administration directe<sup>41</sup>. Voilà qui corrobore le point de vue selon lequel la présence de l'occupant est une

36 Les rédacteurs des traités de DIH qui contiennent des dispositions relatives à l'occupation sont toujours partis du principe que les forces armées de l'envahisseur devaient être présentes sur le territoire pour qu'il soit considéré comme occupé au regard du DIH. Ainsi, pendant les négociations sur le contenu de la Déclaration de Bruxelles de 1874, la plupart des délégués ont rejeté une proposition formulée par le délégué de l'Allemagne selon laquelle il serait possible de considérer qu'il y a occupation même en l'absence de forces d'occupation sur le terrain. Le rejet de cette proposition était lié au fait qu'une occupation, comme un blocus, doit être effective, et que cette effectivité ne pouvait pas être assurée sans le déploiement des troupes étrangères en territoire occupé.

37 M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 15, p. 105 ; S. Darcy et J. Reynolds, *op. cit.*, note 20, pp. 218-219.

38 Voir, par exemple, les articles 43, 46, 52, 53, 55 et 56 du Règlement de La Haye, ainsi que les articles 55, 56, 59 et 66 de la CG IV.

39 Voir H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, para. 527 : « La suprématie aérienne, à elle seule, ne répond pas à l'exigence de l'occupation effective » [traduction CICR]. Voir aussi Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, p. 48 : « L'occupation belligérante de l'espace aérien ne peut être conçue indépendamment de l'autorité effective sur le territoire sous-jacent. C'est un corollaire de la proposition selon laquelle la suprématie aérienne, à elle seule, ne constitue pas une autorité effective ». [Traduction CICR.]

40 Voir H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, para. 527.

41 Voir E. Benvenisti, *op. cit.*, note 15, p. 4.

condition préalable pour établir l'existence d'une situation d'occupation. G. Von Glahn a insisté sur ce point en évoquant la différence entre forces d'invasion et forces d'occupation : « Dans le premier cas, les forces d'invasion n'ont pas encore consolidé leur autorité au point où l'on peut dire qu'une administration dûment structurée a été mise en place »<sup>42</sup>. Par conséquent, le contrôle effectif n'est instauré, en principe, que lorsque la puissance occupante, par sa présence sur le terrain, est en mesure non seulement d'exercer son autorité, mais aussi d'assumer les responsabilités que le DIH y associe.

Toutefois, exiger la présence des troupes étrangères sur le terrain ne signifie pas pour autant que le contrôle effectif les oblige à occuper chaque mètre carré du territoire occupé. Ainsi, le *Field Manual 27-10* de l'armée des États-Unis précise que l'effectif des forces étrangères ne peut être déterminé à l'avance, et qu'il peut varier en fonction des circonstances, en particulier la topographie du territoire, la densité démographique et le degré de résistance auquel elles se heurtent. Un contrôle effectif peut être exercé en positionnant des forces étrangères dans des lieux stratégiques du territoire occupé. Ceci pourrait permettre à la puissance occupante de dépêcher des troupes dans un délai raisonnable pour affirmer son autorité dans l'ensemble de la zone en question. Le contrôle effectif peut donc, jusqu'à un certain point, prendre la forme d'une autorité exercée à distance<sup>43</sup>.

L'importance de la présence physique des forces armées ennemies est aussi fréquemment mentionnée dans les ouvrages spécialisés<sup>44</sup> et elle peut se

42 G. Von Glahn, *op. cit.*, note 5, p. 28 [traduction CICR]. Cette hypothèse est aussi reflétée dans le *Field Manual 27-10* de l'armée des États-Unis, *op. cit.*, note 5, para. 356 : « Le gouvernement militaire est la forme d'administration par laquelle une puissance occupante exerce l'autorité gouvernementale sur le territoire occupé » [traduction CICR].

43 On peut se demander si, dans certains cas bien précis (en particulier lorsque les territoires des belligérants sont limitrophes), il ne serait pas possible de parvenir au même résultat en déployant des troupes dans des lieux stratégiques situés juste à l'extérieur du territoire occupé.

44 Des experts du DIH, comme M. Bothe, ont identifié, dans la définition de l'occupation belligérante inscrite à l'article 42 du Règlement de La Haye, deux composantes essentielles : la présence militaire et l'absence de consentement de l'État occupé. Selon Bothe, c'est la conjugaison de ces deux éléments qui détermine le début et la fin de l'occupation. Il affirme aussi qu'un certain seuil de présence militaire doit être franchi pour que l'occupant puisse être considéré comme exerçant une autorité effective. Voir M. Bothe, *op. cit.*, note 15, p. 27. H.-P. Gasser, qui insiste aussi sur la nécessité de la présence de l'occupant pour qu'il ait autorité effective, écrit : « La question [de l'occupation] consiste à déterminer si, en fait, les forces armées qui ont envahi le territoire de l'ennemi ont assis leur autorité sur la zone *par leur présence physique*, au point de pouvoir assumer les responsabilités qui sont celles d'une puissance occupante » [traduction CICR]. Voir H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 15, p. 274 (souligné par nous). A. Roberts a écrit que « Les dispositions des traités, les décisions des tribunaux et les textes juridiques concernant l'occupation sont tous articulés autour de l'image des forces armées d'un État exerçant une sorte ou une autre de domination ou d'autorité sur un territoire habité *hors des frontières internationales acceptées* ». Voir Adam Roberts, « What is military occupation? », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, 1984, p. 300 (souligné par nous) [traduction CICR]. La présence militaire en tant que condition préalable de l'ensemble de critères permettant d'établir l'existence d'une occupation peut aussi être déduite d'articles qui analysent les conditions devant être réunies pour qu'une occupation s'achève : de nombreux juristes qui soulignent que le critère pour déterminer la fin d'une occupation reflète celui qui en marque le commencement affirment qu'une occupation s'achève lorsque les troupes quittent le territoire étranger. Comme le dit Oppenheim, « l'occupation s'achève lorsqu'un occupant se retire du territoire ou en est chassé ». Voir



déduire de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *RDC c. Congo*, dont le paragraphe 173 dispose :

En vue de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si un État dont les forces militaires sont présentes sur le territoire d'un autre État du fait d'une intervention est une « puissance occupante » au sens où l'entend le *jus in bello*, la Cour examinera tout d'abord s'il existe des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'État auteur de l'intervention. La Cour doit en l'espèce s'assurer que les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient *pas seulement* stationnées en tel ou tel endroit, *mais* qu'elles avaient *également* substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement congolais<sup>45</sup>.

Dans ce paragraphe, la CIJ suit la chronologie traditionnelle de l'occupation : intervention de forces armées dans un territoire étranger, leur permettant d'affirmer leur autorité sur cette zone, puis renforcement de cette autorité par le stationnement continu de troupes et enfin, substitution de leur autorité à celle du gouvernement légitime. Le fait que la présence de l'armée ennemie soit une condition préalable ressort clairement de l'utilisation des mots « pas seulement » et « également », qui établissent un lien entre la présence et l'exercice de l'autorité et qui placent les deux notions sur un pied d'égalité en termes de conditions préalables. Toutes deux doivent être remplies pour qu'une situation soit considérée comme une occupation. Si la Cour s'était fondée exclusivement sur l'exercice de l'autorité, elle n'aurait pas recouru à la formule « pas seulement... mais également », mais aurait directement utilisé la notion de substitution d'autorité, sans mentionner la présence de troupes ennemies sur le territoire.

À la lumière de ce qui précède, on peut affirmer que la présence de forces militaires ennemies sur territoire étranger constitue – dans la plupart des cas – une condition impérative pour que ce territoire soit décrit comme « occupé »<sup>46</sup>. Si cette présence physique n'est pas forcément une condition suffisante, elle n'en est pas moins une condition préalable, car elle instaure, de manière générale, les conditions nécessaires à l'exercice du contrôle effectif. Enfin, exiger la présence

L.F.L. Oppenheim, *International Law*, Vol. 2, Longmans, Londres, 1952, p. 436 [traduction CICR]. Pour Gerhard Von Glahn, « en principe, l'occupation militaire s'achève par le retrait permanent et volontaire de la puissance occupante ». Voir G. Von Glahn, *op. cit.*, note 15, p. 30 [traduction CICR]. Plus récemment, Yuval Shany a souligné qu'« aucun des arguments avancés pour contester le fait que la première condition de l'occupation (la présence physique sur le territoire) n'est plus remplie n'est totalement convaincant. Premièrement, la *lex lata* semble toujours insister sur la présence physique des forces ennemies sur le terrain. Il ne s'agit pas d'une condition purement formelle : il est difficile en effet d'imaginer comment un occupant qui ne serait pas présent sur le territoire pourrait concrètement respecter ses obligations au regard du *jus in bello* ». Voir Y. Shany, *op. cit.*, note 15, p. 380 [traduction CICR].

