

Tome 124
2020
N°2

RGDIP



Revue Générale

de Droit
International
Public

A. PEDONE - 13, RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

Revue Générale de Droit International Public

Conseil Scientifique

Antônio A. CANÇADO-TRINDADE
Ancien Président de la Cour interaméricaine
des droits de l'homme,
Juge à la Cour internationale de Justice

Luigi CONDORELLI
Professeur à l'Université de Florence

Pierre-Marie DUPUY
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas
(Paris II) et de l'IHEID de Genève

Jacques DEHAUSSY
Professeur émérite de l'Université Paris I,
Ancien Recteur d'Académie

Gilbert GUILLAUME
Ancien Président
de la Cour internationale de Justice

Charles LEBEN
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Jean-Pierre QUENEUDEC
Professeur émérite de l'Université Paris I,
Président honoraire de la Société française
pour le droit international

Sandra SZUREK
Professeur émérite de l'Université Paris Ouest,
Nanterre La Défense, Professeur associée au Centre
de recherche de l'IHEI (Panthéon-Assas Paris II)

Christian TOMUSCHAT
Professeur émérite de l'Université Humboldt de Berlin,
Président de la Cour OSCE de conciliation et d'arbitrage

Directeur

Carlo SANTULLI
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales

Comité de Rédaction

Denis ALLAND
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Niki ALOUPI
Professeur à l'Université de Strasbourg

Louis BALMOND
Professeur à l'Université de Toulon

Jean-Denis MOUTON
Professeur émérite à l'Université de Lorraine

Pierre-François LAVAL
Professeur à l'Université d'Orléans

Florence POIRAT
Professeur à l'Université Paris-Sud

Raphaële RIVIER
Professeur à l'Université Paris I

Jean-Didier SICAULT
Maître de Conférences honoraire de l'Université
Panthéon-Assas (Paris II), Avocat à la Cour

Sébastien TOUZÉ
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Baptiste TRANCHANT
Professeur à l'Université de Bordeaux

Bénédicte PEDONE RIBOT
Secrétaire de rédaction

TOME CXXIV - 2020

PARIS

EDITIONS A. PEDONE

13, rue Soufflot, 75005 Paris
editions-pedone@orange.fr, site: www.rgdip.com

Droits de reproduction et de traduction réservés © éditions Pedone

**LE SUIVI PAR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
DE SES ORDONNANCES
EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES
UNE PRATIQUE EMERGENTE
ENTRE INSPIRATION, DISCRETION
ET RECHERCHE D'EFFECTIVITE**

Hugues HELLIO

*Maître de conférences HDR,
Centre Droit, Ethique et Procédures (CDEP – UR2174), Université d'Artois*

et

Solveig HENRY

Juriste au Greffe de la Cour internationale de Justice,
Maître de conférences associé, Université de Nantes*

Est-il situation plus problématique pour une juridiction que de rendre une décision dont tout laisse à penser qu'elle ne sera pas respectée ? Cette interrogation comporte une acuité plus grande encore lorsqu'il s'agit d'un contentieux de l'urgence dans le cadre duquel la décision juridictionnelle poursuit le double objectif de préserver les droits des Parties dans l'attente du jugement au fond et d'éviter qu'un dommage irréparable ne survienne. Les risques de non-respect des décisions sont toutefois inhérents aux fonctions juridictionnelles et il appartient aussi à chaque juridiction de trouver, dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés, les moyens d'en restreindre la survenance. La Cour internationale de Justice (CIJ) n'échappe pas à cette problématique étant de surcroît en charge de litiges entre Etats souverains. C'est dans ce contexte que la Cour mondiale peut laisser poindre une pratique émergente entre inspiration, discrétion et recherche d'effectivité de ses décisions, dans le cadre de laquelle elle développe progressivement un suivi du respect de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires.

La CIJ tient le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires de l'article 41 de son Statut qui dispose en son paragraphe 1 que :

* Les vues exprimées dans cet article sont purement personnelles et n'engagent que leur auteur.

« *La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire* »

Cette disposition date du Statut de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Si le libellé de l'article 41 n'a jamais été modifié, que ce soit du temps de la CPJI ou de la CIJ, il n'en va pas de même des dispositions correspondantes du Règlement de la Cour qui ont fait l'objet de plusieurs amendements. Les derniers remontent toutefois à 1978. Depuis lors, la haute juridiction haguenoise aurait pu penser que rien ne viendrait plus troubler le régime juridique de l'une de ses procédures incidentes de plus en plus usitée¹. C'était cependant sans compter les risques de non-respect et enjeux d'ineffectivité de ses décisions.

Le respect des décisions juridictionnelles est un facteur essentiel de l'efficacité des juridictions notamment internationales et de leur crédibilité. Le garantir permet de parfaire la protection des droits concernés en remédiant au mieux aux violations constatées et en prohibant autant que possible de nouvelles violations. Le constat s'impose pour les arrêts au fond de la CIJ et plus encore peut-être pour ses ordonnances en indication de mesures conservatoires.

Force est de constater que le cadre onusien conçu pour l'effectivité des décisions de la CIJ n'est pas des plus élaborés. L'article 94 paragraphe 1 de la Charte des Nations Unies énonce certes que « [c]haque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est Partie ». Toutefois, en l'absence de mécanisme d'exécution forcée des décisions de la Cour, leur respect reste largement soumis à la volonté des Parties au différend. Ainsi, nonobstant la position officielle de la CIJ selon laquelle il n'arrive « qu'exceptionnellement »² qu'un Etat n'exécute pas l'un de ses arrêts, les cas de non-respect des décisions de la CIJ existent et certains exemples sont éloquent³.

¹ Saisie de cinquante-quatre demandes en indication des mesures conservatoires se rapportant à quarante-cinq affaires entre le 22 mai 1947, date de la première affaire inscrite au rôle de la Cour, et le 31 janvier 2020, la CIJ a indiqué des mesures conservatoires à trente occasions. Les plus nombreuses demandes ont été formulées dans les décennies les plus récentes (*cf. infra*). Objet de très nombreuses études avant 2001, les mesures conservatoires de la CIJ ont connu un désintérêt progressif de la doctrine.

² Voy. par ex. *CIJ Annuaire - ICJ Yearbook 2013-2014*, p. 29.

³ Le premier arrêt de la Cour, rendu en 1949 en l'affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, n'a été exécuté qu'en 1992. Celui prononcé en 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)* n'a jamais été exécuté. La question demeure d'actualité. Ainsi, l'arrêt rendu par la Cour en 2012 dans l'affaire de la *Délimitation maritime (Nicaragua c. Colombie)* n'est toujours pas respecté. Voy. par ex. R. KOLB, *La Cour internationale de Justice*, Pedone, Paris, 2014, p. 884-886 ; A. P. LLAMZON, « Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice », *European Journal of International Law*, 2008, Vol. 18, n° 5, p. 823-884.

Ainsi sujette parfois à critiques pour l'ineffectivité de ses décisions, la CIJ ne semble disposer d'aucun pouvoir propre lui permettant de garantir l'application de ses arrêts. Une fois ceux-ci rendus, la Cour est dessaisie de l'affaire⁴. Le seul moyen de droit ouvert en la matière l'est, non à l'initiative de la Cour mais à celle d'un Etat qui s'estime lésé par cette non-exécution. En vertu de l'article 94, paragraphe 2 de la Charte, il peut déférer la question au Conseil de sécurité. Or, contrairement à d'autres mécanismes, tels ceux de l'Union européenne⁵, du Conseil de l'Europe⁶ ou de l'OMC⁷, il ne s'agit pas d'un suivi systématique ou largement ouvert, mais seulement d'une possibilité d'action offerte à un Etat dont le Conseil de Sécurité ne se saisit que « s'il le juge nécessaire ». Face à cela, certains Etats ont incité la Cour à se prononcer elle-même sur les violations de ses décisions antérieures. Pour autant et à chaque fois, la CIJ a soigneusement évité de se pencher sur la question⁸.

Si les cas de non-respect des arrêts au fond de la CIJ sont préoccupants, il en est au moins autant de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires⁹. Prescrites dans le cadre spécifique du contentieux de l'urgence, de telles mesures ont en effet pour objet de « conserver le droit de chacun » (art. 41 du Statut) et d'éviter un préjudice irréparable afin que la décision au fond puisse avoir un effet utile. Le respect des ordonnances est ainsi primordial pour que la fonction juridictionnelle de la Cour ne soit pas remise en cause.

Pour autant, les cas de non-respect des mesures conservatoires existent bel et bien. Le plus célèbre est sans nul doute celui de l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*. Faisant fi des mesures conservatoires en date du 3 mars 1999 indiquant que « les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue », les Etats-Unis ont exécuté l'intéressé le jour même du prononcé de l'ordonnance¹⁰. Par suite, la Cour

⁴ Une Partie peut seulement saisir à nouveau la Cour en vue de l'interprétation d'un arrêt antérieur (art. 60 du Statut) ou de la révision de celui-ci (art. 61 du Statut).

⁵ Article 260 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶ Article 46 §. 2 de la Convention ESDH et le Protocole n°14 (entré en vigueur le 1^{er} juin 2010).

⁷ Articles 21 « Surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions » et 22 « Compensation et suspension de concessions » du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

⁸ En attestent les arrêts rendus, d'une part, dans les affaires jointes relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* et, d'autre part, dans l'affaire relative à des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour a trouvé un moyen ou une formule pour ne pas aborder le respect de ses arrêts antérieurs.

⁹ Encore peu étudiée, cette question n'est pas totalement absente des écrits les plus récents. Par ex., M. LANDO, « Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice », *Journal of International Dispute Settlement*, 2017-1, Vol. 8, p. 22-55.

¹⁰ CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, §. 34.

a expressément reconnu le caractère obligatoire des mesures conservatoires¹¹. Toutefois et à l'instar de ce qu'il en est de ses arrêts, la reconnaissance explicite de leur caractère obligatoire ne garantit pas que les mesures conservatoires indiquées par la Cour mondiale soient effectivement respectées¹².

Ainsi confrontée comme toute autre juridiction au risque de non-respect de ses décisions, la Cour semble consciente de la nécessité de renforcer l'effectivité de ses prononcés. Si elle ne dispose pas de moyens adéquats en ce qui concerne ses arrêts, la situation est quelque peu différente vis-à-vis de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires dans la mesure où elle est en principe saisie de l'affaire jusqu'au prononcé de l'arrêt au fond, ou de la décision accueillant une exception préliminaire ou encore entérinant son dessaisissement par l'accord des Parties au différend. La Cour dispose ainsi d'une potentielle marge de manœuvre pour asseoir l'effectivité de ses décisions. A ce titre, l'émergence d'une pratique consistant à suivre le respect donné à ses ordonnances peut être une voie explorée par la Cour et que pourrait dévoiler l'analyse de ses décisions et des évolutions qui y sont perceptibles¹³.

Le pari est audacieux de prétendre lever le voile sur une pratique que développerait la Cour internationale de Justice pour suivre, selon un savant mélange entre obligations de *reporting* et *monitoring*, le respect donné à ses mesures conservatoires. Si elle existe, cette pratique est en effet marquée du sceau de la discrétion. La Cour mondiale pourrait l'avoir débutée au nom d'une recherche d'effectivité et comme le fruit de certaines inspirations qui seraient aussi à identifier. En outre, le suivi n'étant pas de l'essence des fonctions juridictionnelles, sa mise en œuvre interroge nécessairement les conséquences théoriques et pratiques qui pourraient en résulter. Ainsi, après avoir exposé, en premier lieu, l'ébauche d'un suivi des mesures conservatoires (I), il importe, en second lieu, d'en analyser les nombreux enjeux (II).

¹¹ *Ibid.*, §. 109.

¹² Plusieurs cas de non-respect de mesures conservatoires peuvent être répertoriés après 2001, en particulier dans les affaires *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 16 juillet 2008 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, ordonnance du 8 mars 2011 ; *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, ordonnance du 19 avril 2017.

¹³ Dans une perspective différente fondée sur la modification de la Charte des Nations Unies et la création d'un mécanisme de suivi de l'exécution des décisions de la CIJ, voy M. KAMTO, « Considérations actuelles sur l'inexécution des décisions de la Cour internationale de Justice », in T. M. Ndiaye, R. Wolfrum (ed.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, p. 215-233.

I. L'ÉBAUCHE D'UN SUIVI DES MESURES CONSERVATOIRES

A ce jour, aucun des instruments applicables aux fonctions de la CIJ ne crée expressément de mécanisme juridique obligeant ou habilitant la Cour à suivre le respect donné par les Parties au différend à ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Ainsi et tout au plus, il ne peut être question que d'une ébauche d'un tel suivi. Cette ébauche mérite toutefois d'être décryptée en identifiant, d'une part, le dispositif juridique de suivi qu'elle a progressivement développé sur la base de l'information qui en est la pierre angulaire (A) avant d'apprécier, d'autre part, la discrétion des modalités pratiques données à ce suivi (B).

A. L'information, pierre angulaire du dispositif juridique de suivi

Au fil de ses ordonnances, la CIJ s'est progressivement attachée à promouvoir le respect des mesures conservatoires qu'elle indique. Elle a ainsi fait peser sur les Parties une obligation d'information qui constitue le socle du suivi (1). Plus récemment, elle a parfois assorti cette obligation d'information de modalités précises pour rendre le suivi plus efficient (2).

1. L'obligation d'information, socle du suivi

La CIJ a progressivement pourvu ses ordonnances en indication de mesures conservatoires d'une obligation de l'informer du respect donné à ses décisions. Initialement formulées sans base textuelle, de telles obligations sont dotées d'un fondement juridique depuis 1978. La Cour trouve des raisons d'y recourir plus largement à partir de 1998.

Absente des deux premières ordonnances de 1951 et 1957¹⁴, la première formalisation d'une obligation d'informer la Cour apparaît en 1972. Au point 1 f) du dispositif de ses deux ordonnances rendues le 17 août 1972 dans l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande et République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, la Cour oblige les Parties demanderesse à :

« *communiquer* au Gouvernement islandais et au Greffe de la Cour tous renseignements utiles, les décisions publiées et les arrangements adoptés en ce qui concerne le contrôle et la réglementation des prises de poisson dans la région ».

Cette nouvelle obligation invite tout d'abord à considérer ses aspects fonctionnels. Ses destinataires sont les Parties demanderesse des mesures conservatoires et donc les plus enclines à informer la Cour, ce qu'elles ont fait¹⁵.

¹⁴ L'ordonnance du 5 juillet 1951 dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)* indique seulement des obligations de faire ou de s'abstenir de faire à l'attention des Parties. L'ordonnance du 24 octobre 1957 dans l'affaire *Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)* rejette la demande d'indication de mesures conservatoires. Les autres ordonnances de rejet ne sont pas mentionnées dans ce cadre.

¹⁵ Soulignons dès à présent que les informations des Parties ont été publiées dans la Série C des publications de la Cour, cf. CIJ *Mémoires, Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*.

Les bénéficiaires sont doubles : d'une part, l'autre Partie au différend, d'autre part, le Greffe et incidemment la Cour elle-même. Quant à l'objet de l'information, il est tout à la fois abstrait et exhaustif en couvrant la totalité des renseignements pertinents de l'espèce. Dicté sans doute par les circonstances et l'identité des destinataires de l'obligation (les Parties demanderesses), ce niveau d'exigence de l'information ne se retrouve que bien plus tard dans les ordonnances de la Cour.

Ensuite, c'est le fondement juridique de cette obligation d'information qui interroge. En l'absence de toute base textuelle l'habilitant à le faire en 1972, la CIJ énonce une obligation à la charge des Parties qui ne préexistait pas à l'ordonnance¹⁶. En toute rigueur, les fonctions juridictionnelles ne permettent pas de créer une obligation nouvelle à la charge d'Etats souverains, y compris dans le cadre d'un contentieux de l'urgence et quand bien même il ne serait question que d'information. Cette licéité discutable pouvait à elle seule expliquer l'absence de reproduction de l'obligation d'information lors des ordonnances du 22 juin 1973 relatives à la par ailleurs politiquement très délicate affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France et Australie c. France)*.

Une étape importante est franchie en 1978. Elle rend caduque toute discussion sur la licéité de l'obligation d'information. En effet, la révision du Règlement de la Cour en 1978 est l'occasion de donner un fondement juridique explicite à la pratique de 1972. Ainsi, son article 78 reconnaît dorénavant que :

« [l]a Cour peut demander aux Parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle ».

Pour autant et même après l'entrée en vigueur du Règlement, aucune obligation d'information n'étaye l'ordonnance du 15 décembre 1979 dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*. Les réunions du Conseil de sécurité des 27 novembre et 4 décembre 1979 et l'adoption de la Résolution 457 peuvent l'expliquer. Comme la Cour le rappelle dans son arrêt au fond, ces réunions témoignaient que le Conseil de Sécurité était « activement saisi de la question » lorsqu'elle a indiqué les mesures conservatoires¹⁷. L'ordonnance du 10 mai 1984 dans l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*

et *République fédérale d'Allemagne c. Islande*), Correspondances, Courriers du Royaume-Uni et annexes détaillées des 19 décembre 1972 et 20 février 1974, p. 405-420 et 464-466 ; Courriers de la République Fédérale d'Allemagne avec annexes détaillées des 21 mai 1973 et 6 mars 1974, *ibid.*, p. 423-430 et 466-470. Par deux lettres en date du 22 décembre 1972 et du 12 mars 1974, le Greffe a interrogé les Parties quant à leur acceptation de rendre publiques ces informations, *ibid.*, p. 420 et 470.

¹⁶ P.-M. EISEMANN, « Quelques observations sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour de La Haye », in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (ed.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Springer/Asser, La Haye, 2013, p. 130.

¹⁷ Au surplus, dans son arrêt au fond, la Cour ne peut que constater que son ordonnance a été « rejetée publiquement [...] et ignorée par toutes les autorités iraniennes » et « ne peut manquer d'exprimer le souci que lui inspire[nt] » les pratiques des Parties qui, nonobstant les indications de son ordonnance, étaient « de nature à aggraver la tension entre les deux pays », CIJ, *Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, resp. §. 40, 75 et 93.