45 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 173 (souligné par nous).

46 Y. Shany, *op. cit.*, note 15.

de forces étrangères sur le territoire occupé respecte le principe de l'effectivité, principe qui sous-tend le droit de l'occupation, selon lequel la puissance occupante doit être capable de mettre en vigueur les droits et les devoirs découlant du droit de l'occupation.

Abaissier le seuil du contrôle effectif en renonçant à exiger que l'occupant soit présent sur le territoire occupé revient nécessairement à saper l'application du droit de l'occupation. Les droits et les devoirs que le DIH attribue à une puissance occupante ont été définis par rapport à un certain seuil d'autorité qui présuppose, en principe, la présence physique dans le territoire occupé des forces d'occupation. Toute tentative d'abaisser le seuil du contrôle effectif – en particulier en rendant facultative la présence de troupes ennemies dans le territoire occupé – réduirait inévitablement l'importance et l'étendue des obligations de l'occupant puisque, en pareil cas, il ne serait généralement pas en mesure de les assumer. Le fait d'accepter un type de contrôle effectif qui ne permettrait pas à l'occupant de respecter les obligations énumérées dans le droit de l'occupation pourrait compromettre la pertinence de cette branche du droit, voire l'empêcher de produire des effets juridiques et de répondre comme il convient aux besoins sociaux induits par une situation d'occupation.

Par conséquent, le critère de vérification du contrôle effectif ne saurait être défini en termes de capacités générales des forces étrangères, par comparaison avec celles de leur opposant, en faisant abstraction de leurs moyens de mise en œuvre. Le critère devrait plutôt concerner, de manière générale, l'effet de la présence des forces étrangères sur l'exercice de l'autorité dans la zone contestée, en particulier la capacité de ces forces à exercer leur autorité sur le territoire concerné à la place du gouvernement local. Autrement dit, la question essentielle pour déterminer s'il y a occupation au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye devrait être non pas : « qui a la capacité militaire d'imposer sa volonté ? », mais bien plutôt : « lequel des belligérants a la capacité militaire, *de par sa présence dans une zone donnée*, d'y imposer son autorité et d'empêcher son opposant de le faire et, ce faisant, d'exercer un contrôle effectif sur cette zone ? ».

## La notion d'autorité

La notion d'autorité, telle qu'elle est formulée à l'article 42 du Règlement de La Haye, n'est guère aisée à comprendre et à interpréter. La principale raison en est la nature ambiguë de cette disposition, qui mêle exercice effectif<sup>47</sup> et exercice potentiel<sup>48</sup> de l'autorité, sans spécifier la nature de cette dernière.

S'agissant de la nature de l'autorité, nous estimons que l'« autorité » au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye renvoie à la notion de fonctions gouvernementales exercées par les forces armées étrangères ennemies, puisque

47 « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie ».

48 « L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer ».

l'occupation est liée à l'administration politique du territoire concerné et ne saurait être mise en pratique sans exercice des fonctions gouvernementales<sup>49</sup>.

La façon dont cette autorité est exercée par la puissance occupante a aussi donné lieu à controverses. Premièrement, la puissance occupante doit-elle exercer *seule* l'autorité dans le territoire occupé? Deuxièmement, faut-il qu'en plus de la présence des forces étrangères dans la zone concernée et de l'incapacité du souverain territorial d'exercer son autorité, les forces étrangères *substituent effectivement* leur autorité à celle du gouvernement évincé, ou suffit-il qu'elles exercent un degré d'autorité suffisant pour être *en mesure de substituer* leur autorité à celle de l'ancien gouvernement local (en d'autres termes, la capacité d'exercer l'autorité est-elle suffisante)<sup>50</sup>?

### *L'autorité de la puissance occupante doit-elle être exclusive ?*

Comme nous l'avons déjà relevé, l'un des principes sous-jacents du droit de l'occupation est que la puissance occupante, par l'autorité qu'elle exerce fermement sur le territoire occupé, doit empêcher le souverain territorial d'exercer son autorité gouvernementale. Ce principe ressort notamment de l'article 41 du Manuel d'Oxford (1880), qui dispose que :

Un 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<sup>51</sup>.

Certains auteurs ont déduit de cette clause que l'occupation exige l'exercice, dans le territoire occupé, d'une autorité exclusive et unique : celle des forces étrangères. Daphna Shruga a relevé, à cet égard, que « c'est l'exercice d'une autorité gouvernementale ou administrative exclusive sur le territoire, indépendamment du souverain évincé, qui permet de qualifier la présence étrangère d'occupation et qui définit la "source de l'autorité" sur le territoire occupé »<sup>52</sup>. Les tenants de ce point de vue rejettent la possibilité d'un partage d'autorité, quel qu'il soit, sur le territoire occupé et affirment que le gouvernement antérieur doit nécessairement

49 Rapport du CICR sur l'occupation, *op. cit.*, note 30, p. 19.

50 Cette conception de la notion d'autorité reflète les points de vue de divers délégués pendant les négociations qui conduisirent à la rédaction de la Déclaration de Bruxelles de 1874. Ainsi, à cette occasion, le baron Jomini, qui représentait la Russie, fit remarquer que « si l'occupant est en mesure d'exercer son autorité, l'occupation est une réalité ; dès l'instant où ce pouvoir n'existe plus, l'occupation cesse ». Voir House of Commons (Royaume-Uni), *Parliamentary Papers*, «Correspondence Respecting the Proposed Conference at Brussels on the Rules of Military Warfare (Miscellaneous, N° 1)», 1875, p. 259 [traduction CICR].

51 Souligné par nous.

52 Daphna Shruga, «Military occupation and UN transitional administrations: the analogy and its limitations», dans M. G. Cohen (éd.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum L. Caflisch*, M. Nijhoff, Leiden, 2007, p. 481 [traduction CICR].

avoir été chassé ou s'être effondré, puisque l'opération militaire a abouti à une occupation.

C'est bien cette position qu'a adoptée le tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg dans l'affaire des *Otages*<sup>53</sup> ; notons cependant qu'elle ne reflète pas nécessairement le DIH actuel, qui n'exclut pas la possibilité que l'autorité soit partagée par l'occupant et le gouvernement du territoire occupé et qui va même jusqu'à suggérer cette option dans diverses dispositions.

Bien que le droit de l'occupation parte de l'hypothèse que la puissance occupante assume toutes les responsabilités dans le territoire occupé, du fait de sa domination militaire, il prévoit aussi un « partage vertical de l'autorité ». À nos yeux, ce « partage vertical » reflète la relation hiérarchique entre la puissance occupante et les autorités locales, la première exerçant une certaine autorité sur les secondes par délégation de responsabilités. Un « partage horizontal de l'autorité », à l'inverse, dénoterait une certaine concurrence entre les troupes étrangères et les autorités locales, ce qui mettrait en question la capacité des premières à imposer leur volonté aux deuxièmes, jetant ainsi un doute sur l'existence d'un contrôle effectif aux fins du DIH.

Ce « partage vertical de l'autorité » est implicite dans certaines dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, en particulier les articles 6(3), 47, 50 et 56, qui exigent la coopération entre la puissance occupante et les autorités nationales et locales. Ce partage du pouvoir ne doit pas, cependant, réduire l'autorité ultime ou globale de l'occupant sur le territoire occupé, ni limiter sa sécurité ou ses opérations militaires dans les zones en question. Il doit aussi résulter du désir sincère de la puissance occupante de partager l'autorité qu'elle a acquise du fait de l'invasion militaire et non d'une incapacité d'imposer sa volonté au gouvernement local ou à ses substituts. La poursuite du fonctionnement du gouvernement local doit donc dépendre de la volonté de l'occupant de le laisser fonctionner et exercer des responsabilités jusqu'à un certain point. Autrement dit, le « partage vertical de l'autorité » doit contenir la notion de subordination, qui caractérise toujours la relation entre la puissance occupante et le souverain territorial et qui reflète le principe selon lequel aucune autorité ne peut être exercée si elle n'est imposée ou autorisée par les forces étrangères. L'allocation des compétences qu'implique ce partage d'autorité a été soulignée notamment par la Cour suprême d'Israël, qui a décidé que :

les forces militaires [d'occupation] peuvent décider dans quelle mesure elles entendent exercer leurs pouvoirs d'administration civile à travers leurs délégués directs et quelles zones elles souhaitent laisser entre les mains de l'ancien gouvernement, qu'il s'agisse d'autorités locales ou relevant du gouvernement central. Le fait d'autoriser l'activité d'autorités gouvernementales de ce type ne diminue en rien l'existence de fait d'une autorité militaire effective sur la zone ni les conséquences qui en découlent au regard des lois de la guerre<sup>54</sup>.

53 Voir *op. cit.*, note 2, pp. 55-56.

54 Haute Cour de justice, Israël, 102/82, *Tsemel v. Minister of Defence*, 37(3), P.D. pp. 373-374 [traduction CICR].

### *Capacité d'exercer l'autorité ou l'autorité effective: quel critère ?*

En ce qui concerne la nature de l'autorité exercée par la puissance occupante sur le territoire occupé, la décision récente de la CIJ dans l'affaire *RDC c. Ouganda* a compliqué l'interprétation de la notion d'autorité. La Cour a en effet jugé que l'occupation exigeait que les forces étrangères exercent *effectivement* leur autorité<sup>55</sup>. En d'autres termes, la CIJ a estimé que pour devenir une puissance occupante à proprement parler, les troupes étrangères devaient concrètement manifester leur autorité. En insistant sur l'exercice concret de l'autorité – par opposition à la capacité de l'exercer – l'arrêt de la CIJ marque un tournant notable dans l'interprétation et l'application du critère formulé à l'article 42 du Règlement de La Haye. À nos yeux, l'interprétation de la CIJ est par trop étroite et ne reflète pas le droit existant (*lex lata*), qui continue à privilégier la capacité d'exercer l'autorité et non son exercice réel. Comme nous l'avons déjà vu en examinant les éléments constitutifs de la notion d'autorité effective, tant la jurisprudence de l'après-guerre<sup>56</sup> que certains manuels militaires<sup>57</sup> et la plupart des juristes<sup>58</sup> interprètent la notion d'autorité effective de manière large, en adoptant comme critère la capacité de la puissance occupante d'exercer son autorité sur le territoire occupé.

Nous considérons donc que, une fois le gouvernement local écarté par l'armée d'invasion, le critère permettant d'établir l'existence d'une occupation doit reposer exclusivement sur la *capacité* des forces étrangères d'exercer leur autorité sur une zone donnée. Songeons à la situation du Danemark durant la Seconde Guerre mondiale: l'armée allemande avait choisi, malgré sa suprématie militaire, de ne pas y exercer son autorité et de laisser le gouvernement danois en fonctions. Si le critère proposé par la CIJ avait été appliqué, il eût fallu conclure que l'Allemagne n'occupait pas le Danemark. Ajoutons que d'autres considérations étaient la nécessité d'opter pour un critère basé sur la capacité d'exercer l'autorité<sup>59</sup>.

Interpréter l'article 42 en dissociant l'existence de l'occupation de l'exercice concret et effectif de l'autorité gouvernementale par la puissance militaire vis-à-vis de la population locale permettra, à terme, de dissuader la puissance occupante d'esquiver son obligation de gouverner le territoire occupé. Nous pensons, en effet, que le fait d'exiger des forces étrangères qu'elles exercent une autorité concrète (par exemple en mettant sur pied une administration civile provisoire) ouvrirait la porte à des interprétations biaisées de ce critère. Il suffirait en pareil cas que l'occupant refuse d'assumer ses devoirs au regard de la loi pour être considéré comme n'exerçant pas réellement son autorité sur le territoire qu'il vient d'envahir. À terme, une telle conception pourrait encourager les forces

55 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 173 (souligné par nous).

56 Affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, p. 59. Voir aussi TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 217.

57 Voir par exemple Royaume-Uni, *Manuel*, *op. cit.*, note 6, point 11.3, p. 275.

58 Voir *op. cit.*, note 29.

59 Voir Y. Shany, *op. cit.*, note 15, p. 376.

étrangères à s'abstenir de maintenir l'ordre ou de répondre aux besoins élémentaires de la population locale, afin de ne pas être considérées comme la puissance occupante. La population locale se trouverait alors privée de toute protection, puisque son propre gouvernement serait dans l'incapacité d'administrer la zone, tandis que les troupes étrangères refuseraient d'assumer cette responsabilité. Qui plus est, adopter un critère fondé sur la capacité d'exercer l'autorité déjouerait toute tentative de la part de la puissance occupante d'esquiver ses devoirs au regard du droit de l'occupation en mettant en place un gouvernement fantoche qui exercerait les fonctions gouvernementales en son nom.

La notion d'autorité au sens de l'article 42 du Règlement de La Haye devrait donc être interprétée comme signifiant la soumission du gouvernement local à la supériorité militaire des forces étrangères résultant du succès de l'invasion, associée à la capacité de ces forces étrangères d'exercer des fonctions gouvernementales en lieu et place du gouvernement local.

Enfin, s'agissant de l'interprétation de la notion d'autorité pour définir les critères permettant d'établir l'existence d'une occupation, il y a lieu d'examiner encore les effets de la résistance armée locale sur la capacité de la puissance occupante d'exercer l'autorité dans le territoire occupé. Il est bien établi en DIH que l'on peut parler d'occupation militaire même en présence d'un mouvement de résistance, et même si celui-ci affirme temporairement son autorité sur une partie du territoire en question<sup>60</sup>. Le paragraphe 509 du Manuel britannique du droit des conflits armés (*Manual of the Law of Armed Conflict*) dit clairement que :

le fait que certains habitants se rebellent ou que la guérilla ou des « résistants » remportent des succès ponctuels ne met pas un terme à l'occupation. Même si un mouvement de rébellion prend provisoirement le dessus, cela ne suffit pas à interrompre ou à faire cesser une occupation, pour autant que l'autorité du gouvernement légitime ne soit pas effectivement rétablie et que l'occupant réprime immédiatement la rébellion<sup>61</sup>.

Cependant, si des forces armées étrangères doivent mener des opérations de combat de grande ampleur pour reprendre la zone en question aux forces de la résistance armée locale, cette partie du territoire ne peut plus être considérée comme occupée jusqu'à ce que les forces armées soient parvenues à la reconquérir effectivement.

Le *Field Manual 27-10* de l'armée des États-Unis précise, dans sa section 356, que « la simple existence d'un fort ou d'une zone défendue à l'inté-

60 Voir Tribunal des États-Unis à Nuremberg, affaire des *Otages*, *op. cit.*, note 2, p. 56. Le tribunal a déclaré : « S'il est vrai que les partisans ont pu, à diverses périodes, exercer leur autorité sur diverses parties de ces pays, il est établi que les Allemands étaient en mesure à tout moment, pour peu qu'ils l'eussent souhaité, de prendre matériellement le pouvoir dans n'importe quelle partie du pays. L'autorité exercée par les forces de résistance n'était que temporaire et ne pouvait, de ce fait, priver les forces armées allemandes de leur statut d'occupant » [traduction CICR].

61 Traduction CICR.

rieur du territoire occupé ne remet pas en question l'occupation du reste du territoire, à condition que le fort ou la zone défendue soit attaqué»<sup>62</sup>. Ainsi, l'existence d'un espace non occupé à l'intérieur d'une zone plus vaste placée sous l'autorité effective des troupes étrangères ne réfute pas l'existence d'une situation d'occupation sur le reste du territoire. Comme l'explique Yoram Dinstein :

Si la puissance occupante est expulsée d'une partie ou de la totalité du territoire occupé, ou en perd la maîtrise, l'occupation de la zone en question s'achève. Il est probable qu'au fil du temps, le territoire soumis à l'autorité effective d'une puissance occupante s'étende ou se réduise, et les fluctuations peuvent être d'une grande ampleur... Cette variation de l'étendue de territoire soumis à l'occupation belligérante peut être le résultat direct de victoires ou de défaites sur le champ de bataille<sup>63</sup>.