(*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*) ne comporte pas non plus d'obligation d'information. Ici et comme dans l'affaire du *Personnel diplomatique*, la Cour se contente de « décide[r] en outre que, jusqu'à ce que la Cour rende son arrêt définitif en l'espèce, elle demeurera saisie des questions qui font l'objet de la présente ordonnance » (point C du dispositif). Tout au plus, la formule peut valoir rappel implicite que le Règlement de 1978 confère les pouvoirs à la Cour de décider « à tout moment [...] d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires » (art. 75 § 1) et de « demander aux Parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle » (art. 78).

L'obligation d'information revient brièvement en 1986 sous la plume d'une chambre de la Cour saisie de l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* dont l'ordonnance du 10 janvier 1986 « [i]nvite les agents des Parties à notifier sans délai au Greffier tout accord visé au point 1 [...] qui serait conclu entre leurs gouvernements »¹⁸. Si la simple invitation est une formule timorée, l'information est cette fois attendue sans délai, c'est-à-dire avec une dimension temporelle qui prend une grande importance par la suite.

L'absence de toute obligation d'information dans les trois ordonnances suivantes¹⁹ aurait pu laisser croire en un épiphénomène digne de peu d'intérêt. Toutefois, une nouvelle étape importante est franchie à partir de 1998 lorsque la Cour est saisie d'un contentieux de l'urgence où celle-ci est constituée par l'imminence de la mise à mort d'individus.

Ainsi, l'obligation d'information étaye l'ordonnance du 8 avril 1998 en l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*. La Cour indique :

« [I]es Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que *M. Angel Francisco Breard* ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la

¹⁸ En vertu de l'ordonnance du 10 janvier 1986, « [I]es deux gouvernements [devaient] retire[r] leurs forces armées sur des positions ou à l'intérieur des lignes qui seront, dans les vingt jours suivant le prononcé de la présente ordonnance, déterminées par accord entre lesdits gouvernements, étant entendu que les modalités du retrait des troupes seront fixées par ledit accord et que, à défaut d'un tel accord, la Chambre indiquera elle-même ces modalités par voie d'ordonnance ». S'il ne s'agissait que d'une invitation de notification plus timide que l'obligation de conclusion d'un accord, la menace qui pesait en cas de non-conclusion d'accord a emporté la conviction des Parties qui ont dûment respecté l'obligation substantielle et l'invitation de notification. Ainsi, l'*Accord de non-agression et d'assistance entre les Etats de la CEAO et le Togo*, convenu lors de la Première conférence extraordinaire des chefs d'Etat et de gouvernement des 17 et 18 janvier 1986, énonce que « les chefs d'Etat du Burkina Faso et du Mali ont accepté de retirer toutes leurs forces armées de part et d'autre de la zone contestée, et de leur faire regagner leur territoire respectif ». Le communiqué final de la conférence a été notifié au Greffe de la CIJ par le Mali au titre de l'article 2 de l'ordonnance du 10 janvier 1986. Voy. sa publication in CIJ *Mémoires, Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, p. 445-448.

¹⁹ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, ordonnance du 8 avril 1993 et ordonnance du 13 septembre 1993 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria)*, ordonnance du 15 mars 1996.

présente instance n'aura pas été rendue, et doivent porter à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en application de la présente ordonnance. »

La même obligation, dont le bénéficiaire est dorénavant la Cour et non son Greffe selon une évolution qui peut laisser considérer un surcroît de fermeté, revient dans l'ordonnance du 3 mars 1999 relative à l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*. Elle est à peine modifiée et devient « portera à la connaissance de la Cour toute mesure prise en application de la présente ordonnance » dans l'ordonnance du 5 février 2003 relative à l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* et dans celle du 16 juillet 2008 relative à la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*.

D'épiphénomène juridique au milieu des années 1990, l'obligation d'information est, sauf exception²⁰, une constante des ordonnances de la CIJ en indication de mesures conservatoires au milieu des années 2000. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. D'une part et en considérant les faits des espèces, le caractère irréversible des dommages en cas de non-respect des mesures conservatoires est indubitable et justifie que la Cour recherche tous les moyens à sa disposition pour éviter un possible non-respect. D'autre part, après moult débats doctrinaux et les indices des ordonnances du 8 avril 1998 et 3 mars 1999, l'affirmation du caractère obligatoire des mesures conservatoires dans l'arrêt au fond du 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand*²¹ n'y est pas étrangère. Enfin, cette période coïncide avec l'institutionnalisation du Tribunal international du droit de la mer (TIDM). Or, les négociateurs de ses instruments ont tout à la fois reconnu le caractère obligatoire des mesures conservatoires prescrites²² et obligé les Parties à informer le TIDM de leur respect. Dès la première version du Règlement du Tribunal du 28 octobre 1997, son article 95 prévoit en effet que :

« 1. Chaque Partie informe le Tribunal au plus tôt des dispositions qu'elle a prises pour mettre en œuvre les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal. En particulier, chaque Partie présente un rapport initial sur les dispositions qu'elle a prises ou qu'elle se propose de prendre pour se conformer sans retard aux mesures prescrites. »

²⁰ La seule exception identifiée est l'absence de cette obligation d'information dans l'ordonnance du 1^{er} juillet 2000 en l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*. Toutefois, la Cour peut ici en justifier l'économie par la Résolution 1304 (2000) du Conseil de sécurité des Nations Unies saisi de la question.

²¹ Selon la Cour, « [i] ressort de l'objet et du but du Statut, ainsi que des termes de l'article 41 lus dans leur contexte, que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires emporte le caractère obligatoire desdites mesures, dans la mesure où le pouvoir en question est fondé sur la nécessité, lorsque les circonstances l'exigent, de sauvegarder les droits des Parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il y soit porté préjudice. Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition [...] Ainsi, la Cour parvient à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un caractère obligatoire », CIJ, *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, § 102 et 109.

²² En vertu de l'article 290 §. 6 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, « [l]es Parties au différend se conforment sans retard à toutes mesures conservatoires prescrites en vertu du présent article ».

2. *Le Tribunal peut demander aux Parties un complément d'information concernant toutes questions relatives à la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites par lui.* »

Sans doute inspirée par le TIDM (*cf. infra*), la Cour a depuis 1998 développé l'énoncé d'obligations d'information bien au-delà des cas où étaient à craindre des exécutions capitales. Sans être parfaitement constants, ces énoncés sont présents dans plus de la moitié des ordonnances rendues depuis 1998. En outre, l'obligation d'information a dans la plupart des cas les deux Parties pour destinataire.

Ainsi, par l'ordonnance du 15 octobre 2008 dans l'affaire relative à *l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Cour indique à une faible majorité que

« [c]haque Partie informera la Cour de la manière dont elle assure l'exécution des mesures conservatoires ci-dessus indiquées » (Point D, à 8 voix contre 7).

Adoptée ces fois à l'unanimité ou quasi-unanimité, la même formule se retrouve dans les dispositifs de l'ordonnance du 8 mars 2011 dans l'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* ainsi que de l'ordonnance du 18 juillet 2011 pour la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*.

Si l'ordonnance du 3 mars 2014 dans l'affaire relative aux *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)* fait exception, c'est sans compter l'ordonnance du 22 avril 2015 en la même affaire au terme de laquelle la Cour énonce à l'endroit des deux Parties une obligation d'information vaste et précise, couvrant les documents et leurs copies et forte de la mention d'une date. En effet, la Cour

« demande aux Parties de l'informer de ce que la restitution des documents et données saisis le 3 décembre 2013 par l'Australie, ainsi que de toute copie qui en aurait été faite, a été opérée et de la date à laquelle elle l'a été. »²³

L'obligation d'information est encore présente dans l'ordonnance du 18 mai 2017 dans l'affaire *Jadhav (Inde c. Pakistan)*. La Cour y indique :

« [L]e Pakistan prendra toutes les mesures dont il dispose pour que M. Jadhav ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue, et portera à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en application de la présente ordonnance. »

L'évolution des ordonnances en indication de mesures conservatoires est déjà notable. L'adjonction régulière d'une obligation d'information de la CIJ constitue

²³ Point 2 adopté à l'unanimité. Il s'agit d'un rare cas d'une modification par la Cour d'une ordonnance précédente faite conformément à l'article 76 de son Règlement et à la demande écrite d'une des parties, formulée en l'espèce par lettre de l'Australie du 25 mars 2015 visée par l'ordonnance du 22 avril 2015, §.7.

le socle d'un dispositif juridique de suivi de leur respect. La Cour a pu de surcroît chercher à rendre ce suivi plus efficient en exigeant des informations détaillées et périodiques.

2. Des informations détaillées et périodiques pour un suivi efficient

La Cour internationale de Justice a parfois doté l'obligation d'information de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires précédemment signalées de modalités de temps et de contenu. Ainsi, l'ordonnance de 1986 invite à une information « sans délai », celles de 1972 exigent la communication de « tous renseignements utiles » et plusieurs autres ordonnances une information de « toutes les mesures qui auront été prises en application » de celles-ci. Permettant à la Cour de mieux suivre le respect donné par les Parties aux mesures conservatoires, ces premières conditions ont préfiguré les informations détaillées et périodiques que la Cour a exigées dans certaines espèces.

L'affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa-Rica c. Nicaragua)* est une occasion particulière saisie par la Cour pour renforcer les modalités de l'obligation d'information. Instance jointe à celle de l'affaire relative à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, ce contentieux a été le cadre de quatre ordonnances en indication de mesures conservatoires²⁴. Hors les aspects relatifs à l'information, les obligations de faire indiquées par la Cour méritent d'être analysées ailleurs tant elles imposent de façon très originale la consultation du secrétariat d'une convention de protection de l'environnement – Convention Ramsar – selon une perspective de coopération et de gouvernance environnementales mondiales inédite au niveau juridictionnel international. Pour l'obligation d'information, c'est l'ordonnance du 22 novembre 2013 qui retient ici toute l'attention tant ses conditions sont extrêmement précises. A l'unanimité, la Cour indique en effet aux points 2 B) et 3 de son dispositif que :

« [...] le Nicaragua devra, dans un délai de deux semaines à compter de la date de la présente ordonnance, combler la tranchée creusée sur la plage au nord du caño oriental ; il devra informer immédiatement la Cour de l'achèvement des travaux de comblement de la tranchée et lui fournir, dans un délai d'une semaine à compter de cet achèvement, un rapport contenant toutes les précisions nécessaires, photographies à l'appui »
« [...] les Parties devront l'informer, tous les trois mois, de la manière dont elles assurent la mise en œuvre des mesures conservatoires indiquées ci-dessus. »

²⁴ L'ordonnance du 8 mai 2011 comportant une obligation d'information a déjà été mentionnée. L'ordonnance du 16 juillet 2013 rejette la demande du Costa Rica de modification de l'ordonnance du 8 mars 2011. L'ordonnance du 22 novembre 2013 examinée ici est rendue à la demande du Costa Rica, non pas au titre d'une modification des mesures de l'ordonnance du 8 mars 2011 que la Cour avait déjà rejetée mais au titre d'une « demande distincte, fondée sur des faits nouveaux », cf. Demande du Costa Rica du 23 septembre 2013, citée *in* ordonnance du 22 novembre 2013, §. 12. Par l'ordonnance du 13 décembre 2013, la Cour a rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par le Nicaragua.

L'information exigée du Nicaragua par la Cour est assurément détaillée et périodique. Son contenu n'est pas seulement un ensemble d'éléments mais, pour la première fois, un rapport exhaustif et probant. Il doit contenir l'intégralité des précisions nécessaires et être étayé par des preuves photographiques. La même rigueur est imposée dans une perspective temporelle. Si l'obligation de comblement est pourvue d'un délai court et maximum de deux semaines, l'information de sa réalisation doit être immédiatement portée à la connaissance de la Cour et complétée par la communication du rapport dans un délai d'une semaine seulement. En outre, l'information attendue des deux Parties à propos de la mise en œuvre de toutes les mesures conservatoires n'est pas seulement à échéance déterminée. Pour la première fois, une périodicité trimestrielle de l'information est énoncée faisant d'elle une obligation successive.

Si l'obligation d'information générale permet à la Cour d'être en situation de connaître l'état d'une situation donnée, les informations détaillées et périodiques exigées ici lui confèrent la capacité d'un suivi des évolutions factuelles et du respect juridique des mesures conservatoires indiquées. Les exigences d'information de la Cour ne sont pas sans rappeler celles de *reporting* et de *monitoring* connues par exemple dans certains dispositifs de suivi et de promotion du respect des obligations internationales de protection de l'environnement.

Le choix par la Cour des éléments du rapport attendu ou de la périodicité des informations pourrait être questionné. Ces modalités lui sont certainement apparues comme adaptées à l'espèce, compatibles avec les exigences techniques et les considérations juridiques de Parties souveraines, tout en marquant l'autorité de sa fonction juridictionnelle. Les motifs d'une telle exigence d'informations détaillées et régulières sont sans doute nombreux. Parmi les circonstances de l'espèce, le caractère irréparable des dommages environnementaux que mentionne la Cour n'est pas à négliger tant l'obligation d'informations détaillées et régulières contribue au respect des autres mesures conservatoires (*cf. infra*). L'attitude du Nicaragua devant la Cour est aussi à considérer et au premier titre de quoi le creusement par lui d'une tranchée en violation de l'ordonnance précédente et dont le comblement est ici exigé. En outre, le Costa Rica avait présenté une demande explicite d'obligation d'information²⁵ à laquelle la Cour ne se limite toutefois pas.

Les ordonnances postérieures en indication de mesures conservatoires²⁶ ont pu laisser penser que l'obligation d'information détaillée et périodique de l'ordon-

²⁵ Le Costa Rica avait en quatrième lieu prié la Cour d'indiquer « l'obligation, pour chacune des Parties, d'informer la Cour immédiatement, et au plus tard une semaine après le prononcé de l'ordonnance, de la manière dont elles assurent la mise en œuvre des mesures conservatoires susmentionnées », *cf.* CIJ, ordonnance du 22 novembre 2013, §. 15.

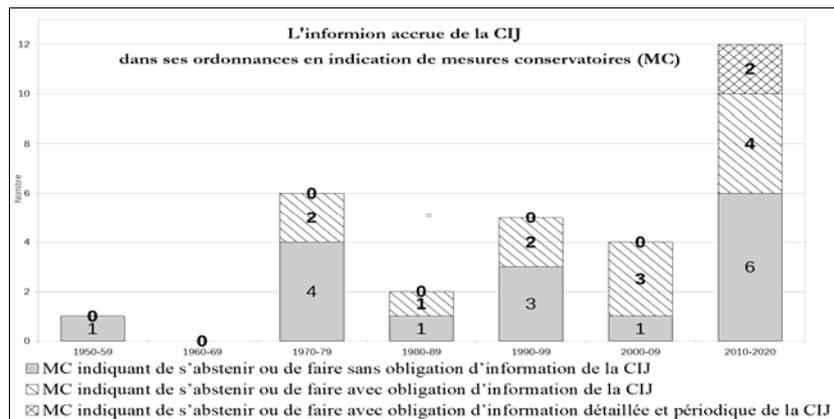
²⁶ CIJ, *Affaire des immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, ordonnance du 7 décembre 2016 ; CIJ, *Affaire des violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 3 octobre 2018 ; CIJ, *Affaire de l'application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*

nance du 22 novembre 2013 n'était qu'une solution d'espèce. C'était cependant sans compter la dernière ordonnance en date rendue par la CIJ dans l'affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*. Face à la situation dramatique du groupe des Rohingya, la Cour indique dans son ordonnance du 23 janvier 2020 que :

« 4) *A l'unanimité, [l]a République de l'Union du Myanmar doit fournir à la Cour un rapport sur l'ensemble des mesures prises pour exécuter la présente ordonnance dans un délai de quatre mois à compter de la date de celle-ci, puis tous les six mois jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision définitive en l'affaire.* »

A nouveau, détails et périodicité sont exigés pour l'information obligatoire de la Cour. Un rapport initial à l'échéance de quatre mois demandé par la Gambie ainsi que son renouvellement tous les six mois exigé par la Cour de sa propre initiative confèrent à celle-ci la capacité d'un suivi efficace des évolutions factuelles d'une situation dont la gravité a sans nul doute justifié ces mesures.

La demande en indication de mesures conservatoires est une procédure incidente devenue progressivement très importante voire usuelle dans le contentieux international. Cette évolution des pratiques des Parties va aussi de pair avec une évolution du dispositif juridique utilisé par la Cour. Elle dote en effet de plus en plus régulièrement ses ordonnances en indication de mesures conservatoires d'une obligation d'information. Énoncée pour la première fois dans le silence initial de son Règlement puis en vertu d'un fondement juridique express, cette obligation d'information connaît en outre plusieurs niveaux d'exigence. D'une information énoncée de façon abstraite, elle peut devenir l'exigence d'informations détaillées et périodiques lorsque les faits de l'espèce le justifient et pour le suivi le plus efficace possible du respect des mesures conservatoires indiquées.



(*Ukraine c. Fédération de Russie*), ordonnance du 19 avril 2017 ; CIJ, *Affaire de l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*, ordonnance du 23 juillet 2018.

Avec ces nuances, l'information constitue sans le moindre doute la prière angulaire du dispositif juridique de suivi développé par la CIJ dont les modalités pratiques sont toutefois difficiles à identifier tant elles sont marquées du sceau de la discrétion.

B. La discrétion des modalités pratiques du suivi

Si l'énoncé par la Cour internationale de Justice d'obligations d'information ressort expressément des dispositifs de certaines de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires, les modalités pratiques de leur suivi sont beaucoup plus discrètes. Celles-ci s'apprécient en considérant tout d'abord les communications des Parties (1) puis l'usage qui peut en être fait ensuite lors des séances privées de la Cour (2).