La résistance armée locale peut donc revêtir une grande importance et, dans certains cas, remettre en question l'autorité des forces étrangères à tel point que ces dernières perdraient leur statut de puissance occupante au sens du DIH.

Il y a lieu d'envisager une autre question : quel rôle joue l'interprétation de la notion d'autorité pour déterminer la fin de l'occupation ? Selon certains auteurs, une forme ou une autre de transfert d'autorité de l'ancien occupant au gouvernement local est impérative pour marquer sans ambiguïté possible la fin de l'occupation. L'autorité du gouvernement local devrait, par exemple, se substituer à celle exercée jusque-là par l'occupant. Pour les tenants de cette position, un transfert de compétences qui n'irait pas jusqu'à un transfert complet d'autorité prolongerait la situation d'occupation et l'application du droit de l'occupation (en ce qui concerne les responsabilités des forces étrangères)<sup>64</sup>.

Il est difficile à nos yeux de fonder cette position dans le droit existant. Le transfert de pouvoir au gouvernement local n'est pas une condition préalable pour mettre un terme à une occupation : le DIH est en effet muet sur ce point. De fait, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a déjà eu à connaître d'une situation dans laquelle les troupes étrangères se retirent entièrement du territoire qu'elles ont occupé, en laissant le pouvoir vacant<sup>65</sup>. La jurisprudence de la Commission permet de déduire que l'on ne saurait justifier, sur la base du DIH, que le droit de l'occupation continue de s'appliquer à des forces étrangères qui se sont entièrement retirées d'un territoire placé antérieurement sous leur autorité effective et qui n'y exercent plus les fonctions essentielles du pouvoir.

62 Traduction CICR.

63 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, p. 45 [traduction CICR].

64 M. Bothe, *op. cit.*, note 15, p. 29 ; Gisha, *op. cit.*, note 31, pp. 82 et suiv.

65 Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, *Partial Awards: Central Front - Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, para. 67, 71 et 83-84.

*La nécessité de l'absence de consentement de l'autorité gouvernementale locale*

L'occupation militaire est, par définition, une relation asymétrique : l'existence d'une occupation signifie nécessairement que des forces étrangères imposent leur volonté au gouvernement d'un territoire occupé par des moyens militaires coercitifs. Il en découle que les traits distinctifs d'une occupation militaire au sens du DIH seront toujours : a) son caractère coercitif et b) l'absence de consentement. Ce sont aussi les éléments permettant de distinguer l'« occupation belligérante » de l'« occupation pacifique », qui se déroule avec le consentement du gouvernement souverain<sup>66</sup>.

L'absence de consentement apparaît donc comme un élément essentiel pour établir l'existence d'une occupation. Or, il n'est pas facile de s'assurer positivement qu'il y a bien absence de consentement. Tout d'abord, il convient de préciser que l'absence de consentement n'est pas simplement un élément à prendre en considération parmi d'autres critères pour déterminer s'il y a occupation : c'est une condition préalable à l'application de l'ensemble de critères permettant d'établir l'existence d'une occupation. Il est en effet peu probable que l'on puisse citer un seul exemple d'occupation belligérante – et d'application connexe du droit de l'occupation – qui se serait produite avec le consentement de l'État hôte. Le consentement est tout bonnement incompatible avec la notion même d'occupation belligérante. La mention du mot « ennemie » à l'article 42 du Règlement de La Haye exclut notamment du champ d'application du droit de l'occupation les situations dans lesquelles des troupes étrangères sont stationnées sur un territoire et y exercent l'autorité avec l'aval du gouvernement local.

Dans un tel contexte, il faut, pour que le droit de l'occupation soit inapplicable, que le consentement soit véritable, valable et explicite<sup>67</sup>. Il n'est pas facile d'établir qu'il en est bien ainsi dans une situation donnée ; le consentement peut, par exemple, avoir été « arrangé », si l'État qui intervient sur un territoire étranger a fait en sorte, par n'importe quel moyen ou artifice juridique à sa disposition, que l'État hôte donne l'impression d'accepter la présence des forces armées étrangères. Pour autant, la difficulté d'interpréter la notion de consentement ne diminue en rien son importance globale pour déterminer l'applicabilité du droit de l'occupation.

Un autre problème, pour établir l'existence du consentement aux fins de l'applicabilité du droit de l'occupation, concerne l'identité de la partie donnant le consentement. On peut considérer que le consentement à la présence des forces étrangères doit être donné par le gouvernement *de jure* ; mais on peut aussi affirmer que le consentement qui importe véritablement est celui du gouvernement *de facto*, qui exerçait effectivement l'autorité sur le territoire concerné juste avant l'invasion par les forces étrangères, et non celui du gouvernement *de jure*.

66 L'« occupation pacifique » ne déclenche pas l'application du droit de l'occupation.

67 M. Bothe, *op. cit.*, note 15, p. 30 : « en l'absence de consentement sincère et librement exprimé de la part du gouvernement légitime et effectif, la présence militaire étrangère doit être considérée comme une occupation belligérante » [traduction CICR].



Cette dernière position serait conforme à la théorie selon laquelle la classification d'une situation aux fins du droit de l'occupation ne peut être effectuée que sur la base des faits constatés. Il faut pour cela, en dernière analyse, déterminer qui exerce l'autorité effective *de facto*, afin d'identifier qui serait en droit d'autoriser la présence de l'armée étrangère. Cet accent placé sur les faits constatés signifie aussi qu'il n'est pas nécessaire d'engager des discussions délicates, controversées et souvent sans fin au sujet de la légitimité de l'autorité concernée. Nous considérons que c'est cette position qui est la plus appropriée pour traiter de la notion de consentement dans l'optique de déterminer l'applicabilité du droit de l'occupation. Enfin, établir l'identité de la partie appelée à donner son consentement sur la base de l'autorité effective serait conforme au principe de droit international public selon lequel une entité doit être considérée comme le gouvernement légal d'un État si elle est indépendante et si elle constitue bien le gouvernement *effectif*<sup>68</sup>.

Nous considérons en outre que le consentement donné doit être explicite afin d'éviter les ambiguïtés associées à l'évaluation d'un consentement implicite. Il est nécessaire, à cet égard, de distinguer entre l'absence d'opposition militaire à la présence des troupes étrangères et le consentement officiel donné par l'autorité gouvernementale locale. Comme le suggère l'article 2(2) commun aux Conventions de Genève de 1949<sup>69</sup>, le fait que l'État envahi ne mène pas d'opérations militaires pour contester le déploiement de forces étrangères ne signifie pas qu'il ait consenti à leur présence sur son sol et que le droit de l'occupation ne serait pas, de ce fait, applicable à la situation.

Une intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies pourrait aussi avoir des conséquences pour l'évaluation de la notion de consentement : il serait très difficile de catégoriser une situation comme une occupation si le consentement – fût-il donné dans un premier temps sous la contrainte – est validé *a posteriori* par le Conseil de sécurité dans une résolution. Toutefois, même si le Conseil de sécurité peut passer outre le DIH par le jeu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies, on pourrait considérer que le Conseil de sécurité ne devrait pas modifier les définitions ni les notions juridiques, ni déclarer qu'il n'y a pas d'occupation si les faits montrent le contraire. Autrement dit, le Conseil de sécurité ne devrait pas réinterpréter unilatéralement les faits constatés sur le terrain et affirmer qu'une occupation a pris fin si le gouvernement effectif du territoire concerné n'a pas consenti véritablement à la présence des forces étrangères.

La situation où le consentement est donné par les autorités locales une fois que la situation s'est stabilisée et que le contrôle effectif des forces étrangères a été clairement établie constitue un autre cas de figure. On a fait valoir qu'il était impossible, en pareil cas, de parler de consentement libre et sincère, puisque le gouvernement local se trouve sous la coupe de la puissance occupante.

68 Hans Kelsen, *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, Clark, NJ, 2003, p. 279. On peut déterminer si une entité constitue un « gouvernement effectif » sur la base de sa capacité à exercer son autorité sur le territoire et sur la population, ainsi que de sa volonté d'assumer les obligations internationales qui incombent à l'État. Voir Quoc Dinh Nguyen, Patrick Dailler et Alain Pellet, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 416-417.