1. Les informations fournies par les Parties, traceur et vecteur du respect

Sous la forme de communications des Parties au différend, les informations exigées par la Cour constituent la première étape du suivi du respect des mesures conservatoires indiquées. Ces communications ont plusieurs finalités pratiques. Tel un traceur, elles offrent la possibilité de suivre le respect des mesures conservatoires. Néanmoins et indirectement, elles en sont aussi un vecteur.

Sauf à imaginer que la Cour nomme un ou plusieurs experts à la mission juridique plus que technique très délicate, le suivi du respect de ses mesures conservatoires repose en pratique et intégralement sur les communications des Parties. Elles seules permettent à la Cour d'avoir connaissance des éléments pertinents. Cela justifie sans doute et bien davantage que le principe du contradictoire que ces communications soient régulièrement exigées de toutes les Parties à l'instance. Cela explicite aussi pourquoi, dans certaines espèces plus complexes et délicates, la Cour requiert des informations détaillées et périodiques de la seule Partie concernée par les mesures conservatoires. La périodicité des informations permet en outre d'avoir une connaissance de l'évolution des situations. Pour que les communications puissent jouer ce rôle de traceur, l'obligation d'information suppose d'être réalisée en pratique.

Même si l'obligation d'information est une obligation nouvelle qui ne préexistait pas à l'instance, sa licéité internationale ne souffre plus la critique depuis la modification du Règlement de la Cour en 1978. Par le truchement de l'article 30 du Statut de la CIJ selon lequel « [l]a Cour détermine par un règlement le mode suivant lequel elle exerce ses attributions » et de l'article 78 dudit Règlement selon lequel « [l]a Cour peut demander aux Parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle », les Parties qui donnent compétence à la Cour pour régler un différend reconnaissent son pouvoir d'énoncer une telle obligation d'information. La formulation abstraite et large de l'article 78 du Règlement couvre tout type d'informations demandées, simples comme détaillées et périodiques.

Les obligations d'information ont semble-t-il toujours été exécutées par les Parties même si les preuves de cela sont rares. Certes, l'existence et même le contenu des informations demandées par la Cour dans ses ordonnances de 1972 et 1998 ont été publiés dans la série *Mémoires, plaidoiries et documents*²⁷. Toutefois, la Cour a décidé de ne plus publier la correspondance des dossiers dans cette série²⁸. Dorénavant, il n'existe plus aucun support physique de diffusion. De même, ces communications des Parties ne sont reproduites ni dans les rapports de la CIJ à l'Assemblée générale, ni dans son *Annuaire-Yearbook*. En outre et même si la Cour se fait régulièrement l'écho de l'exigence de transparence de la justice internationale, aucune indication sur l'existence, voire le contenu, des communications des Parties n'est présente sur son site Internet. En comparaison, le TIDM évoque dans ses *Annuaire*s les dates de réception des rapports et publie parfois certains d'entre eux sur son site Internet²⁹. Son exemple pourrait être développé à moindre coût au Palais de la Paix.

Finalement, seuls les arrêts au fond qui recèlent normalement toutes les informations pertinentes en matière de procédure peuvent attester de l'exécution de l'obligation d'information. Toutefois, les renseignements y sont rares. La Cour peut simplement indiquer que « les renseignements demandés ont été fournis »³⁰. Parfois, elle mentionne les dates de réception des informations et si aucune échéance n'avait été fixée, se dévoile alors la grande variabilité de la diligence des Parties à s'acquitter de cette obligation³¹. Exceptionnellement, la Cour résume en quelques mots le contenu des communications reçues³². Même dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, qui a été la première occasion d'une obligation d'information détaillée et périodique, la Cour dit lapidairement que, « [p]ar diverses communications, chacune des deux Parties a porté à la connaissance de la Cour les mesures prises par elle en rapport avec l'ordonnance »³³. Très peu de

²⁷ *CIJ Mémoires, Compétence en matière de Pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande) et (Royaume-Uni c. Islande)*, p. 405-420 ; *CIJ Mémoires, Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Correspondance*, p. 194-195.

²⁸ *CIJ Annuaire - ICJ Yearbook 2013-2014*, p. 60.

²⁹ Voy. sur le site Internet du TIDM l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise » (Royaume des Pays-Bas c. Fédération de Russie)*, Rapport des Pays-Bas en date du 2 décembre 2013 sur la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites et plus récemment l'*Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Mesures conservatoires, Rapports sur la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites : Rapport de l'Ukraine du 25 juin 2019 ; Rapport complémentaire de l'Ukraine du 26 juin 2019 ; Rapport de la Fédération de Russie du 25 juin 2019.

³⁰ CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, §. 111.

³¹ En l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, la Géorgie a présenté sa communication un peu plus de trois mois après le prononcé de l'ordonnance, tandis que la Russie ne l'a fait que neuf mois après, cf. CIJ, *Exceptions préliminaires*, arrêt du 1^{er} avril 2011, §. 9.

³² Voy. par exemple, CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 31 mars 2004, §. 3.

³³ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) - Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, §. 7 pour l'ordonnance de 2011 et §. 26 pour celle de 2013.

choses sont donc sues du respect des délais et périodicité imposés lorsqu'ils existent et surtout du contenu de l'information. *A contrario*, l'absence d'indication par la Cour que les Parties n'ont pas fourni les informations demandées conforte la conviction que cette obligation d'information est respectée.

L'obligation d'information peut être exécutée par les Parties sans grand formalisme. Certes, l'information doit être aussi exhaustive que possible en visant « toutes les mesures » prises par la ou les Parties ou « la manière dont elle assur[e] l'exécution des mesures conservatoires »³⁴. De même, si l'obligation d'établir un rapport laisse envisager une présentation plus structurée et détaillée de l'information, aucune exigence ne prévaut sur la forme de ce document. En outre, le rapport demandé dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua* devait comporter des « photographies à l'appui »³⁵ mais deux seulement auraient pu être considérées comme suffisantes. Cette absence de formalisme confère aux Parties concernées un assez large pouvoir discrétionnaire pour la rédaction de leurs communications. Elles portent la charge d'une obligation d'information mais disposent d'une marge de manœuvre non négligeable pour son exécution. Les informations obligatoires sont donc au moins quant à leur structure et leur forme à la discrétion des Parties. Si l'absence de formalisme peut être regrettée, elle contribue sans doute à la réalisation de l'obligation d'information par les Parties, selon les méthodes qu'elles jugent les plus adaptées.

L'exécution systématique de l'obligation d'information selon les formes que les Parties peuvent, sauf exception, leur donner discrétionnairement propose donc un traceur de l'exécution des mesures conservatoires. Portée à la connaissance de la Cour, l'information l'est aussi en principe à celle de l'autre Partie. Cela ouvre la voie à un usage contentieux de l'information, usage sans doute non souhaité initialement mais qui ne doit pas être négligé. Par ses offices, la Cour recherche à pacifier les relations entre Parties et la non-aggravation du différend selon un principe qu'elle rappelle presque systématiquement dans ses ordonnances. Ne lui déplaise, les Parties peuvent chercher à user au contentieux des informations obtenues en poursuivant le débat à leur propos et en commentant les comportements connus de la Partie adverse³⁶. Lorsque cela arrive, la Cour ne rebondit toutefois pas sur de telles arguties³⁷. La finalité des

³⁴ Voy. par exemple, CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, ordonnance du 18 juillet 2011, §. 69, point C).

³⁵ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, ordonnance du 22 novembre 2013, §. 59, point 2), B).

³⁶ CIJ *Mémoires, Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Correspondance*, p. 195-198. En l'espèce, le Paraguay, à qui aucun rapport n'était demandé, avait écrit à la Cour à réception du rapport américain afin de critiquer la manière dont les Etats-Unis avaient agi à la suite de l'ordonnance de la Cour.

³⁷ Dans les affaires jointes *Costa Rica c. Nicaragua*, la Cour a simplement relevé dans les *Qualités* de son arrêt du 16 décembre 2015 que les Parties avaient porté à sa connaissance les mesures prises en application de ses ordonnances de 2011 et 2013, « tout en formulant des observations sur la manière dont l'autre Partie assurait [leur] exécution », CIJ, arrêt du 16 décembre 2015, §. 7 et 26.

informations transmises par les Parties n'est pas contentieuse. Elles servent prioritairement à constituer un traceur de suivi du respect des mesures conservatoires. Ce faisant, les obligations d'information contribuent aussi au respect même desdites mesures.

Hors leur fonction informative, les obligations d'information constituent aussi et plus qu'il ne peut y paraître à première vue, un vecteur primordial du respect des mesures conservatoires indiquées par la Cour. Les obligations d'information imposent en effet aux Parties de mettre en mot leurs pratiques. A l'instar des mérites prêtés au *reporting*, ces informations supposent, pour leur formulation et sauf à présenter des affabulations selon une stratégie judiciaire hasardeuse, que les Parties obligées par les mesures indiquées leur aient donné quelques effets pratiques. Réside ici un autre ressort essentiel de l'obligation d'information. En imposant aux Parties de l'informer de la mise en œuvre des mesures conservatoires, la Cour promeut le respect de celles-ci. La Cour l'a en outre expressément reconnu dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*³⁸.

A la fois traceur et vecteur du respect des ordonnances de la Cour, les informations communiquées par les Parties ne constituent toutefois qu'une première étape des modalités du suivi du respect des mesures conservatoires. En pratique, ces informations doivent être ensuite examinées par la Cour.

2. Les séances privées de la Cour, cadre discret du suivi ?

Les informations établies par les Parties sont transmises à la Cour internationale de Justice. A l'évidence, ses juges sont conduits à les considérer même si le sort qui leur est réservé est difficile à apprécier précisément. Tout au plus est-il possible d'en déduire que les informations seraient examinées dans le cadre discret des séances privées de la Cour.

Les informations des Parties sont adressées à la Cour qui en est le prescripteur et le destinataire principal. A cet égard, le libellé des énoncés pertinents des ordonnances a fluctué au fil des ans. Il a été demandé aux Parties d'informer tantôt le greffier, tantôt le Greffe, tantôt la Cour. Si le choix des termes utilisés pourrait être commenté en laissant poindre des marques d'autorité de la Cour, cela ne semble en réalité n'avoir aucune d'incidence pratique. En effet, dans les affaires soumises à la Cour, les communications ou documents qui lui sont destinés doivent normalement être remis au greffier³⁹, lequel est ensuite chargé de les faire parvenir aux juges et à la Partie adverse.

³⁸ Dans sa demande du 24 septembre 2013, le Costa Rica avait en quatrième lieu prié la Cour d'indiquer « l'obligation, pour chacune des Parties, d'informer la Cour immédiatement, et au plus tard une semaine après le prononcé de l'ordonnance, de la manière dont elles assurent la mise en œuvre des mesures conservatoires susmentionnées ». Pour la Cour, « [c]ette demande, qui complète les trois premières, ne vise pas à protéger les droits du Costa Rica mais *tend à assurer le respect des mesures conservatoires* éventuellement indiquées par la Cour », CIJ, ordonnance du 22 novembre 2013, §. 15 et 33 (sans italique dans l'original).

³⁹ Règlement, art. 26, §. 1, et art. 30 ; Instructions pour le Greffe, art. 3, §. 2, et art. 9, 11 et 13.

A titre principal, il est fort peu probable que la Cour n'examine pas les informations des Parties. Il serait en effet pour le moins paradoxal d'imposer des obligations d'information pour ensuite n'y donner aucune suite. Toutefois, comme l'obligation d'information porte en son sein une incitation forte du respect des mesures indiquées, une telle hypothèse n'est pas totalement dénuée de fondement. Pour autant, les informations communiquées sont manifestement l'un des éléments permettant à la Cour d'exercer concrètement le pouvoir qu'elle tient de sauvegarder, dans l'attente de sa décision au fond, les droits revendiqués par les Parties. Si la CIJ peut « à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les Parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter » (Règlement, art. 75), pareille faculté n'a de sens que si les juges sont en mesure d'apprécier la nécessité de demander aux Parties d'agir différemment. Certes, la Cour pourrait *in abstracto* estimer que ses premières mesures sont insuffisantes et considérer qu'elle doit en adopter de nouvelles. Ce n'est cependant pas le cas le plus vraisemblable. Une nouvelle ordonnance peut en revanche se révéler nécessaire à la lecture d'informations mettant en lumière l'insuffisance ou le non-respect des mesures précédemment indiquées. Le cas de figure est théorique, la Cour n'a jamais rendu d'ordonnance *proprio motu*. Ainsi, sauf cas d'aggravation notoire de la situation, il convient de considérer que la Cour procède nécessairement à l'examen des communications des Parties. Par ailleurs et sans aller jusqu'à adopter une nouvelle ordonnance, la Cour pourrait estimer pertinent d'adresser un courrier de rappel ou de mise en garde à une Partie qui ne respecterait pas ses obligations (*cf. infra*). En outre, en renforçant les obligations d'information en l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, l'ordonnance rendue en 2013 vient confirmer, en creux, le fait que la Cour examine régulièrement la manière dont les Parties mettent en œuvre les mesures indiquées.

Si elles existent, les modalités pratiques d'examen et de suivi des communications des Parties par la Cour demeurent inconnues. L'absence d'indice dans les écrits de la Cour laisse à penser que les informations des Parties sont traitées comme les autres éléments des dossiers d'une affaire. Elles feraient ainsi l'objet de discussions lors des séances privées de la Cour. Ces séances sont peu connues et confidentielles. Ainsi, les documents ou écrits qui les mentionnent sont très limités⁴⁰. Sauf cas rarissimes⁴¹, lesdites séances ne sont évidemment pas

⁴⁰ Rien n'est dit à ce sujet dans le Statut de la CIJ et seul son Règlement les considère en ses articles 6 et 29 à propos de cas où un juge ou le greffier serait en situation d'être relevé de ses fonctions.

⁴¹ Sur le site internet de la Cour, seul a pu être répertorié le communiqué « non officiel » 76/3 du 12 août 1976 dans l'affaire *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)* informant de la tenue d'une séance privée de la Cour le 16 août 1976 « en vue d'examiner la procédure à suivre en ce qui concerne la demande en indication de mesures conservatoire [...] cette séance a été convoquée par le Président en vertu de la disposition du Règlement selon laquelle, lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires est formulée, "Si la Cour ne siège pas, le Président en convoque sans retard les membres" (règlement, art. 66, §. 3). Comme il s'agira d'une séance privée, il convient de rappeler que "Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes" (Statut, art. 54, §. 3). » Plus récemment, la Cour a évoqué, dans un communiqué du 23 avril 2020, le fait qu'elle avait tenu la veille la première séance

médiatisées et ne sont divulgués ni l'ordre du jour, ni les procès-verbaux. L'importance de ces séances privées ne doit cependant pas être sous-estimée puisqu'elles permettent à la Haute juridiction de traiter de manière collégiale toutes les questions judiciaires et administratives.

Dans la discrétion des séances privées de la Cour et disposant d'informations fournies par les Parties, les juges pourraient donc s'attacher à un suivi collégial du respect donné à leurs ordonnances. La collégialité pourrait s'imposer et le rôle joué par son Président serait sans doute moins important que celui du Président du Tribunal de Hambourg. En effet, le Président du TIDM est habituellement habilité par ses ordonnances à demander aux Parties des compléments d'information, ce qui laisserait éventuellement penser que le Président du TIDM et non le Tribunal examinerait les rapports soumis. Inversement, aucune mention de ce type n'étaye les ordonnances de la CIJ⁴².

Examinées collégialement et dans le cadre discret des séances privées de la Cour de La Haye, les communications des Parties pourraient ainsi donner lieu à un suivi du respect des ordonnances sous une forme proche de ce qu'il est convenu d'appeler *monitoring*, quand bien même ce suivi ne fait pas aujourd'hui l'objet d'une quelconque publication d'un rapport spécifique. Les informations des Parties et le suivi de la Cour paraissent en effet rester confidentiels et ne pas sortir des murs du Palais de la Paix. Sans doute, la Cour doit-elle immédiatement communiquer les mesures conservatoires indiquées au Secrétaire général de l'ONU pour transmission au Conseil de sécurité (art. 77 du Règlement). Si la logique voudrait que le Conseil soit également informé de la manière dont les Parties s'acquittent de ces obligations, la discrétion reste là aussi de mise. L'absence de mention d'une telle transmission dans les arrêts ainsi que de publication des lettres par lesquelles pareille communication aurait été effectuée dans la série *Mémoire, Plaidoiries et documents* pour les affaires les plus anciennes suggèrent que la Cour ne communique pas les informations des Parties ni le suivi qu'elle a pu en faire.

Sans pouvoir être attestée de manière certaine, il n'en reste pas moins que les indices sont nombreux de l'ébauche d'une pratique nouvelle de la Cour internationale de Justice visant à suivre discrètement le respect de ses mesures conservatoires. Dans l'attente de preuves plus explicites, apparaissent déjà les importants enjeux que recouvre une telle pratique.

plénière virtuelle de son histoire, séance au cours de laquelle elle a « examiné diverses questions judiciaires pendantes et adopté une ordonnance sur des points de procédure ».

⁴² Si le Règlement de la Cour contient bien une disposition selon laquelle « [e]n attendant que la Cour se réunisse, le Président peut inviter les Parties à agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus » (art. 74, §. 4), les travaux préparatoires révèlent que ce pouvoir ne lui a été reconnu qu'avec réticence, voy. la genèse de cette disposition du Règlement, *CIJ Annuaire - ICJ Yearbook 2013-2014*, Note thématique, p. 99-102. En outre, le libellé du Règlement suggère que le Président ne peut agir ainsi que lorsque la Cour, saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, n'a pas encore rendu son ordonnance.

II. LES ENJEUX DU SUIVI DES MESURES CONSERVATOIRES

Le suivi par la Cour internationale de Justice du respect de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires recouvre nécessairement de nombreux et importants enjeux. Ceux-ci sont tout à la fois théoriques et pratiques. Ils sont étroitement liés au statut, à la crédibilité et à l'acceptation d'une juridiction qui doit être des plus attentives à ses pratiques. L'examen de ces enjeux témoigne du rôle majeur que la Cour mondiale entend jouer dans l'organisation de la justice internationale. Il dévoile aussi les objectifs qu'elle nourrit ainsi que des incertitudes qui ne manquent pas de perdurer. En effet, le suivi des mesures conservatoires apparaît, d'une part, comme la recherche d'une justice effective inspirée et renouvelée (A). D'autre part, il peut faire poindre de nouvelles implications contentieuses qui restent à déterminer (B).

A. Les inspirations et novation d'une justice effective

La pratique émergente de la Cour mondiale s'inscrit à l'évidence dans une recherche d'effectivité de ses décisions. Les inspirations sont sans doute multiples. Elles sont surtout à rechercher dans les procédures usitées par d'autres juridictions internationales ou régionales et témoignent d'un dialogue des juges (1). Des influences individuelles ne doivent pas être négligées, notamment celles qui plaident pour un régime juridique autonome des mesures conservatoires (2).

1. Une pratique inspirée et une manifestation du dialogue des juges

La pratique de suivi des mesures conservatoires ébauchée par la CIJ ne peut pas être appréciée à l'unique aune de ses préoccupations propres. Si celles-ci sont sans nul doute importantes, la pratique engagée est assurément inspirée de celles d'autres juridictions internationales ou régionales. Il est possible d'y déceler un témoignage supplémentaire du dialogue des juges existant au niveau international. La Cour de La Haye ne peut rester insensible aux pratiques plus promptes à l'efficacité de mise en œuvre des mesures conservatoires expérimentées dans d'autres *fora*.

Une première source d'inspiration des pratiques de la Cour est sans doute à rechercher dans celles du Tribunal international du droit de la mer (TIDM). Alors que les fondements textuels de la CIJ sont quasi-inexistants sur le suivi de ses mesures conservatoires, le Règlement du TIDM est beaucoup plus disert. Son article 95 § 1 prévoit expressément l'information systématique du Tribunal quant aux mesures prises pour la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites⁴³. L'information prend la forme de rapports obligatoires établis par les

⁴³ Pour mémoire, le Règlement du TIDM du 28 octobre 1997 énonce en son article 95 : « 1. Chaque Partie informe le Tribunal au plus tôt des dispositions qu'elle a prises pour mettre en œuvre les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal. En particulier, chaque Partie présente un rapport initial sur les dispositions qu'elle a prises ou qu'elle se propose de prendre pour se conformer sans retard aux mesures

Parties au différend. Dès le début de ses activités, le TIDM a donné effet à cette disposition en précisant même la date limite de soumission des rapports et en habilitant son Président à demander les compléments d'information jugés nécessaires⁴⁴. Pour l'heure, le TIDM semble se contenter des énoncés ainsi développés sur ce fondement textuel. Hors les publications sur son site Internet de la réception des rapports, voire de leur contenu, le TIDM n'indique rien sur la manière dont il examine les éléments reçus.

Une autre source d'inspiration de la CIJ peut être identifiée dans les pratiques des juridictions régionales spécialisées en protection des droits de l'homme. Sans nul doute, les mesures qualifiées dans ce domaine de « provisoires » y ont un rôle éminemment essentiel⁴⁵.

La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) n'est sans doute pas la plus déterminante. Dans le silence de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950, la Cour s'est reconnue le pouvoir d'indiquer des mesures provisoires sur la base de l'article 39 de son Règlement⁴⁶. Ce n'est qu'en 2003 confirmé en 2005, après moult atermoiements et à la suite de la Cour de La Haye, que la Cour de Strasbourg a affirmé le caractère obligatoire des mesures provisoires indiquées⁴⁷. Ce faisant, la

prescrites. 2. Le Tribunal peut demander aux Parties un complément d'information concernant toutes questions relatives à la mise en œuvre des mesures conservatoires prescrites par lui.» Voy par ex. FR. ORREGO VICUÑA, « The International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures : Settled Issues and Pending Problems », *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2007-3, Vol. 22, p. 451-462, spéc. p. 453.

⁴⁴ Ce fut le cas dès la première affaire où une demande en mesures conservatoires a été présentée au TIDM. Au point 2 de l'ordonnance du 27 août 1999 dans les *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, le Tribunal « décide que chaque Partie doit soumettre le rapport initial visé à l'article 95, paragraphe 1, du Règlement au plus tard le 6 octobre 1999, et autorise le Président du Tribunal à demander, après cette date, tous autres rapports et renseignements qu'il pourrait juger appropriés ». Voy. de même, TIDM, *Affaire de l'Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, ordonnance du 3 décembre 2001, point 2 ; TIDM, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, ordonnance du 8 octobre 2003, point 2 mais sans habilitation donnée à son Président.

⁴⁵ H. TIGROUDJA, « L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'homme », in E. DECAUX, S. TOUZÉ (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme*, Pedone, Paris, 2015, p. 141-157.

⁴⁶ Ex art. 36 du Règlement de l'ancienne Cour, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983. Dans la version actuelle du Règlement, tel que la Cour l'a modifié les 4 juillet 2005, 16 janvier 2012 et 14 janvier 2013, l'article 39 énonce « Mesures provisoires. 1. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une Partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux Parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des Parties ou du bon déroulement de la procédure. 2. Le cas échéant, le Comité des Ministres [du Conseil de l'Europe] est immédiatement informé des mesures adoptées dans une affaire. 3. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent inviter les Parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires indiquées. 4. Le président de la Cour peut désigner des vice -présidents de section comme juges de permanence pour statuer sur les demandes de mesures provisoires ».

⁴⁷ CrEDH, arrêt du 6 février 2003 et Grande Chambre, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkoulou v. Askarov c. Turquie*, spéc. §. 103-127. Les arrêts font plusieurs fois mention des dispositions et des jurisprudences de

Cour n'indique des mesures provisoires que dans des domaines limités⁴⁸, relatifs, dans la grande majorité des cas, à des affaires d'expulsion et d'extradition. De plus, l'indication de ces mesures tend à s'amenuiser par autolimitation de la CrEDH au nom de l'argument fort contestable de l'encombrement de son rôle. En outre, si la pratique de la CIJ paraît discrète, « le droit européen du provisoire est extrêmement obscur et opaque »⁴⁹. Emanant généralement du Président de la formation de la Cour à laquelle l'affaire a été attribuée, la décision relative aux mesures provisoires ne fait l'objet d'aucune motivation, d'aucun contradictoire ni d'aucune publicité, renvoyant la connaissance du public quant au sort donné à la demande à la lecture des arrêts au fond ou des communiqués de presse.

Dans ces conditions, l'identification ou l'appréciation d'une procédure de suivi des mesures provisoires indiquées par la CrEDH paraît hasardeuse. Des jalons existent pourtant. En ce sens, l'article 39 § 3 du Règlement permet tout autant à la Cour européenne d'inviter les Parties à fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires indiquées. De rares usages pratiques peuvent être découverts au détour de formules lapidaires et relatives à la procédure des affaires⁵⁰. Ils attestent que la CrEDH

la CIJ, notamment de l'arrêt du 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, des systèmes universels et interaméricain de protection des droits de l'homme. L'interprétation constructive qui en résulte est liée aux obligations et droits visés aux articles 1, 34 et 46 de la Convention qui énoncent respectivement l'obligation de respecter les droits de l'homme, le droit de recours individuel dont la jouissance pratique et effective serait mise en péril en cas de non-respect des mesures provisoires ainsi que l'obligation de se conformer à l'arrêt définitif de la Cour, juridiquement contraignant pour les Parties.

⁴⁸ Déjà dans l'arrêt du 4 février 2005, la Cour se réfère à « l'un des droits relevant du noyau dur des droits protégés par la Convention », *idibem*, § 108. Ainsi, des mesures provisoires sont aujourd'hui surtout possibles lorsque sont à craindre des menaces contre le droit à la vie protégé par l'article 2 ou des mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la Convention

⁴⁹ H. TIGROUDJA, « L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 145.

⁵⁰ Par exemple, après une extradition dont une mesure provisoire indiquait pourtant la suspension, « [l]e 8 août 2003, la Cour invita le gouvernement espagnol, conformément à l'article 39 § 3 du règlement, à l'informer des démarches entreprises en vue de garantir l'application de la mesure provisoire indiquée », CrEDH, arrêt du 10 août 2006, *Olaechea Cahuas c. Espagne*, § 22. De même, « [p]ar une décision du 12 janvier 2004, le président de la Grande Chambre a invité les gouvernements défendeurs, en application de l'article 39 du règlement, à prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer à M. Ivanțoc, en grève de la faim depuis le 28 décembre 2003, des conditions de détention conformes au respect de ses droits garantis par la Convention. Les Parties ont été invitées, conformément à l'article 24 § 2 a) du règlement, à fournir des renseignements sur la mise en œuvre des mesures provisoires demandées. Le représentant de M. Ivanțoc, Me V. Gribincea, et le gouvernement moldave ont soumis à la Cour les informations demandées par des lettres datées respectivement des 24 et 26 janvier 2004 », CrEDH, arrêt du 8 juillet 2004, *Ilașcu et autres c. Moldavie et Russie*, § 10. Enfin, avec mention des réponses reçues, « 5. Le 12 août 2008, le président de la Cour, faisant fonction de président de chambre, a décidé d'appliquer l'article 39 du règlement, appelant les deux Hautes Parties contractantes concernées à honorer les engagements souscrits par elles au titre de la Convention, en particulier relativement aux articles 2 et 3 de la Convention. Conformément à l'article 39 § 3 du règlement, il a par ailleurs invité les deux gouvernements concernés à informer la Cour des mesures adoptées pour assurer un respect intégral de la Convention. 6. Le gouvernement requérant répondit par lettre du 21 août 2008 et le gouvernement défendeur par lettre du 22 août 2008. 7. Les 26 août, 16 septembre, 6 octobre et 25 novembre 2008, le président de la chambre décida de proroger l'application de l'article 39 du règlement et de demander des informations supplémentaires aux Parties. 8. Le gouvernement défendeur répondit par lettres des 5 et 25 septembre

entend parfois connaître la mise en œuvre des mesures provisoires qu'elle indique. Ces éléments sont toutefois insuffisants pour postuler une pratique de la CrEDH susceptible d'inspirer la CIJ. En outre, selon une fiche thématique élaborée par les services de la Cour et relative aux mesures provisoires, « il est demandé au requérant ou à son représentant d'en assurer le suivi » semblant laisser peser sur ces derniers, et non sur la Cour, la charge dudit suivi des mesures provisoires alors que la Cour ne doit être informée que des changements de situation⁵¹. Ce constat invite à tourner l'attention vers une autre juridiction régionale de protection des droits de l'homme.

La pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CrIADH) est nettement plus significative en matière de suivi des mesures provisoires⁵². La Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 reconnaît expressément à la Cour le pouvoir d'ordonner de telles mesures lorsqu'elle est saisie de l'affaire ou même, à défaut, lorsque la Commission lui présente une telle requête⁵³. Leur caractère obligatoire ne prête pas à contestation, il a été maintes fois affirmé au regard du principe *pacta sunt servanda*⁵⁴. Le pouvoir d'ordonnance est explicité à l'article 27 du Règlement de la Cour de San José. Ses paragraphes 7 à 10 sont dignes de la plus grande attention tant ils évoquent expressément la surveillance des mesures provisoires et en définissent les modalités pratiques précises.

« 7. La surveillance des mesures urgentes⁵⁵ ou provisoires ordonnées est effectuée par l'élaboration de rapports de l'Etat et des observations présentées sur lesdits rapports par les bénéficiaires desdites mesures ou leurs représentants. La Commission doit présenter des observations aussi bien sur le rapport de l'Etat que sur les observations des bénéficiaires des mesures ou de leurs représentants.

2008 et le gouvernement requérant par lettres des 8 et 26 septembre 2008 », CrEDH, cinquième section, décision de recevabilité du 13 décembre 2011, *Géorgie c. Russie* (II), spéc. §. 5-8.

⁵¹ « Suivi des demandes. Une fois la demande de mesures provisoires introduite, il est demandé au requérant ou à son représentant d'en assurer le suivi. En particulier, il est essentiel d'informer immédiatement la Cour de toute modification dans la situation administrative ou autre du requérant (par exemple, obtention d'un titre de séjour ou retour dans le pays d'origine). Il revient également au représentant du requérant de prendre l'initiative d'informer rapidement la Cour de toute perte de contact éventuelle avec son client », cf. CrEDH, *Les mesures provisoires*, Fiche thématique, avril 2016, p. 2 [En ligne] www.echr.coe.int/Documents/Interim_Measures_FRA.pdf (1^{er} mars 2020).

⁵² A ce sujet et pour comparaison avec le CrEDH, voy. A.-C. FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Contribution à l'étude du droit du contentieux international, Pedone, Paris, 2015, 644 p., spéc. p. 455 et s.

⁵³ En vertu de l'article 63 § 2 de la CADH, « [d]ans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission ».

⁵⁴ Par ex. Cr.I.A.D.H., ordonnance du 13 février 2013, *Uribana Prison v. Venezuela*, § 2.

⁵⁵ En vertu de l'article 27 § 6 dudit Règlement, « [s]i la Cour est hors session, la Présidence, en consultation avec la Commission permanente et, si possible, les autres Juges, demande à l'Etat concerné d'adopter les mesures urgentes nécessaires afin d'assurer l'efficacité des mesures provisoires que la Cour pourrait adopter à sa session suivante ».

8. Dans les circonstances qu'elle estime pertinentes, la Cour peut, le cas échéant, demander à d'autres sources des informations relevantes sur l'affaire, lui permettant d'évaluer l'urgence de la situation et l'efficacité des mesures. A cet effet, elle peut aussi demander les expertises et les rapports qu'elle considère opportuns.

9. La Cour, ou sa Présidence si celle-ci ne siège pas, peut convoquer la Commission, les bénéficiaires des mesures ou ses représentants et l'Etat à une audience publique ou privée sur les mesures provisoires.

10. La Cour incorpore dans le rapport annuel qu'elle présente à l'Assemblée générale la liste des mesures provisoires qu'elle a ordonnées pendant la période couverte par le rapport, et elle formule les recommandations qu'elle estime pertinentes lorsque ces mesures n'ont pas été dûment exécutées. »

La surveillance – *monitoring* dans la version anglaise – des mesures provisoires relève donc juridiquement des missions de la Cour interaméricaine. La précision est rarissime, la fonction est définie *expressis verbis*. Sans surprise, le premier moyen prévu à cette fin est l'information de la Cour par le biais de rapports des Parties. En pratique, la CrIADH définit une date limite de soumission du rapport de l'Etat visé (celle-ci est parfois très proche de la date de l'ordonnance 8 jours dans certains cas) ainsi qu'une périodicité de son actualisation (souvent tous les deux ou trois mois mais beaucoup plus stricte lorsque le cas l'exige, toutes les deux semaines par exemple)⁵⁶. Le rapport de l'individu dont la protection des droits est recherchée est aussi visé mais il est attendu en commentaire du rapport étatique. Surtout, la Cour exige de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans un délai défini et assez bref – deux à six semaines en général – des observations sur tous les rapports reçus des Parties. La Cour de San José dispose de la machinerie institutionnelle du système interaméricain des droits de l'homme – l'administration de la Commission – pour s'acquitter de sa mission de surveillance⁵⁷. De surcroît, la CrIADH a la possibilité de solliciter toutes autres sources pour l'informer de la pertinence et de la mise en œuvre des mesures provisoires (art. 27 § 8) ainsi que de convoquer les Parties à une audience privée ou publique (art 27 § 9).

Ce faisant, la Cour interaméricaine a fait un large usage des pouvoirs qui lui sont attribués pour exercer au mieux sa mission de surveillance du respect des mesures provisoires. C'est le cas tant dans une perspective temporelle, pour renouveler ces mesures, les compléter, les amender ou y mettre fin, qu'au titre de leur effectivité et du meilleur traitement des affaires, le tout dans un très

⁵⁶ Cette rigueur est par exemple de mise dans une affaire relative aux soins médicaux dont dépend le droit à la vie d'une personne, CrIADH, ordonnance du 29 mai 2013, *Asunto B. respecto de El Salvador* (requête de la Commission).

⁵⁷ Cela ne va évidemment sans poser des problèmes humains et logistiques à la Commission de Washington. Voy. en ce sens sur des aspects pratiques, D.J. PADILLA, « Provisional Measures under the American Convention on Human Rights », in *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, CrIADH, San José de Costa Rica, vol. II, 1998, p. 1189-1196, spéc. p. 1193. Voy. aussi Secrétariat exécutif de la CIADH, *Réorganisation du Secrétariat exécutif de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, 2009, doc. OEA/Ser.G CP/CAJP-2693/09 rev.1.

grand effort de transparence⁵⁸. De l'avis d'un ancien juge et président de la Cour de San José, devenu juge à la Cour de La Haye, un tel dispositif « a permis à la Cour elle-même d'exercer, en plus de la protection de caractère préventif, un suivi continu concernant la mise en application, par les Etats concernés, des mesures provisoires de protection dictées par ce Tribunal international »⁵⁹.