69 J. S. Pictet, *op. cit.*, note 14, pp. 26-27.

Il faut en conclure que le libre consentement ne peut être donné que lorsque les deux parties jouissent d'une certaine indépendance. Un accord conclu pendant une occupation afin d'obtenir le consentement à la présence des forces étrangères – conduisant en définitive à la fin de l'occupation – refléterait une relation impliquant la subordination du gouvernement local à la puissance occupante; en d'autres termes, il s'agirait là d'un consentement obtenu sous la contrainte<sup>70</sup>. D'aucuns ont affirmé par ailleurs que l'article 47 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève gèlerait la situation et laisserait présumer que le droit de l'occupation devrait continuer à s'appliquer jusqu'à ce que la puissance occupante transfère son autorité provisoire au gouvernement local<sup>71</sup>. Selon les tenants de cette position, la fin de l'occupation ne pourrait être déclenchée que par le retrait complet des forces étrangères, assorti de la réhabilitation complète du gouvernement local. Cette position est cependant discutable, car un consentement authentique peut être donné pendant une occupation et entraîner la fin de celle-ci. Il n'est pas impossible qu'une situation d'occupation permette l'émergence d'un gouvernement local, jouissant d'une autorité et d'une crédibilité solides et reconnu en tant qu'organe représentatif, comme ce fut le cas en Irak en 2004.

En conclusion, comme nous l'avons montré, le consentement peut être fort difficile à apprécier. Lorsque les pouvoirs en présence sont très inégaux, le consentement peut ne pas être authentique, ce qui ne signifie pas pour autant que le droit de l'occupation s'applique automatiquement. À cet égard, nous considérons qu'en cas de doute sur l'existence d'un consentement authentique, valide et explicite, il convient de présumer qu'il n'y a pas consentement, ce qui entraîne l'application du droit de l'occupation par défaut si les autres critères sont remplis<sup>72</sup>. Tel serait le cas, en particulier, lorsque les forces étrangères sont déployées dans un État désintégré: dans un tel contexte, l'absence d'autorités gouvernementales effectives devrait amener à conclure à l'absence de consentement.

70 Rapport du CICR sur l'occupation, *op. cit.*, note 30, p. 29.

71 Article 47 de la CG IV: «Les personnes protégées qui se trouvent dans un territoire occupé ne seront privées, en aucun cas ni d'aucune manière, du bénéfice de la présente Convention, soit en vertu d'un changement quelconque intervenu du fait de l'occupation dans les institutions ou le gouvernement du territoire en question, soit par un accord passé entre les autorités du territoire occupé et la Puissance occupante, soit encore en raison de l'annexion par cette dernière de tout ou partie du territoire occupé».

72 Cette présomption est particulièrement importante et pertinente lorsqu'un nouveau gouvernement local mis en place pendant l'occupation consent à la présence des forces étrangères sur son territoire et accepte potentiellement qu'elles y exercent leur autorité. Nous estimons, en pareil cas, que c'est la situation sur le terrain qui doit toujours représenter le facteur décisif afin de déterminer si ce consentement a marqué le terme de l'occupation, et par conséquent la fin de l'application du droit de l'occupation. Si la situation, en termes d'exercice de l'autorité, n'a pas changé sur le terrain et si les forces étrangères exercent toujours effectivement leur autorité sur le territoire où elles sont déployées, il sera plus délicat d'évaluer s'il y a consentement authentique. Dans des situations de ce type, le droit de l'occupation devrait continuer à s'appliquer, car il est difficile d'imaginer un gouvernement local qui délèguerait entièrement le pouvoir et l'autorité effective sur son propre territoire (ou sur des parties de celui-ci) à des forces étrangères qui étaient précédemment la puissance occupante. Lorsqu'un gouvernement local consent à la présence de forces étrangères qui occupaient le territoire auparavant, ce consentement devrait, pour être considéré comme authentique, être accompagné d'un transfert effectif de l'autorité des forces étrangères au gouvernement local, et de ce fait être caractérisé par un degré important d'habilitation du gouvernement local, démontrant l'indépendance de celui-ci vis-à-vis des forces étrangères.

## Un ensemble de critères juridiques permettant d'établir si une situation constitue une occupation aux fins du DIH

À la lumière de ce qui précède, on peut formuler les règles suivantes pour déterminer s'il y a occupation au sens du DIH. Le critère de vérification du contrôle effectif comporte trois éléments *cumulatifs*:

- les forces armées d'un État sont physiquement présentes sur un territoire étranger sans le consentement du gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion ;
- le gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion a été rendu, ou peut être rendu, largement ou complètement incapable d'exercer ses pouvoirs du fait de la présence, non consentie, des forces étrangères ;
- les forces étrangères sont en mesure d'exercer leur autorité sur le territoire concerné (ou sur des parties de ce territoire) en lieu et place du gouvernement local<sup>73</sup>.

La notion de contrôle effectif doit être analysée de manière globale et ses composantes considérées comme des parties indissociables. Toute tentative de passer sous silence ou de laisser de côté l'un des éléments du critère de vérification du contrôle effectif saperait toute la structure et la raison d'être du droit de l'occupation, dont l'application s'articule autour du respect des critères définis à l'article 42 du Règlement de La Haye.

En principe, cet ensemble de critères s'applique également au début et à la fin de l'occupation. Les critères à appliquer pour établir la fin d'une occupation devraient généralement refléter ceux qui ont servi à déterminer son commencement<sup>74</sup>. Autrement dit, on appliquera les mêmes critères qu'au début de l'occupation, mais en sens inverse. Il convient par conséquent, pour établir si l'occupation a pris fin, d'examiner si sont toujours réunies les conditions que sont la présence physique des forces étrangères, leur capacité d'exercer leur autorité sur le

73 Cet ensemble de critères s'applique de la même manière aux forces des organisations internationales ou régionales. Aucune disposition du droit de l'occupation n'autorise à penser que ces critères seraient différents si l'autorité effective sur un territoire étranger était exercée par les forces armées d'une organisation internationale ou régionale. Voir Tristan Ferraro, «The applicability of the law of occupation to peace forces», dans Gian Luca Beruto (éd.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, 31<sup>e</sup> Table ronde sur les questions contemporaines de droit international humanitaire, 4-6 septembre 2008, Institut international de droit humanitaire, 2009, pp. 133-156.

74 D'aucuns ont avancé que l'article 6(3) de la CG IV formulait une nouvelle définition du terme de l'occupation, modifiant le critère de l'autorité effective pour le remplacer par l'exercice des fonctions de gouvernement. Voir Rapport du CICR sur l'occupation, *op. cit.*, note 30, p. 30. À nos yeux, cette conception repose sur une interprétation erronée de l'article 6(3). Cette disposition n'a en effet jamais eu pour objet de fournir un critère pour déterminer le début et la fin de l'occupation, mais uniquement de régir la fin ou le degré de l'applicabilité de la CG IV, alors que l'occupation se poursuit. L'article 42 du Règlement de La Haye et l'article 6(3) de la CG IV sont deux dispositions distinctes qui concernent un objet spécifique différent. De ce fait, l'article 6(3) ne saurait en aucune manière être utilisé en tant que norme de référence pour déterminer la fin d'une occupation.

territoire concerné en lieu et place de l'autorité gouvernementale locale existante et l'absence durable de consentement de l'autorité gouvernementale locale à la présence des forces étrangères. Si l'un ou l'autre de ces éléments vient à manquer, l'occupation doit être considérée comme terminée.

Les critères à utiliser pour établir qu'une occupation a pris fin devraient refléter la raison d'être du concept et la définition de l'occupation, c'est-à-dire la capacité des forces étrangères de remplacer l'autorité gouvernementale locale en envahissant son territoire et en y établissant une présence non consentie. Le contrôle effectif sur le territoire étranger ou sur des parties de celui-ci cesse généralement d'exister lorsque l'un de ces critères fait défaut ; en pareil cas, le droit de l'occupation ne s'applique plus dans la zone concernée.

Le fait que l'on puisse appliquer les mêmes critères pour déterminer le début et la fin d'une occupation ressort à la fois des ouvrages de droit et des manuels militaires, qui n'opèrent pas de distinction entre les conditions devant être remplies pour déterminer le début ou la fin d'une occupation, ce qui laisse entendre que l'ensemble de critères est bien le même dans les deux cas. Comme l'affirment S. Vité et R. Kolb, « de manière générale, la fin de l'occupation renvoie, en négative, à ce qui en constitue le commencement. Elle se détermine par référence aux critères définissant son champ d'application »<sup>75</sup>. La CIJ semble avoir fait sien ce point de vue dans l'affaire *RDC c. Ouganda*. En cherchant à déterminer si l'Ouganda était une puissance occupante au regard du DIH, la Cour a fondé son analyse sur des critères tirés de l'article 42 du Règlement de La Haye, sans distinguer entre le début et la fin de l'occupation<sup>76</sup>. Nous considérons donc que le droit existant impose, de manière générale, d'appliquer les mêmes critères pour déterminer le début et la fin d'une occupation.

Toutefois, dans certains cas spécifiques et exceptionnels – en particulier lorsque les forces étrangères se retirent d'un territoire occupé (ou de parties de celui-ci) tout en conservant des éléments essentiels d'autorité ou d'autres fonctions de gouvernement importantes caractéristiques des pouvoirs d'une puissance occupante – le droit de l'occupation pourrait, selon nous, continuer à s'appliquer dans les limites territoriales et fonctionnelles de ces compétences.

Nous estimons en effet que, même sans présence physique des forces étrangères dans le territoire concerné, l'autorité qu'elles ont conservée peut, dans certains cas, constituer un contrôle effectif aux fins du droit de l'occupation et entraîner l'application continue des dispositions pertinentes de cette branche du droit.

Cette conception fonctionnelle de l'occupation serait ainsi utilisée comme critère pertinent afin de déterminer dans quelle mesure les obligations découlant du droit de l'occupation continuent à peser sur les forces étrangères ennemies qui se retirent progressivement ou brusquement du territoire occupé. Ce critère s'applique dans la mesure où les forces étrangères exercent encore, sur la totalité ou sur une partie du territoire, des fonctions gouvernementales qu'elles avaient acquises lorsque l'occupation était indubitablement établie et en cours.

75 R. Kolb et S. Vité, *op. cit.*, note 21, p. 150. Voir aussi Y. Shany, *op. cit.*, note 5, p. 378.

76 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 172-173.

Cette conception fonctionnelle permet de délimiter plus précisément le cadre juridique applicable dans des situations où il est difficile d'établir avec certitude si l'occupation s'est achevée ou non. C'est d'autant plus important que le droit de l'occupation ne traite pas explicitement de la question des obligations juridiques applicables pendant le retrait unilatéral d'un territoire occupé. Le fait que le DIH ne contienne rien à ce sujet est dû notamment au fait que l'occupation se termine généralement soit par la force, soit par un accord, ou par un retrait unilatéral, souvent suivi d'une réhabilitation du gouvernement local. Dans la plupart des cas, les forces étrangères quittant le territoire occupé ne continuent pas à y exercer des fonctions importantes, tout au moins pas sans le consentement des autorités locales.

Pourtant, on ne saurait exclure de nos jours la possibilité qu'un contrôle effectif continue à être exercé depuis l'extérieur du territoire occupé. On peut en effet arguer que les progrès techniques et militaires rendent possible l'exercice d'un contrôle effectif sur un territoire étranger ou sur des parties de celui-ci sans présence militaire étrangère continue dans la zone en question. Dans de telles situations, il est important de tenir compte du degré d'autorité que conservent les forces étrangères, plutôt que de se concentrer exclusivement sur les moyens par lesquels ce pouvoir est effectivement exercé. Il faut aussi reconnaître que, en pareilles circonstances, l'existence d'une contiguïté géographique entre les États belligérants peut jouer un rôle important pour faciliter l'exercice à distance d'un contrôle effectif, par exemple en permettant à une puissance occupante qui a redéployé ses forces armées hors du territoire de faire sentir son autorité dans un délai raisonnable.

Nous considérons par conséquent que tout retrait unilatéral d'un territoire occupé dans le cadre duquel les forces étrangères conservent, sans le consentement du gouvernement du territoire occupé, des éléments clés de l'autorité (exercés précédemment du fait de leur statut juridique de puissance occupante et constituant un contrôle effectif au regard du DIH<sup>77</sup>) appelle l'application des dispositions du droit de l'occupation qui demeurent pertinentes pour les fonctions que la puissance continue à exercer.

L'application continue des dispositions pertinentes du droit de l'occupation est particulièrement importante dans la mesure où ce droit est spécifiquement conçu pour traiter et régir le partage de l'autorité, et la répartition de responsabilités, entre États belligérants<sup>78</sup>.

Cette interprétation dynamique et téléologique du droit de l'occupation exigerait donc une application *rationae temporis* de cette branche du droit, qui en pareilles circonstances ne dépendrait pas de la présence continue de forces étrangères ennemies sur le territoire concerné, mais plutôt de la subsistance d'une forme d'autorité qui demeure un contrôle effectif aux fins du DIH.

77 Cette rétention de compétences peut aussi – mais pas nécessairement – être accompagnée par l'interdiction faite aux autorités locales d'exercer certaines fonctions gouvernementales.

78 La raison d'être du droit de l'occupation est la nécessité d'organiser la distribution des responsabilités entre les belligérants afin d'éviter, autant que faire se peut, toute carence de pouvoir et de protection dans le territoire occupé.

Une position contraire – qui ne permettrait pas l'application de certaines dispositions pertinentes du droit de l'occupation dans de telles situations spécifiques – encouragerait les puissances occupantes à retirer leurs troupes du territoire occupé (ou de parties de celui-ci) tout en conservant certaines fonctions importantes exercées à distance afin d'esquiver les devoirs importants qu'impose le DIH. Cette construction juridique artificielle finirait par laisser la population locale privée de toute protection juridique notable et irait à l'encontre d'une interprétation téléologique du droit de l'occupation.

## Cas spéciaux d'occupation : occupation par entité interposée et occupation par une coalition d'États ou par des forces multinationales

### L'occupation par entité interposée et la notion de contrôle effectif indirect

Nous soutenons ici que le contrôle effectif peut être exercé par des forces armées de substitution, dans la mesure où elles sont soumises au contrôle global de l'État étranger. Ainsi, un État serait une puissance occupante aux fins du DIH lorsqu'il exerce un contrôle global sur les autorités locales *de facto* ou sur d'autres groupes organisés locaux qui exercent eux-mêmes le contrôle effectif sur un territoire ou sur une partie de celui-ci<sup>79</sup>.

L'existence et la pertinence de cette théorie est corroborée par diverses décisions rendues par des tribunaux internationaux. Ainsi, dans la célèbre affaire *Tadić*, le TPIY a décidé que « le lien entre les organes ou agents *de facto* et la puissance étrangère couvre les circonstances dans lesquelles celle-ci 'occupe' un certain territoire ou opère sur celui-ci uniquement par l'intermédiaire des actes d'organes ou d'agents *de facto* »<sup>80</sup>. Dans l'affaire *RDC c. Ouganda*, la CIJ a exa-

79 Il est important de noter que la première partie de ce critère concerne la notion d'« autorité générale » sur un groupe de personnes, qui est utilisée afin d'évaluer si les actes d'un tel groupe peuvent être attribués à un État étranger. Si tel devait être le cas, la deuxième partie du critère concerne la question de savoir si ce groupe a une « autorité effective » sur le territoire concerné, afin de qualifier la situation d'occupation aux fins du DIH. Par conséquent, la première partie du critère (c'est-à-dire l'« autorité générale sur les autorités locales *de facto* ») concerne la notion d'imputabilité au regard du droit international public, tandis que la seconde partie (« autorité effective sur un territoire étranger ») correspond à la notion d'autorité effective au regard du DIH, qui est au cœur du concept d'occupation. Il est donc nécessaire que les deux parties du critère soient satisfaites pour que soit établie l'existence d'une autorité effective indirecte exercée par un État sur le territoire d'un autre.