Dans le domaine de la protection des droits de l'homme, la recherche d'inspiration juridictionnelle supposerait d'examiner encore la pratique de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples⁶⁰ et les dispositions applicables de la Cour africaine de Justice, des droits de l'homme et des peuples⁶¹. Il serait aussi pertinent de relever la pratique des commissions liées qui disposent elles aussi du pouvoir d'indiquer des mesures provisoires, telle la Commission interaméricaine⁶² ou la Commission africaine⁶³. Il en est de même

⁵⁸ Depuis 1988, la Cour a été saisie de plus de six cents affaires ou situations où une demande de mesures provisoires a été présentée. Après une forte expansion, les demandes sont en nombre plus stable (3 en 1990, 46 en 2010, 29 en 2014). La Cour rend compte de ses activités en la matière dans son *Rapport annuel* en précisant les ordonnances de mesures provisoires, leur adoption, leur prolongation, leur amendement, leur fin et en listant nominativement celles placées sous sa surveillance (24 en 2015). Mentions sont aussi faites des audiences privées tenues pour la surveillance de mesures provisoires avec leur date et l'affaire concernée ainsi que les audiences publiques, cf. par ex. *Rapport annuel*, 2012, spéc. p. 28-29. Depuis 2011, ces dernières audiences, y compris les auditions d'experts, sont en outre diffusées en direct et disponibles à la retransmission sur Internet, cf. par ex. *Audiencia Pública sobre Medidas Provisionales del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*, 2015, <https://vimeo.com/140736810>. Le site internet de la Cour offre à la connaissance du public un très grand nombre de documents, dont évidemment les ordonnances en mesures provisoires, même s'il ne semble pas encore comporter les rapports relatifs à leur mise en œuvre, cf. www.corteidh.or.cr.

⁵⁹ A. A. CANÇADO TRINDADE, « Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2003-4, p. 13-25, spéc. p. 18.

⁶⁰ Sur la base de l'article 27 § 2 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, adopté le 10 juin 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2004, l'article 51 du Règlement intérieur de la Cour énonce en son alinéa 5 que « [l]a Cour peut inviter les Parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires adoptées par elle ». Dans ses ordonnances, la Cour africaine reproduit régulièrement une formule au dernier point de son dispositif et selon laquelle elle ordonne au défendeur de « faire rapport à la Cour dans un délai de quinze jours (15) de la réception, sur les mesures prises pour mettre en œuvre la présente ordonnance », cf. CADH, ordonnance du 15 mars 2013, *Commission africaine c. République du Kenya*. Le délai peut être porté à trente jours, cf. CADH, ordonnance du 18 mars 2016, *Evodius Rutachura c. République-Unie de Tanzanie*.

⁶¹ En vertu de l'article 35 du Protocole de 2008 qui en porte le Statut, tel qu'amendé par le Protocole de juin 2014.

⁶² En vertu de l'article 25 de son Règlement, tel que modifié en 2013, la Commission interaméricaine a le pouvoir d'indiquer des mesures provisoires. Son paragraphe 10 précise que « [l]a Commission peut prendre les mesures de suivi appropriées, comme par exemple demander des informations pertinentes aux Parties intéressées sur tout sujet lié à l'octroi, l'application et la validité de mesures conservatoires. Telles mesures peuvent inclure, selon le cas, des chronogrammes de mise en œuvre, des audiences, des réunions de travail, et des visites de suivi et de révision ». Voy. l'activité en la matière disp. à www.oas.org/fr/cidh/decisiones/mesures-conservatoires.asp.

⁶³ L'article 98 du Règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, tel que révisé en 2010 et qui lui reconnaît le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires énonce en son alinéa 4 qu'elle « doit demander à l'Etat Partie concerné de lui fournir des informations sur la mise en œuvre de mesures conservatoires demandées. Ces informations doivent être soumises dans un délai de

des dispositions et pratiques des organes universels de protection des droits de l'homme, notamment du Comité contre la torture⁶⁴.

Plus largement toutefois, l'inspiration peut être décelée dans le développement des dispositifs de *reporting* et *monitoring* connus aussi en droit international dans une perspective réputée non-juridictionnelle. C'est le cas par exemple du Mécanisme d'examen des politiques commerciales du droit de l'Organisation mondiale du commerce⁶⁵ ou de nombreux dispositifs d'accords environnementaux multilatéraux⁶⁶. Ils contribuent à la transparence des pratiques étatiques et au respect des obligations, deux impératifs pour les mesures conservatoires.

Sans être en situation de compétition, les juridictions internationales et régionales sont au moins en situation de comparaison. Face à l'impératif de respect de ses ordonnances et aux critiques émises ici ou là, la Cour mondiale ne peut que s'inspirer des pratiques plus efficaces. Le suivi des mesures conservatoires n'est sans doute qu'une manifestation des diverses facettes du dialogue des juges. L'évolution des pratiques des juridictions étant aussi inspirée des convictions de magistrats qui y siègent, la pratique de suivi de la CIJ pourrait également conduire à l'avènement d'un régime juridique autonome des mesures conservatoires.

2. Vers un régime juridique autonome des mesures conservatoires ?

L'ébauche d'un suivi par la Cour internationale de Justice de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires n'alimente pas pour l'heure de réflexions sur ses fondements et implications théoriques et pratiques. Dans ce silence relatif, un plaidoyer fort tente toutefois de se faire entendre. Il est l'œuvre de l'un des plus concernés par ces aspects, juge de la Cour internationale de Justice et dont il n'est pas anodin de rappeler qu'il a été juge et Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il s'agit du juge Antônio Augusto Cançado Trindade qui prône un régime juridique autonome des mesures conservatoires⁶⁷.

quinze (15) jours à compter de la date de réception de la requête de mesures conservatoires ». Ce délai explique sans doute celui régulièrement fixé par la Cour dans ses ordonnances.

⁶⁴ En vertu de l'article 114 § 6 de son Règlement intérieur, « [l]e Rapporteur chargé des nouvelles requêtes et des mesures provisoires de protection s'assure aussi qu'il est accédé aux demandes de mesures provisoires du Comité », doc. CAT/C/3/Rev.6, 2014.

⁶⁵ Mécanisme obligatoire défini à l'Annexe 3 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

⁶⁶ K. SACHARIEW, « Promoting Compliance with International Environmental Legal Standards : Reflections on Monitoring and Reporting Mechanisms », *Yearbook of International Environmental Law*, 1991, p. 31-52 ; S. MALJEAN-DUBOIS, V. RICHARD « Mechanisms for monitoring and implementation of international environmental protection agreements », contribution à la conférence IUCN-IDDRI, Paris, 2004, 55 p. [en ligne] <https://www.iddri.org/fr/publications-et-evenements/document-de-travail/mecanismes-internationaux-de-suivi-et-mise-en-oeuvre> (1er mars 2020)

⁶⁷ A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção*, IBDH/ IIDH, La Haye/Fortaleza, 2017, 355 p. [En ligne] www.corteidh.or.cr/tablas/33269.pdf (1^{er} mars 2020).

Le juge Cançado Trindade a progressivement formalisé son plaidoyer par le biais de ses opinions individuelles, concordantes ou dissidentes. Ce fut le cas tant à la Cour interaméricaine⁶⁸ qu'à la Cour internationale de Justice⁶⁹ jusqu'au soin apporté à son opinion individuelle jointe à l'arrêt du 16 décembre 2015 dans les affaires *Costa Rica c. Nicaragua* et inversement détaillée ici.

Tout en rappelant le fondement premier des mesures conservatoires qu'est la préservation de l'efficacité de la fonction juridictionnelle, occasion qu'il saisit pour signaler le développement important de la dimension de prévention et de précaution en droit international, le juge Cançado Trindade signale l'évolution des mesures conservatoires. A présent, elles seraient davantage perçues par les Parties comme une obligation de s'abstenir d'actions susceptibles d'aggraver leur différend *pendente lite* et comme un instrument de protection des droits et de l'égalité des armes. En outre, la protection des droits envisagés est aussi – et surtout – celle des individus selon une logique d'internationalisation de la protection des droits fondamentaux⁷⁰. Les mesures conservatoires auraient acquis une fonction « proprement *tutélaire* [et] constitu[ra]ient une réelle *garantie juridictionnelle de nature préventive* »⁷¹. Sur ces bases, le juge Cançado Trindade affirme le pouvoir inhérent d'une juridiction de déterminer la portée des mesures conservatoires sur le fondement du principe de bonne administration de la justice et de la compétence de sa compétence en la matière. Il invite alors à concevoir le régime juridique autonome des mesures conservatoires comme un ensemble de règles, distinctes et complémentaires de

⁶⁸ Dès 2005, le juge Cançado Trindade a pu indiquer que « [a]sí, a pesar de todos los avances considerables logrados por la Corte Interamericana en los últimos años en materia de Medidas Provisionales de Protección, resta un largo camino que recorrer en el fortalecimiento y refinamiento conceptuales de su régimen jurídico autónomo (tal como lo diviso), en pro de las personas protegidas y para asegurar el debido y pronto cumplimiento de las Medidas ordenadas por la Corte por los Estados en cuestión », Cr.IADH, *Affaire relative à Eloísa Barrios et autres c. Venezuela* (décision du 22 septembre 2005) opinion concordante, spéc. §. 8. L'année suivante, il précise que « [p]rovisional Measures of Protection constitute an autonomous legal remedy; they actually have their own legal framework, which in turn, reveals the importance of the preventive dimension of the international protection of human rights », Cr.I.A.D.H. *Affaire des communautés de Jiguamiandó et Curbaradó c. Colombie* (décision du 7 février 2006) opinion concordante, spéc. §. 6 (en italique dans l'original).

⁶⁹ Voy. notamment son opinion dissidente jointe à l'ordonnance du 16 juillet 2013 relative aux demandes tendant à la modification de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 8 mars 2011 en l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, où il expose « la nécessité de construire un régime juridique autonome des mesures conservatoires », spéc. §. 69. Voy. aussi, dans les mêmes affaires, son opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 22 novembre 2013 où il évoque la « [s]tructuration d'un régime juridique autonome des mesures conservatoires », spéc. §. 20 ainsi que son opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 3 mars 2014 dans l'affaire *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, où il conclut qu'« [i]l existe un régime juridique autonome régissant les mesures conservatoires, régime qui se développe actuellement », spéc. §. 71.

⁷⁰ A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris, 2012, 370 p.

⁷¹ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) - Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, §. 10.

celles relatives au règlement définitif de l'affaire, habilitant une juridiction, du fait de sa fonction même, à définir la nature juridique des mesures conservatoires, les droits et obligations en jeu, leurs effets juridiques et l'obligation de les mettre à exécution⁷².

Pour son promoteur, l'autonomie du régime juridique des mesures conservatoires se manifeste principalement à deux égards : à propos du pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires, d'une part, et sur les conséquences juridiques de leur non-respect, d'autre part. Sur le premier point, le juge Cançado Trindade rappelle que la Cour dispose du pouvoir d'indiquer d'office des mesures conservatoires (art. 75 § 1 de son Règlement) et des mesures différentes de celles qui lui sont demandées (art. 75 § 2). Il défend la thèse que, si elle a le pouvoir de les modifier ou d'en indiquer des complémentaires à la demande de l'une des Parties (art. 76 § 1), elle peut aussi le faire, même si elle ne l'a jamais fait, en dehors de toute demande des Parties, *sponte sua* et *ex officio*, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle qui n'est pas celle d'un tribunal arbitral assujéti à la volonté des Parties⁷³.

L'autonomie du régime juridique des mesures conservatoires est encore plus de mise au regard des conséquences de leur non-respect. Selon le juge Cançado Trindade, « la constatation du non-respect d'une mesure conservatoire ne saurait être subordonnée à l'achèvement de la procédure ultérieure sur le fond. Les effets juridiques devraient en être déterminés sans attendre, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent »⁷⁴. Outre le moment de la détermination du non-respect des mesures conservatoires, il s'agit de constater que ce non-respect est celui d'une obligation internationale *per se*, différente de celles dont la violation prétendue est examinée au titre du différend ou de celles énoncées dans l'arrêt définitif. Le non-respect des mesures conservatoires constituerait en soi une violation du droit international qui engagerait la responsabilité de l'Etat défaillant de façon additionnelle et autonome de ce qui pourrait être établi ultérieurement sur le fond⁷⁵. L'autonomie du régime envisagé persiste encore au stade de la détermination de la réparation des dommages

⁷² *Ibid.* §. 13.

⁷³ *Ibid.* §. 37-44. Le pouvoir général d'indiquer des mesures conservatoires d'office est suffisant, à notre avis, à fonder le pouvoir de la Cour de les modifier ou de les révoquer d'office. Voy. en ce sens, C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2015, spéc. p. 437-438 et en sens contraire, en analysant *a contrario* les dispositions permettant cette modification d'office dans les règlements précédents de la CPJI et de la CIJ, K. OELLERS-FRAHM, « Article 41 » in A. ZIMMERMANN (dir.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 2^{ème} éd., spéc. p. 1060 et J. SZTUCKI, *Interim measures in the Hague Court - An attempt at scrutiny*, Kluwer, Deventer / Boston, 1983, spéc. p. 195.

⁷⁴ *Ibid.* §. 35. La préconisation est importante pour éviter les dommages humanitaires et judiciaires connus par le passé.

⁷⁵ *Ibid.* §. 24-25. Le juge Cançado Trindade a pu développer cette thèse dès 2005 à la Cour interaméricaine, cf. CrIADH. *Affaire relative à Eloísa Barrios et autres c. Venezuela* (décision du 29 juin 2005) opinion concordante, §. 6-8.

causés par le non-respect des mesures conservatoires. Sous leurs différentes formes (compensation, satisfaction, garanties de non-répétition ou autres), les réparations doivent être spécifiques aux obligations particulières des mesures conservatoires qui n'ont pas été respectées et « un élément essentiel aux fins de la consolidation du régime juridique autonome dont celles-ci relèvent »⁷⁶.

Sans être éludée, la question plus particulière du suivi par la Cour des mesures conservatoires dans le cadre de ce régime autonome n'est que brièvement abordée par le juge Cançado Trindade en une partie « *VIII. Le contrôle de la mise en œuvre des mesures conservatoires* ». Rappelant que la Cour peut, même si elle ne l'a jamais fait, constater avant l'arrêt au fond la violation d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires par le biais d'une nouvelle ordonnance, il indique simplement que la Cour a « le pouvoir de s'assurer de la mise en œuvre de mesures conservatoires. En cas d'imprévu, elle a le pouvoir ou la faculté intrinsèque de prendre la décision qui s'impose pour garantir le respect des mesures conservatoires qu'elle a indiquées et préserver ainsi les droits en jeu »⁷⁷. Si une telle surveillance paraît juridiquement fondée, la formule du « pouvoir ou de la faculté intrinsèque » ne précise en rien les procédures et moyens matériels qu'elle suppose, ni ne dévoile la pratique discrète qui aurait aujourd'hui lieu à La Haye. Evidente source d'inspiration, la Cour de San José profite quant à elle du travail considérable que mène la Commission de Washington en matière de surveillance du respect des mesures provisoires. La CIJ n'ayant pas à son service une telle institution partenaire, le juge Cançado Trindade inviterait à penser qu'un tel suivi pourrait éventuellement être mené par les services du Greffe de la CIJ et du fait d'un rôle moins encombré.

Que les mesures conservatoires jouissent ou non d'un régime juridique autonome, le mouvement qui semble pouvoir être deviné au travers des ordonnances de la CIJ contribue à n'en pas douter à renforcer l'efficacité des décisions de la Cour. Il n'en demeure pas moins que les implications contentieuses de cette évolution restent à déterminer.

B. Les implications contentieuses à déterminer

L'identification d'une pratique nouvelle de la Cour internationale de Justice ne permet pas de lever tous les doutes quant à la portée pratique de celle-ci. Les incertitudes d'évolution sont en effet grandes à la lumière des décisions de la Cour en matière de mesures conservatoires qui ont tout d'un *statu quo* jurisprudentiel (1). Pour autant, les orientations établies mettent en avant la pertinence de nouveaux impératifs de la stratégie contentieuse des Parties (2).

⁷⁶ *Ibid.* §. 52.

⁷⁷ *Ibid.* §. 45.

1. Statu quo *jurisprudential*

A plusieurs reprises, l'un des destinataires de mesures conservatoires n'a pas respecté les obligations mises à sa charge. Dès lors, indépendamment du suivi que la CIJ peut faire de ses ordonnances en la matière, elle a déjà eu à se prononcer sur le non-respect, par l'une ou l'autre des Parties au différend, des mesures indiquées. La manière dont la Cour traite cette question et les conséquences qu'elle en tire ne satisfont toutefois pas aux exigences nécessaires à l'avènement d'un régime juridique autonome des mesures conservatoires.

Loin de reconnaître une autonomie juridique desdites mesures, la Cour estime que « [c]'est au stade de l'arrêt au fond qu'il convient d'apprécier le[ur] respect »⁷⁸. Ainsi, dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, la Cour, pourtant appelée dès 2013 à se prononcer sur le non-respect des mesures conservatoires dans le cadre de deux procédures incidentes, renvoie la question à un stade ultérieur. Elle refuse d'en connaître au moment des demandes reconventionnelles présentées par le Nicaragua, dont l'une se rapportait justement au non-respect allégué des mesures indiquées le 8 mars 2011. La Cour a alors dit qu'il n'y avait pas lieu pour elle de connaître de ladite demande reconventionnelle comme telle et « que les Parties pourront aborder, dans la suite de la procédure, toute question relative à la mise en œuvre des mesures conservatoires indiquées par elle dans son ordonnance du 8 mars 2011 »⁷⁹. Elle ne s'est pas non plus prononcée sur la question dans l'ordonnance en indication de nouvelles mesures conservatoires qu'elle a rendue le 22 novembre 2013 et qui faisait pourtant suite au non-respect de l'ordonnance précédente en date du 8 mars 2011. En n'acceptant d'examiner la question du respect de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires qu'au fond, la Cour s'éloigne de l'approche proactive qui semble présider au suivi et, plus généralement, de la philosophie même des mesures conservatoires.

La Cour semble même ne donner aucun effet au suivi qu'elle peut faire du respect des mesures conservatoires. En effet, alors même que la CIJ est informée tout au long de la procédure de la manière dont les Parties exécutent ses ordonnances, elle refuse d'agir d'office et n'examine la question du respect que si les Parties le lui demandent expressément, et ce, dans la stricte limite de leurs conclusions finales y relatives. A titre d'exemple, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour indique ne pas examiner la question au motif que, si à une époque le Nicaragua avait fait grief aux Etats-Unis de ne pas respecter son

⁷⁸ *Ibid.* §. 126.