80 TPIY, affaire *Tadić*, *op. cit.*, note 22, para. 584. En mars 2000, le TPIY a confirmé cette interprétation dans l'affaire *Blaškić*, affirmant à cette occasion : « Au regard de ces enclaves, la Croatie jouait le rôle de Puissance occupante, du fait du contrôle global qu'elle exerçait sur le HVO [Conseil de défense croate, une milice locale], du soutien qu'elle lui apportait et des liens étroits qu'elle entretenait avec lui. Ainsi, et en utilisant la même logique qui s'applique à l'établissement du caractère international du conflit, le contrôle global exercé par la Croatie sur le HVO fait qu'au moment de leur destruction, les biens des Musulmans de Bosnie étaient sous le contrôle de la Croatie et se trouvaient en territoire occupé ». (TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, affaire N° IT-95-14-T, Chambre de première instance I, jugement, 3 mars 2000, para. 149). Toutefois, dans l'affaire *Naletilić* (2003), la Chambre de première instance a contesté la position adoptée par le Tribunal dans l'affaire *Blaškić* : « La Chambre fait observer que la jurisprudence du Tribunal relative au critère juridique applicable a varié. Dans ce contexte, elle rejette respectueusement la conclusion, tirée dans le Jugement *Blaškić*, que l'Accusation

miné si l'Ouganda exerçait un contrôle global sur les groupes d'insurgés congolais<sup>81</sup>. Cela montre clairement que la Cour avait adopté la position définie par le TPIY et donc accepté la possibilité d'une occupation menée par un contrôle effectif indirect.

La notion de contrôle effectif indirect est rarement abordée dans les ouvrages de droit<sup>82</sup> ou dans les manuels militaires. Selon nous, le critère de la présence militaire de troupes étrangères ennemies est satisfait lorsque la théorie du contrôle effectif indirect est appliquée, car le contrôle global exercé sur les entités locales qui ont elles-mêmes le contrôle effectif sur les zones en question fait des personnes appartenant à ces entités des « agents » ou des « auxiliaires » de l'État étranger<sup>83</sup>. Cette autorité exercée sur ces entités locales reflète un lien réel et effectif entre le groupe de personnes qui exercent le contrôle effectif et l'État étranger qui opère par l'intermédiaire de ces substituts.

Enfin, la question du contrôle effectif indirect est abordée dans la section 11.3.1 du manuel britannique, *Manual of the Law of Armed Conflict* :

Dans certains cas, les troupes d'occupation ont agi de manière indirecte, par l'intermédiaire d'un gouvernement local existant ou nouvellement désigné...

avance à l'appui de sa thèse. Le critère du contrôle global qui est énoncé dans le Jugement *Blaskić* n'est pas applicable pour déterminer l'existence d'un état d'occupation. La Chambre estime qu'il existe une différence fondamentale entre établir l'existence d'un état d'occupation et prouver celle d'un conflit armé international, auquel le critère du contrôle global est applicable. Un degré supplémentaire de contrôle est requis pour établir l'occupation » (TPIY, affaire *Naletilić*, *op. cit.*, note 4, para. 214). Cette dernière jurisprudence, cependant, est contestable, car la Chambre de première instance confond l'autorité globale (ou « contrôle global ») sur un territoire et l'autorité globale sur une entité qui exerce elle-même une autorité effective sur le territoire concerné.

81 CIJ, *RDC c. Ouganda*, *op. cit.*, note 3, para. 177 : « La Cour relève que la RDC fait référence à une 'administration indirecte' par le biais de diverses factions rebelles congolaises ainsi qu'à la supervision, par des officiers ougandais, d'élections locales organisées dans des territoires sur lesquels les UPDF exerçaient leur contrôle. La RDC ne fournit toutefois aucune preuve spécifique de ce que les forces armées ougandaises auraient exercé leur autorité dans d'autres régions que le district de l'Ituri. La Cour relève en outre que, bien que l'Ouganda ait reconnu qu'il exerçait, au 1<sup>er</sup> septembre 1998, 'un contrôle administratif' à l'aéroport de Kisangani, le dossier de l'affaire ne présente aucun élément de preuve qui permettrait à la Cour 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. La Cour ne saurait davantage faire droit à l'affirmation de la RDC selon laquelle l'Ouganda constituait une puissance occupante dans les zones situées en dehors de l'Ituri, contrôlées et administrées par des mouvements rebelles congolais. Ainsi qu'elle l'a déjà indiqué, les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas de conclure que ces groupes se trouvaient placés 'sous le contrôle' de l'Ouganda ».

82 Dans leur ouvrage récent, Robert Kolb et Sylvain Vité donnent l'impression de ne pas adhérer pleinement à la théorie de l'autorité effective indirecte, puisqu'ils insistent sur la nécessité de la présence physique de forces étrangères sur le terrain. Tout au plus concèdent-ils que « dans le cas d'un exercice d'autorité indirect, par contrôle global ou effectif d'une faction interposée, il n'est pas exclu que certains devoirs issus du droit de l'occupation puissent ponctuellement s'appliquer, du moins indirectement » (R. Kolb et S. Vité, *op. cit.*, note 21, pp. 180-181).

83 Voir Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001), article 8, *Rapport de la Commission du droit international, Assemblée générale, Documents officiels, 56<sup>e</sup> session, Supplément N° 10*, doc. Nations Unies A/56/10. Le terme « agent » doit être entendu au sens large, comme toute personne par l'entremise de laquelle l'État étranger agit. Voir CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949, *CIJ Recueil*, 1949, p. 177.

En pareil cas, en dépit de quelques différences par rapport à la forme classique d'occupation militaire, le droit relatif à l'occupation militaire sera probablement applicable. Les obligations juridiques, les considérations de politique et les pressions diplomatiques extérieures peuvent toutes conduire à cette conclusion<sup>84</sup>.

Quoi qu'il en soit, la théorie du contrôle effectif indirect est importante dans la mesure où elle évite qu'une lacune juridique soit ouverte lorsqu'un État recourt à des substituts locaux pour esquiver ses responsabilités au regard du droit de l'occupation. Compte tenu de la validité du concept de contrôle effectif indirect, l'ensemble de critères formulé plus haut permettant d'établir l'existence d'une occupation au sens du DIH devrait être adapté pour se lire comme suit :

- les forces armées d'un État *ou des agents qui leur sont subordonnés* sont physiquement présentes sur un territoire étranger sans le consentement du gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion ;
- le gouvernement local effectif qui était en place au moment de l'invasion a été rendu, ou peut être rendu, largement ou complètement incapable d'exercer ses pouvoirs du fait de la présence, non consentie, des forces étrangères *ou du fait d'agents subordonnés à celles-ci* ;
- les forces étrangères *ou des agents agissant en leur nom* sont en mesure d'exercer leur autorité sur le territoire concerné (ou sur des parties de ce territoire) en lieu et place du gouvernement local.

### L'occupation par une coalition d'États ou par des forces multinationales

Une occupation implique en général un État exerçant un contrôle effectif sur le territoire d'un autre État ; cependant, les opérations multinationales qui se déroulent de nos jours peuvent aussi créer une situation dans laquelle le territoire d'un belligérant est occupé par plusieurs États dans le cadre d'une coalition<sup>85</sup>. C'est ce qui s'est produit en Irak en 2003-2004, soulevant une question difficile : comment déterminer lequel (ou lesquels) des États formant la coalition internationale sont la ou les puissance(s) occupante(s) ? Bien qu'elle n'ait pas suscité beaucoup de débats juridiques à l'époque, cette question entraîne des conséquences pratiques très importantes<sup>86</sup>.

Il y a deux options pour établir lesquels des États participant à une opération multinationale exerçant un contrôle effectif sur un territoire peuvent être

84 Traduction CICR.

85 La notion d'occupation multinationale ne doit pas être confondue avec l'occupation menée par une organisation internationale telle que l'ONU. Selon nous, une organisation internationale de ce type peut aussi être considérée comme une puissance occupante aux fins du DIH. Sur ce point, voir T. Ferraro, *op. cit.*, note 73, pp. 133-156.

86 D. Thürer et M. MacLaren, *op. cit.*, note 18, pp. 759-762.



considérés comme des puissances occupantes aux fins du DIH<sup>87</sup>. La première consiste à appliquer à chaque État de la coalition, pris individuellement, les critères juridiques exposés plus haut. Pour être considéré comme une puissance occupante au regard du DIH, chaque membre de la coalition devrait disposer de forces déployées sur le terrain sans le consentement de l'autorité gouvernementale locale et être en mesure d'exercer l'autorité en lieu et place du gouvernement local destitué, sur les parties du territoire occupé qui lui ont été attribuées.