⁷⁹ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, ordonnance du 18 avril 2013, §. 41, point D.

ordonnance, il n'est ensuite pas revenu vers elle à ce sujet⁸⁰. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour explique que le demandeur reproche au défendeur de ne pas avoir respecté « certaines » mesures conservatoires et que « [c]'est donc dans cette seule mesure qu'[elle] examinera la question de savoir si le défendeur s'est pleinement acquitté de son obligation de respecter les mesures ordonnées par la Cour »⁸¹. Plus récemment, dans les affaires jointes opposant le Costa Rica au Nicaragua, la Cour s'est prononcée sur les seules demandes formulées par le Costa Rica s'agissant du respect des mesures conservatoires, et non sur les questions soulevées à cet égard par le Nicaragua, au motif que celui-ci ne lui avait pas, dans ses conclusions finales au fond, demandé de le faire⁸².

Dans ce domaine comme dans les autres, la Cour choisit donc délibérément de ne statuer ni *infra petita* ni *ultra petita*. Elle impose en outre à celle des Parties qui invoque une situation de non-respect d'en rapporter la preuve⁸³. Elle semble ainsi ne donner aucun effet propre aux informations qu'elle reçoit dans le cadre du suivi. S'il pourrait en être autrement pour les mesures indiquées d'office par la Cour, celle-ci rend le suivi du respect des mesures conservatoires inopérant quant au sort du contentieux. L'hypothèse d'un régime autonome des mesures conservatoires en est affectée.

Pourtant, le non-respect des mesures conservatoires n'est pas anodin, loin s'en faut. Celles-ci ayant un caractère obligatoire, l'Etat défaillant engage sa responsabilité, et ce, que la violation ait ou non cessé au moment de l'examen de l'affaire au fond. La Cour le rappelle dans son arrêt du 16 décembre 2015 en l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*. Elle y indique qu'« on ne saurait considérer qu'il serait "superfl[u]" de constater, dans le présent arrêt, l'existence d'une violation [des mesures conservatoires], pas plus que l'on ne saurait affirmer que la responsabilité y afférente a cessé : la violation peut avoir pris fin, mais pas la responsabilité qui en découle »⁸⁴. La question de la réparation due à ce titre se pose donc nécessairement.

⁸⁰ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 16 décembre 2015, arrêt du 27 juin 1986, §. 287.

⁸¹ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, §. 455.

⁸² CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, §. 122.

⁸³ Voy., par exemple, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria (Cameroun c. Nigeria ; Guinée équatoriale (intervenante))*, arrêt du 10 octobre 2002, §. 321.

⁸⁴ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, §. 126.

Bien que des cas de non-respect de mesures conservatoires aient existé, les conditions posées par la Cour pour en connaître font qu'elle ne s'est que très rarement prononcée à cet égard. Pour obtenir réparation de ce chef, une Partie doit en faire la demande expresse à la Cour. Cette analyse ressort *a contrario* de l'arrêt *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, dans lequel la haute juridiction ne se prononce pas sur la question au motif que l'Allemagne ne lui a pas demandé d'indemnité⁸⁵. Lorsqu'une demande de réparation est expressément formulée, plusieurs cas de figure semblent envisageables. Si la mesure conservatoire rappelle la même obligation que celle qui fait l'objet du différend, la réparation des conséquences du non-respect se confond avec celle de la réparation des conséquences de l'obligation principale. Ainsi, priée de dire que le défendeur était tenu de verser au demandeur « une indemnisation symbolique » à raison de la violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour répond que « la question de la réparation du dommage subi par le demandeur du fait de la violation par le défendeur d'une partie des ordonnances en indication de mesures conservatoires se confond avec celle de la réparation du dommage subi du fait de la violation des obligations correspondantes résultant de la convention sur le génocide »⁸⁶. En revanche, lorsque la mesure conservatoire énonce une obligation spécifique, la Cour l'examine séparément. Ainsi, dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua*, la Cour dit qu'« en creusant les deuxième et troisième *caños* et en établissant une présence militaire sur le territoire litigieux, le Nicaragua a manqué aux obligations qui lui incombaient au titre de l'ordonnance de 2011 », tout en précisant « que cette conclusion est indépendante de celle [...] selon laquelle ces mêmes agissements emportent également violation de la souveraineté territoriale du Costa Rica »⁸⁷.

Au-delà du respect des mesures conservatoires principales, la violation des obligations d'information mises à la charge des Parties ne semble pas, pour l'heure, être considérée comme pouvant donner lieu à une violation distincte. La Cour ne s'est, en tout cas, jamais prononcée sur ce point. La raison en est peut-être qu'aucun Etat ne s'est à ce jour avisé de ne pas se conformer à l'obligation mise à sa charge. Les informations y relatives n'étant pas rendues publiques et les arrêts de la Cour étant à cet égard très lapidaires, rien ne permet toutefois de l'affirmer.

⁸⁵ La Cour précise que, si tel avait été le cas, elle aurait pris en compte certains facteurs propres à l'espèce, telles les fortes contraintes de temps et les incertitudes existant alors quant au caractère contraignant de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires, pour déterminer le montant dû, CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, §. 116.

⁸⁶ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, §. 458.

⁸⁷ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, §. 129.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence de la Cour traduit aujourd'hui encore un parfait *statu quo*. Une évolution des règles applicables semblerait toutefois nécessaire pour assurer une pleine effectivité des mesures conservatoires. Dans cette attente ou pour les anticiper, les Parties se doivent toutefois d'intégrer de nouveaux impératifs à leur stratégie contentieuse.

2. Nouveaux impératifs de la stratégie contentieuse des Parties

Que la CIJ développe une nouvelle pratique de suivi du respect des mesures conservatoires n'est nullement sans conséquences pour les Parties au différend. Tout d'abord, celles-ci doivent avoir conscience du fait qu'elles s'exposent à une obligation nouvelle d'information simple, voire détaillée et régulière, définie à la convenance de la Cour. Il importe aussi pour elles d'avoir présent à l'esprit que le non-respect des mesures conservatoires qui pourrait être établi sur la base des informations obtenues par la Cour ainsi que le non-respect de l'obligation d'information peuvent l'un et l'autre avoir des conséquences. Celles-ci seront déterminées par la Cour selon ses pratiques actuelles plutôt réservées ou celles plus strictes qu'elle pourra développer à l'avenir. Si, aujourd'hui, les conséquences juridiques semblent marginales, d'autres plus diffuses et psychologiques, tel un agacement des magistrats, ne sont pas à négliger. En tout état de cause, une grande diligence devrait prévaloir lors de la communication de toutes les informations exigées. Pour autant, juste mesure devra être trouvée par une Partie pour satisfaire à l'obligation d'information de la Cour sans fournir à son adversaire des informations qui lui seraient à terme préjudiciables.

Il importe aussi que les Parties considèrent que l'information exigée par la Cour peut avoir d'autres mérites. A s'en remettre aux vertus prêtées au *monitoring*, l'obligation d'information peut contribuer au respect des mesures conservatoires et ainsi circonscrire le dommage né d'une violation alléguée du droit international, voire idéalement faire cesser cette dernière. Le demandeur à l'instance ne doit point l'ignorer lors de la requête introductive et de la demande en indication de mesures conservatoires.

Certes, la CIJ n'est pas liée par les demandes des Parties en indication de mesures conservatoires. Elle y répond toujours en faisant droit à certaines mesures et non à d'autres ainsi qu'en indiquant des mesures qui n'étaient pas sollicitées ou dans une forme différente de celle de la demande. Le constat vaut aussi pour les mesures d'information indiquées par la Cour⁸⁸. Toutefois, prier la Cour d'indiquer une obligation d'information semble être un gage non négligeable de l'obtention d'une telle mesure et des mérites qui peuvent en résulter pour le respect des mesures conservatoires.

⁸⁸ Voy. par exemple les éléments évoqués ci-après de l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*.

Privilégiant les mesures conservatoires plus substantielles, les Parties négligent souvent d'inviter la Cour à indiquer une obligation d'information. Pendant longtemps et encore récemment, de telles demandes ont été rares⁸⁹. Pourtant, la demande d'informations et la précision de celles-ci semblent contribuer directement à leur indication par la CIJ. Dit autrement, plus une mesure d'information est demandée à la Cour et plus celle-ci semble l'indiquer ; plus la demande vise une information détaillée et périodique et plus la Cour peut la prescrire, voire hausser les niveaux de détail et de périodicité demandés. Les affaires *Costa Rica c. Nicaragua*⁹⁰ et *Gambie c. Myanmar*⁹¹ en témoignent.

Inversement, l'absence de demande d'information peut conduire la Cour à n'en indiquer aucune et causer par la suite d'importantes difficultés quant au respect des autres mesures prescrites. Le demandeur peut alors le regretter comme l'atteste surtout une espèce⁹².

⁸⁹ Selon un constat établi en 2012 par P. TOMKA, et G.I. HERNANDEZ, « Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea », in H.P. HESTERMEYER et a. (ed), *Coexistence, Cooperation and Solidarity : Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Martinus Nijhoff, vol. II, 2012, p. 1768, nbp 24.

⁹⁰ Dans l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, le Costa Rica n'a en 2010 sollicité aucune obligation d'information. La Cour indique que « chaque Partie informera la Cour de la manière dont elle assure l'exécution des mesures conservatoires ci-dessus indiquées », ordonnance du 8 mars 2011, point 4 du dispositif. Dans sa demande de 2013 qui comporte en outre de nombreuses photographies, le Costa Rica prie la Cour d'indiquer « l'obligation, pour chacune des Parties, d'informer la Cour immédiatement, et au plus tard une semaine après le prononcé de l'ordonnance, de la manière dont elles assurent la mise en œuvre des mesures conservatoires susmentionnées. », cf. *Demande en indication de nouvelles mesures conservatoires du Costa Rica*, 24 septembre 2013, §. 27-4. En réponse, la Cour indique que « le Nicaragua [...] devra informer immédiatement la Cour de l'achèvement des travaux de comblement de la tranchée et lui fournir, dans un délai d'une semaine à compter de cet achèvement, un rapport contenant toutes les précisions nécessaires, photographies à l'appui [...] les Parties devront l'informer, tous les trois mois, de la manière dont elles assurent la mise en œuvre des mesures conservatoires indiquées ci-dessus », ordonnance du 22 novembre 2013, points 2B) et 3) du dispositif, §. 59.

⁹¹ Dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, le demandeur avait prié la Cour d'indiquer que « le Myanmar et la Gambie fourniront chacun à la Cour un rapport exposant l'ensemble des mesures prises pour donner effet à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, au plus tard quatre mois après le prononcé de celle-ci. », cf. *Gambie, Requête introductive d'instance et Demande en indication de mesures conservatoires*, 11 novembre 2019, § 132 e). Excluant le demandeur d'une obligation d'information définie de surcroît comme périodique, la Cour indique : « 4) À l'unanimité, la République de l'Union du Myanmar doit fournir à la Cour un rapport sur l'ensemble des mesures prises pour exécuter la présente ordonnance dans un délai de quatre mois à compter de la date de celle-ci, puis tous les six mois jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision définitive en l'affaire. », cf. ordonnance du 23 janvier 2020, point 4 du dispositif, §. 86.

⁹² D'autres illustrations auraient pu étayer le constat comme par exemple l'affaire de l'*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*. Dans la *Demande en indication de mesures conservatoires du Qatar* du 11 juin 2018, aucune obligation d'information de la Cour n'était visée et celle-ci n'en a indiqué aucune dans son ordonnance du 28 juillet 2018. Au détour de compte-rendu d'audience, il est possible d'apprendre que le Qatar a proposé aux Emirats arabes unis de créer un comité mixte chargé de la mise en œuvre des mesures conservatoires. Les Emirats arabes unis ont rejeté cette proposition en adressant un courrier à la Cour le 12 septembre 2018, cf. *Compte-rendu d'audience publique tenue le 9 mai 2019, à 10 heures, au Palais de la Paix*, §. 39. Ces éléments témoignent des difficultés qui ne manquent pas de naître entre les Parties quant au respect des mesures conservatoires en l'absence d'obligation d'information et du rôle central conféré à la Cour pour en connaître.

Dans l'affaire de l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, le demandeur n'a pas prié la Cour d'indiquer une obligation d'information, ce que cette dernière s'est abstenue de faire⁹³. Les difficultés liées au respect par le défendeur des mesures conservatoires n'ont pas manqué de poindre et il est loisible de penser qu'elles auraient été moindres si le demandeur et la Cour s'étaient référés à une obligation d'information permettant de suivre, voire de promouvoir, ce respect. Un an après l'ordonnance, le demandeur a adressé un courrier à la Cour le 24 avril 2018 arguant que le défendeur ne respectait pas les mesures conservatoires. Sans doute sur le fondement de l'article 78 de son Règlement mais en dehors de tout communiqué officiel, la Cour a adressé un courrier au défendeur le 18 mai 2018 pour obtenir des informations sur la mise en œuvre des mesures conservatoires. Le 19 juillet 2018, la Cour a même adressé un nouveau courrier aux Parties, leur rappelant le caractère obligatoire des mesures conservatoires et demandant de surcroît à la Partie défenderesse de lui fournir de nouvelles informations avant le 19 janvier 2019 sur les mesures prises pour respecter l'ordonnance de 2017. Evidemment, les trois courriers ne sont aujourd'hui pas publiés par la Cour, pas même sur son site Internet au titre des « Correspondances », catégorie demeurant excessivement lacunaire. La discrétion traditionnelle et peut-être souhaitée à la Cour se heurte toutefois aux nouvelles pratiques des réseaux sociaux qui dévoilent inmanquablement tous ces éléments⁹⁴.

Preuves semblent aujourd'hui difficilement réfutables que, d'une part, l'obligation d'information du respect des mesures conservatoires est un levier important du respect de ces dernières et du meilleur règlement des différends ainsi que, d'autre part, de l'existence d'une pratique de la CIJ de suivi discret de ce respect que la Cour mène à la lumière des informations reçues. Les éléments identifiés pourraient laisser penser que la Cour mène tout aussi discrètement des réflexions sur l'adaptation de ses pratiques. Les règles aujourd'hui en vigueur, notamment l'article 78 dudit Règlement, lui permettent toutefois d'exiger dès à présent et systématiquement un rapport périodique d'information de la mise en œuvre de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Des demandes de telles obligations d'information par les Parties, notamment par le demandeur, permettront sans doute de faciliter ou d'accélérer cette évolution.

⁹³ Voy. resp. *Demande en indication de mesures conservatoires déposée par l'Ukraine*, 16 janvier 2017 et CIJ, ordonnance du 19 avril 2017.

⁹⁴ Le jour même de l'envoi ou de la réception de ces trois courriers, leur contenu est dévoilé par Olena Volodymyrivna Zerkal, vice-ministre des affaires étrangères de l'Ukraine, sur son compte Facebook, cf. resp. www.facebook.com/lana.zerkal/posts/1934668919899609 ; ...posts/1959692870730547 ; ...posts/2046115248754975 (1^{er} mars 2020).

En développant la pratique de suivi mise ici en lumière, la Cour mondiale peut contribuer davantage à la non-aggravation du différend selon l'un des fondements premiers des mesures conservatoires ainsi que, chargée du différend jusqu'au prononcé de la décision la dessaisissant du litige, limiter les effets préjudiciables d'une violation du droit international, voire en obtenir la prompte cessation. Indépendamment de l'avènement d'un régime autonome des mesures conservatoires, cette contribution déterminante à la pacification des relations internationales et à la consécration de la règle de droit en droit international est un chemin déjà emprunté discrètement par la CIJ. Cette pratique nouvelle gagnerait en efficacité et en légitimité en étant menée, puisque tout laisse à penser que la Cour en dispose des moyens juridiques, matériels, humains et technologiques, dans une plus grande transparence.

RÉSUMÉ

Les ordonnances en indication de mesures conservatoires de la Cour internationale de Justice sont de plus en plus souvent pourvues de l'obligation faite aux Parties au différend de l'informer de la mise en œuvre des mesures indiquées, y compris sous une forme détaillée et périodique. Cette obligation d'information apparaît, à l'examen, comme le socle d'une pratique discrète par laquelle la Cour suit le respect de ses ordonnances et en recherche la plus grande effectivité. Manifestement inspirée par d'autres juridictions internationales et régionales, cette pratique n'est pas sans conséquences sur un plan théorique. Pour autant, ses implications sont pour l'heure absentes des décisions de la Cour même si elles devraient dès à présent être intégrées par les Parties à leur stratégie contentieuse.

ABSTRACT

More and more frequently, the International Court of Justice's orders indicating provisional measures include an obligation for the Parties to the dispute to inform the Court of how they are implementing those measures, sometimes through periodic, detailed reports. Our analysis indicates that this obligation to inform serves as a basis for the Court to discreetly monitor compliance with its orders and achieve greater effectiveness. Clearly inspired by the practice of other international and regional courts, imposing such an obligation is not without consequences from a theoretical point of view. While the Court's decisions do not yet reflect the implications of this practice, Parties should take them into account in their litigation strategy.

RESUMEN

Las órdenes para la indicación de medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia están cada vez más sujetas a la obligación que tienen las Partes en la controversia de informarla sobre la implementación de las medidas indicadas, incluso en forma detallada y periódica. Esta obligación de información parece, en el examen, ser la base de una práctica discreta mediante la cual la Corte supervisa el cumplimiento de sus órdenes y busca la mayor efectividad posible. Claramente inspirada por otras jurisdicciones internacionales y regionales, esta práctica no está exenta de consecuencia a nivel teórico. Sin embargo, sus implicaciones están actualmente ausentes de las decisiones de la Corte, incluso si ahora deberían ser integradas por las Partes en su estrategia de litigio.

DETRESSE EN MER EN PERIODE DE PANDEMIE : DES NAVIRES DE CROISIERE A LA RECHERCHE D'UN PORT D'ACCUEIL

Anne CHOQUET

*Enseignante chercheure à Brest Business School,
Chercheure associée à l'UMR 6308 AMURE, Centre de droit et d'économie de la mer,
Institut universitaire européen de la mer de Brest*

et

Awa SAM LEFEBVRE

*Chercheure chargée d'enseignements en sécurité et sûreté maritimes
à l'Ecole Nationale Supérieure Maritime,
Membre du Centre de Droit Maritime et Océanique (CDMO) de l'Université de Nantes*

Avec la croisière maritime, le navire est devenu un produit touristique, il « ne sert plus à accéder à un lieu mais devient un lieu en lui-même, une destination en quelque sorte, sur lequel on peut se distraire et se reposer et grâce auquel on peut découvrir et visiter d'autres lieux au moment des escales »¹. En raison d'un virus fortement contagieux : la Covid 19 (de l'anglais Corona Virus Disease 2019), le navire est soudainement devenu un lieu de confinement particulier mais également un lieu à éviter. Parce que des environnements fermés, comme les navires de croisière, favorisent la propagation du virus², les compagnies de croisière se sont attachées à assurer la protection des passagers et des membres d'équipage pour limiter la propagation de la pandémie reconnue par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)³. Elles ont notamment organisé des contrôles et mis en place des mesures sanitaires à bord (par exemple, protocole de désinfection des cabines et des ponts, normes d'hygiène et sanitaires)⁴. Malheureusement, ces mesures n'ont pas suffi à rassurer les Etats sur l'absence de risque d'une contagion.

¹ P. DUMAHEL, « Le tournant récréatif du Monde ? », in P. DUHAMEL, *Géographie du tourisme et des loisirs : Dynamiques, acteurs, territoires*, Armand Colin, Paris, 2018, pp. 211-248.

² K. MIZUMOTO, G. CHOWELL, « Transmission potential of the novel coronavirus (COVID-19) onboard the diamond Princess Cruises Ship », *Infectious Disease Modelling*, 2020/5, pp. 264-270.

³ Le 11 mars 2020, l'OMS a caractérisé la Covid 19 de pandémie. World Health Organization (2020). Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report-51, 11 March 2020.

⁴ « Ponant renforce son protocole de sécurité face au coronavirus », Voir *CruiseMag* du 28 février 2020.

R.G.D.I.P. 2020-2

RGDIP 2020 N°2
© Editions A. Pedone

Les médias se sont fait écho des péripéties malheureuses de navires de croisière dues à des cas, à leur bord, de personnes infectées par le coronavirus ou suspectées de l'être⁵. Certains Etats choisissent de fermer leurs ports, parfois sous la pression de l'opinion publique locale, tandis que d'autres en autorisent un accès sous certaines conditions⁶. Afin de faciliter la diffusion des restrictions COVID-19 spécifiques aux ports et aux Etats, les 13 clubs P&I membres du Groupe international ont développé un tableau de bord⁷. Face à la situation singulière née de la pandémie, les positions des Etats divergent. Les autorités nationales sont amenées à faire des arbitrages sur le principe de l'accueil et/ou du débarquement des personnes et membres d'équipage présents à bord des navires de croisière. Certaines expliquent mettre en avant la mobilisation des forces de sécurité (police aux frontières, gendarmerie maritime) et des autorités sanitaires pour d'autres navires⁸. Il importe donc de s'interroger sur le régime juridique justifiant les choix des Etats d'accueillir, ou non, des navires de croisière dans leurs ports. Si l'accueil et l'assistance des personnes en situation de détresse en mer est un impératif pour l'Etat (I), un équilibre entre ordre public national et accueil des navires en détresse doit être recherché (II).

I. L'ACCUEIL ET L'ASSISTANCE DE PERSONNES EN DÉTRESSE EN MER, UN IMPÉRATIF POUR L'ÉTAT

La navigation maritime est, par nature, associée aux événements de mer. Ils regroupent les accidents de la navigation et l'assistance maritime, c'est-à-dire l'aide apportée à des personnes ou à un navire en perdition⁹. L'obligation de secourir les personnes en détresse a une longue tradition. En raison de l'innavigabilité d'un navire, l'assistance est nécessaire (A). Elle est d'autant plus impérative que, face à une demande de refuge, l'accueil et l'assistance de personnes en détresse en mer répondent à une obligation humanitaire universelle consacrée par les principales réglementations ayant trait au droit de la mer (B).

⁵ Par exemple : Face au coronavirus, le monde de la croisière ne s'amuse plus, Ouest-France du 24 février 2020 ; H. THIBAUT, Coronavirus : huis clos angoissant à bord du « Diamond-Princess », Le Monde du 17 février 2020 ; G. MILLIET, Marseille : partis pour un tour du monde avant le coronavirus, la croisière vire au cauchemar pour ses 2 712 passagers, France 3 Alpes Côtes d'Azur ; du 18 avril 2020.

⁶ Pour connaître les restrictions sur les navires et équipages, voir la carte régulièrement mise à jour : COVID-19 Global Port Restrictions Map, <https://www.wilhelmsen.com/ships-agency/campaigns/coronavirus/coronavirus-map/>.

⁷ Publié sur son site internet, IGP&I, COVID-19 Information Dashboard, voir : <https://www.igpandi.org/covid-19>.

⁸ Préfet des Bouches-du-Rhône, Covid-19 : Pas de dérogation accordée au paquebot Costa Deliziosa pour accoster à Marseille, Communiqué de presse du 17 avril 2020.

⁹ R.H.A. CARTER, *La sûreté des transports, Les transports face aux risques et menaces terroristes*, Presses Universitaires de France, Paris, 308 pages.

A. Une assistance nécessaire en raison de l'innavigabilité du navire

L'innavigabilité d'un navire se constate au cours d'un voyage. Alors qu'il avait au départ la capacité de naviguer, un événement rend impossible la poursuite de l'expédition. En ce qui a trait à la sécurité globale de l'expédition, la notion de navigabilité dépasse le simple concept de flottabilité en prenant en compte divers aspects liés à la sécurité structurelle du navire mais également au facteur humain. Sur le plan nautique, la navigabilité d'un navire implique que le bâtiment doive non seulement pouvoir naviguer dans des conditions climatiques hostiles, mais aussi être équipé de moyens de propulsion et d'appareils appropriés. Cet aspect technique devra se compléter par un autre lié à l'élément humain car un navire doit également posséder un équipage avec une compétence avérée et en nombre suffisant¹⁰ conformément aux différentes conventions en vigueur comme la Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, plus connue sous le nom de Convention STCW (Standards of Training, Certification and Watchkeeping for seafarers)¹¹ et la Convention du travail maritime¹². Ce dernier aspect n'est pas sans poser de souci en période de crise. Non seulement, le bord fait face à une difficulté de gestion de l'épidémie (1), mais il faut également prendre en considération les complexités liées à une évacuation sanitaire d'un paquebot en mer (2).

1. Une difficulté de gestion de l'épidémie par le bord

Au-delà de l'euphorie et des superlatifs utilisés actuellement pour qualifier les grands navires de croisière, il convient de garder à l'esprit que ces unités de transport entraînent des questionnements du fait non seulement de leurs particularités exacerbées par le nombre important de personnes présentes à bord, avec plus de 5 000 pour certaines unités, mais également du fait du milieu physique naturellement hostile dans lequel ils évoluent¹³. Lorsque le danger ou le risque est minime, une intervention rapide de l'équipage permet une reprise sans encombre de l'expédition, lorsqu'il prend une ampleur inédite, le bord peut être contraint de faire appel à une aide extérieure.

En application des conventions internationales maritimes, telles que la Convention STCW et la Convention du travail maritime, les situations médicales sont prises en compte dans le cadre d'une expédition maritime : l'équipage reçoit une formation en matière de santé, du matériel médical est

¹⁰ G. LEFEBVRE, « L'obligation de navigabilité et le transport maritime sous connaissance », *Les Cahiers de droit*, 1990, 31/1, pp. 81-123.

¹¹ Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille (STCW), adoptée le 7 juillet 1978, entrée en vigueur le 28 avril 1984 ; révision complète en 1995 et 2010.

¹² Convention du travail maritime, adoptée par l'OIT à Genève, le 23 février 2006, entrée en vigueur le 20 août 2013, RTNU, vol. 2952-I-51299.

¹³ A. SAM LEFEBVRE, « Le gigantisme naval à l'épreuve de la sécurité dans le transport maritime de passagers », *Droit Maritime Spécial*, numéro Spécial « croisière maritime », 2012/735, pp. 338-344.

embarqué en sus de la présence d'un médecin conformément au Règlement sanitaire international (RSI-2005)¹⁴. De telles obligations réglementaires s'avèrent toutefois insuffisantes face à l'ampleur du risque sanitaire que présente l'épidémie. La gestion de la situation nécessite l'instauration de solutions dont la mise en œuvre s'avère impossible par le bord sans secours de la terre : mise en quarantaine, gestion des cas de détresse respiratoire, pour ne citer que ces aspects.

Le facteur humain est à prendre en considération d'autant plus que les membres d'équipage sont également confrontés individuellement au développement du virus à bord au même titre que les passagers dont ils doivent assurer la sécurité. A la fatigue et au stress, viennent s'ajouter des doutes quant à la possibilité de procéder à la relève de l'équipage.

Ces différents éléments militent en faveur d'un accueil des navires de croisière au port d'autant que l'évacuation sanitaire d'un paquebot en mer s'avère complexe.

2. La complexité d'une évacuation sanitaire d'un paquebot en mer

L'évacuation sanitaire d'un passager est une pratique courante et bien connue à la fois des professionnels du secteur de la croisière et des services des Etats côtiers qui reçoivent les sollicitations des bords. Il n'est pas rare qu'une personne ait besoin de retrouver la terre ferme afin d'obtenir les soins que nécessite son état. Le schéma classique est dès lors de solliciter les services des autorités nationales concernés et de l'évacuer par hélicoptère ou autre moyen. En revanche, une évacuation sanitaire totale d'un paquebot en pleine mer est moins commune et donc plus problématique. Dans cette situation, deux séries de difficultés se posent.

Du côté du navire, l'évacuation générale génère une situation complexe pour un équipage qui, sous réserve de ne pas être lui-même malade et de disposer du matériel nécessaire, est appelé à gérer une crise tout en continuant à assurer ses missions quotidiennes. Différents facteurs vont influencer sur l'attitude des personnes responsables de l'encadrement des passagers. Ces facteurs perçus comme cruciaux sont notamment la fatigue, le stress, la santé et le bien-être, la vigilance, la capacité de décision, les exigences cognitives, la communication, le langage, la diversité culturelle, le travail en équipe. C'est dire que la gestion des situations de crise implique des paramètres qui parfois dépassent largement le simple cadre de la formation classique des marins¹⁵ et peut aboutir à une aggravation de la situation initiale¹⁶.

¹⁴ Organisation mondiale de la Santé, Règlement sanitaire international (2005), 2^{ème} éd., 2008, 102 pages.

¹⁵ A. SAM LEFEBVRE, « Navire à passagers, la délicate gestion des situations de crise », Mer et Marine du 19 janvier 2012.

¹⁶ Sur la question des facteurs humains, J.P. CLOSTERMAN, *La conduite du navire marchand Facteurs humains dans une activité à risques*, 2^{ème} éd., InfoMer, Rennes, 2013, 241 pp. ; Ch. MOREL, *Les décisions absurdes II : Comment les éviter*, Gallimard, Paris, 2012, 273 pages.

Du côté des autorités nationales de l'Etat côtier se posent également des difficultés matérielles pour assurer l'évacuation d'un paquebot en mer dans un contexte sanitaire si particulier que celui de la pandémie de la Covid 19. Face au gigantisme des navires de croisière, il est aujourd'hui admis que peu d'Etats côtiers sont en mesure de procéder à l'évacuation de tels mastodontes des mers même en situation météorologique clémente. Les récents incidents en mer¹⁷ ont fini par persuader de l'opportunité, même à proximité des côtes¹⁸, d'un retour autonome du au navire en toute sérénité au port afin de procéder au débarquement et au rapatriement des personnes vers des lieux adéquats.

La délicatesse de la question de l'évacuation a d'ailleurs justifié, au niveau international, l'obligation de sa prise en compte dès la conception des navires¹⁹. Cette réalité en appelle une autre : le droit de refuge reste, matériellement, la seule solution pour les navires en détresse.

B. Le respect d'une obligation humanitaire universelle pour l'Etat face à une demande de refuge

Parmi les obligations générales dont dispose un Etat sur l'espace maritime figure obligation humanitaire universelle de la sauvegarde de la vie humaine en mer dont la mise en œuvre est rendue nécessaire du fait de l'existence de dangers inhérents à la navigation maritime. Encore appelée secours en mer ou sauvetage, elle est l'une des plus vieilles traditions des acteurs du monde maritime. Elle fait écho à la solidarité des gens de mer face au péril maritime et va induire la nécessité d'accueillir des navires dont l'équipage en ressent le besoin et qui éprouve, pour différentes raisons, des difficultés. Dans un message à destination des gens de mer coincés à bord des navires du fait de la pandémie de la Covid 19, le Secrétaire de l'Organisation Maritime Internationale (OMI) a d'ailleurs rappelé cette valeur essentielle « vous n'êtes pas seuls, vous n'êtes pas oubliés »²⁰. Légitimement, l'on peut s'attendre à ce qu'une aide soit apportée lorsque les conditions de navigation l'exigent et que le navire, pour des raisons objectives, n'est plus en mesure de continuer l'expédition. L'Etat, en réponse, au droit de refuge des navires (1) va conditionner son assistance à l'existence d'une situation de détresse en mer (2).

¹⁷ Notamment l'évacuation du navire *Costa Concordia* avec 4200 passagers à bord après avoir heurté en 2012 un rocher très près de la côte de l'île du Giglio en Italie.

¹⁸ C. DE MARIGNAN, « La croisière, une invitation au rêve », *Etudes*, 2018/7, pp. 17-28.

¹⁹ Voir notamment les amendements adoptés par le Comité de la sécurité maritime (MSC) de l'OMI à sa 96^{ème} session et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (Résolution MSC.404(96) adopted on 19 May 2016, Amendments to the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974, as amended). Les amendements à la Règle II-2/13 à la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (Convention SOLAS, adoptée le 1^{er} novembre 1974, entrée en vigueur le 25 mai 1980, *Recueil des Traités des Nations Unies (RTNU)* 1184 et 1185) visent à élargir les prescriptions en matière d'analyse de l'évacuation. Ils concernent les navires neufs à passagers transportant plus de 36 passagers. Il est désormais exigé que la question de l'évacuation soit analysée dès les premiers stades de la conception du navire.

²⁰ Personal message from IMO Secretary-General Kitack Lim to seafarers, Communiqué de presse de l'OMI (2020, 20 avril).

1. *Le Droit de refuge des navires*

Le transport de passagers est une activité à risques²¹. Qu'il s'effectue sur une courte ou une longue distance, sa nature risquée ne varie pas. Eric Desfougères relève à juste titre que « le développement exponentiel des déplacements en tout genre, doublé d'une technicité, toujours plus poussée par des moyens pour y procéder, n'a fatalement fait qu'amplifier le phénomène »²². Soucieuse de réduire au mieux ces conséquences négatives, la France a, assez tôt, à travers l'Ordonnance de la Marine d'août 1681 (Ordonnance de Colbert de 1681), imposé à quiconque voyant des personnes en danger de naufrage de faire tout pour les secourir. Elle imposait déjà : « enjoignons à nos sujets de faire tout devoir pour secourir les personnes qu'ils verront dans le danger du naufrage »²³. De même, un devoir d'assistance est imposé aux navires publics français dès 1790²⁴.

Au niveau international, la Convention sur la haute mer (Genève, 1958), prévoit l'obligation internationale de prêter assistance²⁵. Cette dernière sera ensuite développée dans la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (Convention SOLAS). Ses chapitres III et V consacrés respectivement au sauvetage en mer et à la sécurité de la navigation rappellent les obligations pesant tant sur les navires que sur les Etats. Ainsi, « le capitaine d'un navire en mer qui est en mesure de prêter assistance et qui reçoit, de quelque source que ce soit, une information indiquant que des personnes se trouvent en détresse en mer, est tenu de se porter à toute vitesse à leur secours »²⁶.

Par la suite, la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes (Convention SAR)²⁷ modifiée en 1988 et 2004 dont l'objet est d'établir un cadre international d'organisation des opérations de recherche et de sauvetage des personnes en détresse renforce l'obligation en mettant en place par tous les

²¹ Voir pour plus de développements sur la question : A. SAM LEFEBVRE (2011), *La sécurité du passager dans le transport maritime*, Thèse pour le doctorat, Université de Nantes, 365 pages.

²² E. DESFOUGÈRES, « Le droit des transports à l'épreuve des catastrophes », *Risques Etudes Observations (RISEO)*, 2011/3, pp. 92-103.

²³ Article 11 de l'Ordonnance, Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681 commentée et conférée avec les anciennes ordonnances, et le droit écrit, avec les nouveaux règlements concernant la marine, Paris, 1714, en ligne sur le site Gallica de la Bibliothèque nationale de France.

²⁴ Des sanctions pour « avoir refusé des secours à un ou plusieurs bâtiments, amis ou ennemis, dans la détresse, implorant son assistance, ou refusé protection à des bâtiments de commerce français qui l'auraient réclamée » article 34 du titre II des peines et délits (Texte du décret relatif au code pénal pour l'armée de mer, en annexe à la séance du 21 août 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XVIII - Du 12 août au 15 septembre 1790*, Librairie Administrative P. Dupont, Paris, 1884, pp. 207 et s.

²⁵ Article 12 de la Convention sur la haute mer, adopté à Genève le 29 avril 1958, entrée en vigueur le 30 septembre 1962, RTNU, vol. 450-I-6465.

²⁶ Règle 33 relative aux situations de détresse : obligations et procédures, du Chapitre V relatif à la sécurité de la navigation de la Convention SOLAS.