Dans le cas de l'occupation de l'Irak en 2003, le CICR a choisi une autre option, en adoptant, au sujet de l'occupation par une coalition, une approche dite fonctionnelle<sup>88</sup>. En plus des États qui satisfont individuellement aux critères pour l'exercice du contrôle effectif, les autres membres de la coalition qui remplissent des fonctions et des tâches qui échoient traditionnellement à une puissance occupante et pour lesquels le respect du droit de l'occupation serait pertinent devraient être considérés comme des puissances occupantes et être liés par les règles contenues dans les instruments pertinents du droit de l'occupation. En d'autres termes, ce sont les actes des forces étrangères, ainsi que les fonctions qui leur sont attribuées, qui font d'elles des puissances occupantes.

Malgré la pertinence de l'approche fonctionnelle exposée plus haut, il demeure malaisé dans la pratique de différencier le statut juridique, au regard du DIH, des divers membres d'une coalition occupant un pays lorsque l'on envisage tout l'éventail variable des activités allant de l'assistance humanitaire à l'exercice de l'autorité administrative au nom des puissances occupantes. Réaliser des tâches sous le commandement ou sur les instructions des puissances occupantes « reconnues » tendrait à conférer le statut de puissance occupante à ceux qui coopèrent avec elles, en particulier lorsque ces tâches sont essentielles à l'exercice des responsabilités administratives découlant du droit de l'occupation<sup>89</sup>.

87 Il est aussi possible d'appliquer une méthode complémentaire, basée sur le droit de la responsabilité de l'État. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite préparé par la Commission du droit international pourrait à cet égard constituer un instrument utile pour distinguer les membres d'une coalition participant à une occupation de ceux qui ne devraient pas être considérés comme des puissances occupantes. Selon cette conception, si les actes des forces armées d'un État membre peuvent être attribués exclusivement à l'organisation qui administre la coalition en soi ou à d'autres États membres de la coalition, l'État en question ne doit pas être considéré comme une puissance occupante, puisqu'il a renoncé à l'autorité effective ou générale sur les troupes qu'il a mises à la disposition de la coalition.

88 Knut Dörmann et Laurent Colassis, « IHL in the Iraq conflict », dans *German Yearbook of International Law*, Vol. 47, 2004, pp. 302 et suiv.

89 Adam Roberts, « The end of occupation in Iraq », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, juin 2005, p. 33. Voir aussi Liesbeth Lijnzaad, « How not to be an Occupying Power: some reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the contemporary law of occupation », dans Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek et Bahja Tahzib-Lie (éd.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, p. 298 : « Effectuer des tâches sous le commandement ou sur les instructions d'une puissance occupante tend à conférer le statut de puissance occupante à ceux qui coopèrent avec elle, en particulier lorsque ces tâches sont essentielles au rôle d'une puissance occupante. Tel est à l'évidence le cas lorsque les tâches effectuées sont cruciales pour la manière dont l'autorité remplit son rôle de puissance occupante et assume ses responsabilités administratives. La participation peut susciter des responsabilités qui peuvent ne pas être souhaitables sur le plan politique. Ainsi, cette participation tardive pourrait conférer le statut de puissance occupante à des États coopérant dans ces conditions, selon la nature de leur coopération » [traduction CICR].

Il convient en outre de souligner que, quelle que soit la tâche réalisée par un membre de la coalition, même s'il ne s'agit pas d'une tâche centrale en termes de devoirs de l'occupant au regard du DIH, elle apporte une contribution à l'occupation, ne serait-ce qu'en permettant aux puissances occupantes « incontestées » de renoncer à des tâches secondaires afin de mieux se concentrer sur les tâches principales, comme le maintien de l'ordre public. Par conséquent, les actes des États membres « coopérants » semblent appuyer la puissance occupante et rendent particulièrement difficile la tâche de définir leur statut juridique, tout au moins du point de vue de l'ennemi. En outre, il faut reconnaître que l'évolution des droits et des devoirs de la puissance occupante vis-à-vis du territoire occupé et le rôle reconnu d'administrateur à part entière – qui découle de l'interprétation courante de l'article 43 du Règlement de La Haye et de l'article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève – rendent presque impossible d'opérer la distinction citée plus haut entre tâches primaires et secondaires, puisque l'ensemble de ces tâches relèveraient de la compétence de l'occupant au regard du droit existant. Il convient donc de présumer que les États qui participent à une coalition exerçant un contrôle effectif sur un territoire étranger ont un statut d'occupant<sup>90</sup>. Cette présomption peut être rejetée dans les cas où, par exemple, un État qui met ses troupes à disposition d'une coalition délègue aussi le commandement et le contrôle opérationnels sur elles à un autre État ou à l'organisation internationale occupant le territoire, du fait de l'opération militaire internationale.

## Conclusion

Nous espérons que le présent article contribuera à préciser un aspect essentiel du droit de l'occupation et qu'il aidera, plus particulièrement, à déterminer avec une précision accrue à quel moment, après une invasion militaire et l'instauration d'un contrôle effectif sur un territoire précis, prennent effet les normes du droit de l'occupation qui confèrent une protection.

Cet article propose une lecture et une interprétation juridiques de l'article 42 du Règlement de La Haye. Il affirme que cette disposition essentielle du droit de l'occupation demeure pertinente et fournit l'unique assise juridique

90 Cette présomption semble corroborée par le *Manuel* britannique (*op. cit.*, note 16, section 11.3.3), qui suggère que tous les membres de la coalition sont des puissances occupantes aux fins du DIH : « Dans les cas où deux ou plus de deux États occupent conjointement le territoire (par exemple après une campagne militaire menée par une coalition), il est souhaitable qu'un accord soit conclu entre elles, définissant la relation entre les puissances occupantes » [traduction CICR]. Ce point de vue est partagé par Y. Dinstein, qui écrit : « Plusieurs puissances occupantes peuvent agir de concert en tant que coalition pour gouverner un seul et même territoire occupé. Si elles maintiennent un commandement unifié, comme cela s'est produit en Irak en 2003-2004, les puissances occupantes encourent une responsabilité conjointe pour les faits qui se produisent dans la zone placée sous leur autorité effective combinée. Les partenaires d'une coalition peuvent aussi choisir de diviser le territoire occupé en zones d'occupation distinctes avec peu ou pas de chevauchements de compétences. Au cas où chaque puissance occupante administre sa propre zone, elle assume une responsabilité exclusive, en proportion de son autorité effective respective ». Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 15, pp. 48-49 [traduction CICR].

permettant de déduire les conditions ou les critères au moyen desquels on peut établir l'existence d'une situation d'occupation. L'analyse que nous avons effectuée permet de conclure que la notion de contrôle effectif – qui est au cœur de la définition de l'occupation en DIH – se caractérise par les éléments suivants : présence militaire non consentie de forces étrangères sur le territoire concerné ; capacité des forces étrangères d'exercer l'autorité sur le territoire en question en lieu et place du gouvernement local ; incapacité, de ce fait, du gouvernement local d'exercer son autorité sur ce territoire. Sur la base de ces conditions préalables, qui ensemble constituent l'exigence formulée à l'article 42 que le territoire soit « placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie », le présent article propose un ensemble de critères juridiques permettant de déterminer plus précisément dans quelles conditions une situation spécifique doit être considérée comme une occupation au regard du DIH. L'article insiste par ailleurs sur le fait qu'en principe, les mêmes critères juridiques peuvent être utilisés pour déterminer le début et la fin d'une occupation. Il affirme aussi qu'en cas de retrait unilatéral des troupes étrangères d'un territoire occupé, des éléments du droit de l'occupation peuvent continuer à s'appliquer lorsque ces forces conservent les pouvoirs qu'elles ont acquis antérieurement, à condition que l'autorité qu'elles conservent constitue toujours un contrôle effectif sur la zone concernée. Enfin, l'article montre comment cet ensemble de critères juridiques peut être utilisé, avec quelques ajustements, pour couvrir des situations dans lesquelles les forces étrangères peuvent être qualifiées de puissance occupante parce qu'elles exercent un contrôle global sur des substituts locaux exerçant un contrôle effectif sur le territoire en question. L'article aborde aussi la question de l'occupation par des forces multinationales, et suggère que l'ensemble de critères proposé peut s'appliquer également à elles, à condition d'être assorti d'une approche fonctionnelle permettant de déduire le statut de puissance occupante de la nature des fonctions effectivement assumées par les membres de la coalition.