²⁷ Convention sur la recherche et sauvegarde pour la vie humaine (Convention SAR), adoptée à Hambourg le 27 avril 1979, entrée en vigueur le 22 juin 1985, RTNU, 1985, 133 pages.

Etats côtiers d'installations adéquates et efficaces pour la veille côtière et pour les services de recherche et de sauvetage²⁸.

Elle établit que « les parties s'assurent qu'une assistance est fournie à toute personne en détresse en mer. Elles le font sans tenir compte de la nationalité ou du statut de cette personne ni des circonstances dans lesquelles celle-ci a été trouvée »²⁹. Dans cette perspective, il appartient aux Etats de mettre en place à terre des services de coordination pour l'exécution des opérations de recherche et de sauvetage afin que les personnes secourues en mer soient débarquées en lieu sûr dès que possible³⁰.

Dans le même esprit, l'obligation de secours en mer sera reprise à l'article 98 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 1982)³¹. Elle impose aux Etats du pavillon et aux Etats côtiers le devoir de coordonner l'assistance aux personnes en détresse dans les zones maritimes identifiées comme leurs zones de sauvetage. L'assistance en mer des Etats se concrétise par des centres de Coordination de Sauvetage Maritime, plus connus sous le nom de MRCC de l'acronyme anglais de Maritime Rescue Coordination Center. Corrélativement à cette obligation imposée aux Etats, la Convention en son article 17 va reconnaître aux navires se trouvant dans des cas de force majeure ou de situation de détresse³², un droit de passage inoffensif dans la mer territoriale des Etats côtiers. « Continu et rapide »³³, le passage « peut comprendre l'arrêt et le mouillage ». Inspiré par des considérations humanitaires, ce droit de refuge permet au « navire étranger » d'entrer « dans les eaux intérieures de l'Etat côtier et accéder à ses ports pour y faire relâche »³⁴. C'est dire que le secours en mer est un concept plus vaste que celui de droit de refuge. Bien entendu, l'Etat, au titre de sa souveraineté dans ses eaux intérieures et territoriales, garde la possibilité d'autoriser, ou non l'accès à ses installations intérieures.

Cet impératif est rappelé, en 2003, dans les Directives de l'OMI sur les lieux de refuge pour les navires ayant besoin d'assistance. Elles précisent que : « lorsqu'une autorisation d'accès à un lieu de refuge est demandée, l'Etat côtier n'est nullement tenu de l'accorder, mais il devrait évaluer tous les facteurs et les risques avec objectivité et offrir un abri chaque fois que cela est raisonnablement possible »³⁵.

²⁸ Préambule à la Convention.

²⁹ Paragraphe 2.1.10 de l'Annexe à la Convention.

³⁰ A. CABANTOUS, F. BUTI (dir), *De Charybde en Scylla: Risques, périls et fortunes de mer du XVI^{ème} siècle à nos jours*, Belin, Paris, 2018, 420 pages.

³¹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *RTNU*, 1994, vol. 1834

³² L. LUCCHINI, « Mer – Mer compartimentée : les différentes zones maritimes et leur statut », *Répertoire de droit international*, 1998, actualisé en janvier 2017, Point 118.

³³ Article 18, paragraphe 2 de la Convention de Montego Bay.

³⁴ P. BOISSON, « Navigation maritime », *Répertoire de droit international*, 2007, actualisé en mars 2011.

³⁵ Point 3.12. de l'Annexe à la Résolution A.949(23) adoptée par l'OMI le 5 décembre 2003 (point 17 de l'ordre du jour) Directives sur les lieux de refuge pour les navires ayant besoin d'assistance.

De même, il appartient à l'Etat de mener une analyse qui devrait « comprendre une comparaison entre les risques encourus si le navire reste en mer et les risques qu'il présenterait pour le lieu de refuge et son environnement ». Cette « comparaison devrait porter sur chacun des points suivants : sauvegarde de la vie humaine en mer ; sécurité des personnes dans le lieu de refuge et son environnement industriel et urbain [...] ; risque de pollution ; si le lieu de refuge est un port, risque de perturbation des opérations portuaires (chenaux, quais, équipement, autres installations) ; évaluation des conséquences si une demande d'accès à un lieu de refuge est refusée, y compris les répercussions possibles pour les Etats voisins »³⁶.

Dans la situation pandémique de la Covid-19, la question se pose de savoir si et de quelle manière l'Etat peut refuser l'accès au port au regard du droit humanitaire de refuge des navires. Il est important d'envisager une telle analyse au regard de la notion de sauvegarde de la vie humaine en mer principe intimement lié à la liberté de navigation mais surtout et avant tout à la reconnaissance de la sacralité de la vie humaine qui doit être perçue comme prioritaire sur toutes les autres considérations quelles qu'elles soient. Malheureusement, cet enthousiasme doit être tempéré car l'accueil des navires n'est pas systématique et il revient toujours à l'Etat d'analyser et de définir sur la base de ses propres critères les conditions d'accueil des navires dans ses eaux. Dans la mesure où c'est la détresse qui justifie l'accueil des navires par l'Etat, il importe de s'intéresser à cette notion et plus particulièrement à la situation de détresse en mer. Toutes les situations sont-elles des situations de détresse, ou, *a contrario*, certaines ne sont pas considérées comme telles ?

2. Une assistance étatique conditionnée à une situation de détresse en mer

La notion de détresse constitue une clé juridique de lecture essentielle du droit de refuge des navires. Elle est différemment consacrée par les textes : les conventions reconnues en la matière ont leur propre approche de la détresse en mer.

Le secours en mer est un concept beaucoup plus vaste que celui de droit de refuge. Elle met en exergue un capitaine d'un navire qui part secourir un autre navire. Néanmoins, les éléments de l'assistance en mer peuvent être intéressants pour alimenter la discussion sur la notion de détresse en mer. Pour rappel, la Convention SAR³⁷, amendée en 2004, impose aux Etats côtiers de fournir une assistance aux personnes en détresse en mer au large de leurs côtes³⁸. Dans ses annexes, la Convention SAR précise que la situation de détresse est une situation dans laquelle il y a lieu de penser qu'une personne, qu'un navire ou un

³⁶ Point 3.11 de l'Annexe à la Résolution A.949(23) adoptée par l'OMI le 5 décembre 2003 (point 17 de l'ordre du jour) Directives sur les lieux de refuge pour les navires ayant besoin d'assistance.

³⁷ Convention sur la recherche et sauvegarde pour la vie humaine (Convention SAR), adoptée à Hambourg le 27 avril 1979, entrée en vigueur le 22 juin 1985, *RTNU*, 1985, pp.133.

³⁸ Point 2.1.1. de l'Annexe à la Convention SAR.

autre engin est menacé d'un danger grave et imminent et qu'il existe un besoin d'un secours immédiat³⁹. Cette conception très générale de la notion de détresse a été précisée et confirmée à l'occasion du rendu de la sentence arbitrale relative à l'affaire du *Rainbow warrior* opposant la France à la Nouvelle Zélande⁴⁰. Il s'agissait « de déterminer si les circonstances de détresse dans un cas d'extrême urgence impliquant des considérations humanitaires touchant les organes de l'Etat peuvent exclure l'illicéité »⁴¹ de l'action de l'Etat. A cette occasion, l'une des conditions retenues est « l'existence de circonstances très exceptionnelles d'extrême urgence impliquant des considérations médicales ou d'autres considérations de nature élémentaire »⁴².

L'Union européenne ne retient pas l'immédiateté du péril. Le Règlement n°656/2014⁴³ développe le cadre juridique des opérations en haute mer menées par les Etats membres et coordonnées par l'Agence européenne de garde-frontières et de gardes-côtes⁴⁴ (Frontex). Il y est précisé qu'« afin d'évaluer si un navire est dans une phase d'incertitude, d'alerte ou de détresse », différents éléments peuvent être pris en compte, parmi lesquels l'existence d'une demande d'assistance, la présence à bord de personnes ayant un besoin urgent d'assistance médicale ou de personnes décédées⁴⁵. L'inversion « aussi stupéfiante qu'inquiétante » peut d'ailleurs être rappelée : « ce sont les frontières qui sont décrites comme 'vulnérables', non les personnes. Ces dernières sont, au contraire, considérées comme une 'menace' »⁴⁶. Plus connu sous le nom de Code frontières Schengen, le Code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes⁴⁷ fixe des conditions d'entrée pour les ressortissants d'Etats tiers. Parmi ces conditions, le ressortissant ne doit pas constituer « une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé

³⁹ Convention SAR, article 5 du chapitre V et article 3 des annexes.

⁴⁰ J. CHARPENTIER, « L'affaire du Rainbow warrior du 30 avril 1990 », *AFDI*, 1990, pp. 395-407.

⁴¹ Paragraphe 78 de la Sentence du 30 avril 1990, *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, Rec. 2006/XX, pp. 215-284.

⁴² Paragraphe 79 de la Sentence du 30 avril 1990.

⁴³ Article 9, i), vii) et viii), f) du Règlement (UE) n°656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (OJ L 189, 27 juin 2014, pp. 93-107).

⁴⁴ N. FABRIZI-RACINE, « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : Des données et des hommes », *La Revue des droits de l'homme*, 2017, pp. 1-15.

⁴⁵ Article 9, f), i), vii) et viii), Règlement (UE) n°656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014.

⁴⁶ C. HELLER, L. PEZZANI, « Les périls de la migration : médiations conflictuelles du risque aux frontières maritimes de l'Union européenne », *Critique internationale*, 2019, 83/2, pp.101-123.

⁴⁷ Texte consolidé : Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) (texte codifié) modifié notamment par Règlement (UE) 2019/817 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019.

publique »⁴⁸. La « menace pour la santé publique » est définie comme « toute maladie à potentiel épidémique telle que définie par le Règlement sanitaire international (RSI-2005) de [l'OMS] et les autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants des Etats membres »⁴⁹.

En ce qui concerne l'accès à un port et au droit de refuge en cas de détresse, il « s'agit de déterminer si le navire en question est en détresse. Cette détermination relève des autorités portuaires et étatiques »⁵⁰. L'absence d'une définition unique et universelle de la notion de détresse laisse la place à une liberté d'interprétation mais également d'appréciation de chaque situation par l'Etat concerné. Son positionnement devra, dès lors, se traduire par la prise de décision au niveau administratif en respect de ses obligations internationales. Les éléments pratiques posés par les réglementations pourraient être utiles car « l'entrée dans le port viserait alors à mettre un terme à cette situation de détresse et il incombe à celui qui invoque la détresse de la démontrer et de [s'en] servir »⁵¹.

Dans la situation de la pandémie de la Covid 19, différents éléments militent pour une qualification d'une situation de détresse à bord de navires de croisière rendant nécessaires des actions des autorités nationales. Tel est le cas, par exemple, des difficultés découlant de la maladie, de la fatigue extrême ou du stress collectif lié au caractère exceptionnel de la situation que vivent les passagers et membres d'équipage. A notre avis, un navire peut être considéré en détresse dès lors qu'il ne présente pas les garanties de navigabilité requises pour atteindre sa destination ou lorsque les conditions humanitaires à bord portent atteinte à la bonne fin de l'expédition maritime du fait d'un danger avéré sans solutions adéquates à bord. Ainsi, dans sa réponse aux navires en détresse, l'Etat doit trouver un équilibre entre ordre public et obligation de soutien.

II. LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE ORDRE PUBLIC NATIONAL ET ACCUEIL À NAVIRE EN DÉTRESSE

Sur ses espaces maritimes, le droit international confère à l'Etat côtier des droits particuliers orientés vers des missions de protection de la vie humaine telles que le sauvetage en mer⁵². Face aux risques sanitaires que présenterait l'accueil de navires de croisière au sein de leur territoire, différentes options s'offrent aux Etats :

⁴⁸ Article 5, paragraphe 1, e) du Code Frontières Schengen.

⁴⁹ Article 2, point 19 du Code Frontières Schengen.

⁵⁰ O. BARSALOU, « L'interception des réfugiés en mer : un régime juridique aux confins de la normativité », *Lex Electronica*, 2008, 12/3, 15 pages.

⁵¹ M. BOUCHER, J. GUILLEMOT, Y. SOUALHI, « Une vague de refus d'accès aux ports face à la pandémie de Covid-19 », *Zomad, les zones grises du droit de la mer*, 1^{er} avril 2020 (en ligne sur le site internet du projet : <https://zomad.eu/fr/>).

⁵² J.-P. PANCRACIO, *Droit de la mer*, Dalloz, Paris, 2010, pp.17.

- refuser l'accès aux eaux nationales
- refuser l'accès au port et le débarquement ;
- accepter l'accès au port mais refuser le débarquement ;
- accepter l'accès au port et poser des conditions au débarquement, comme le confinement ou des tests effectués avant accueil.

Le choix définitif retenu traduit la stratégie de gestion de l'accès au port qui est une prérogative de l'Etat (A). A l'épreuve d'une crise sanitaire hors norme due à la Covid 19, l'Etat est face à un dilemme entre ouverture et fermeture de ses ports aux navires de croisière (B).

A. La gestion de l'accès au port, une prérogative de l'Etat

Etant donné que les mesures retenues par l'Etat à l'égard des navires de croisière à bord desquels des cas avérés ou des suspicions de coronavirus sont constatées restreignent leurs activités, il importe de voir à quel titre elles peuvent être envisagées. L'Etat exerce à l'égard des navires des prérogatives qu'il tient soit au titre des compétences de l'Etat côtier soit de l'Etat du port (1). C'est sur leur fondement que des mesures nationales sanitaires sont adoptées (2).

1. Des compétences exercées par l'Etat, à la fois Etat côtier et Etat du port

Il peut être ici rappelé la triple compétence de l'Etat sur les activités d'un navire. « L'Etat du pavillon exerce une compétence personnelle sur les navires ainsi que sur le personnel de bord. L'Etat côtier exerce des compétences de nature territoriale et fonctionnelle sur les eaux et sur les fonds marins rattachés à sa souveraineté. L'Etat du port exerce enfin des compétences fonctionnelles de sécurisation des navires, de participation à la préservation de l'environnement marin »⁵³.

La Convention de Montego Bay établit un « véritable dégradé de compétences [...] à mesure que l'on s'éloigne des lignes de base »⁵⁴ établies par l'Etat côtier. En deçà des lignes de base, les eaux font partie de ses eaux intérieures⁵⁵ au sein desquelles il exerce une souveraineté pleine et entière. Sa souveraineté s'étend, « au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures » à une « zone de mer adjacente » : la mer territoriale⁵⁶. Les navires qui ne battent pas son pavillon y bénéficient néanmoins d'un passage inoffensif. Il est le fait de naviguer dans la mer territoriale pour : « a) la traverser sans entrer dans les eaux intérieures ni faire escale dans une rade ou une installation portuaire située en dehors des eaux intérieures ; ou b) se rendre dans les eaux intérieures ou les quitter, ou faire escale dans une telle rade ou installation portuaire ou la quitter »⁵⁷. Le passage

⁵³ F. CAMPAGNOLA, « Sécurités maritimes : que reste-t-il des droits de l'Etat du pavillon en haute mer ? », *Revue Défense Nationale*, 2016, 9/794, pp. 80-86.

⁵⁴ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2002, 1510 pages.

⁵⁵ Article 8 de la Convention de Montego Bay.

⁵⁶ Article 2 de la Convention de Montego Bay.

⁵⁷ Article 18, paragraphe 1 de la Convention de Montego Bay.

doit avant tout être inoffensif. La Convention de Montego Bay donne des exemples de comportements non inoffensifs en ce qu'ils porteraient « atteinte à la paix, au bon ordre ou à la sécurité de l'Etat côtier »⁵⁸. Parmi eux, deux exemples pourraient être ici retenus pour des comportements envisagés face à des cas ou des suspicions de coronavirus à bord d'un navire : « g) embarquement ou débarquement de marchandises, de fonds ou de personnes en contravention aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration de l'Etat côtier » et « l) toute autre activité sans rapport direct avec le passage ». De plus, « en ce qui concerne les navires qui se rendent dans les eaux intérieures ou dans une installation portuaire située en dehors de ces eaux, l'Etat côtier a également le droit de prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute violation des conditions auxquelles est subordonnée l'admission de ces navires dans ses eaux ou cette installation portuaire »⁵⁹. La souveraineté d'un Etat dans ses eaux intérieures et mers territoriales implique au regard du droit international la possibilité de définir dans certaines circonstances l'accès à ses installations intérieures.

En ce qui concerne les compétences de l'Etat du port, elles « sont exercées à part entière et non en tant qu'Etat côtier ou du pavillon, c'est-à-dire en l'absence de lien personnel ou territorial. Evidemment, en tant qu'Etat côtier, il dispose de la souveraineté sur ses ports, de telle sorte qu'il peut prendre des mesures à l'encontre de tout navire qui y mouille. En revanche, les compétences de l'Etat du port ne visent pas un navire en raison de ses agissements dans les eaux qui dépendent de la juridiction de ce dernier mais pour tout fait, même ceux commis dans les eaux d'un autre Etat ou en haute mer »⁶⁰. En effet, le contrôle par l'Etat du port est l'inspection des navires étrangers dans les ports nationaux effectuée pour vérifier que l'état du navire et de son matériel d'armement est conforme aux prescriptions des règles internationales et que le navire est doté d'effectifs et est exploité conformément à ces règles⁶¹. En cas de manquement ou de défaut, l'Etat du port peut immobiliser le navire étranger jusqu'à rectification de la déficience constatée.

Par ailleurs, face à des risques majeurs, les Etats peuvent décider de dépasser des droits partagés sur lesquels ils s'étaient entendus. La Convention et le Statut sur le régime international des ports maritimes (Genève, 1923)⁶² établissent le libre accès aux ports des navires des Etats contractants. Ils reconnaissent, si réciprocité, « l'égalité du traitement entre les navires de tous les Etats

⁵⁸ Article 19, paragraphe 2 de la Convention de Montego Bay.

⁵⁹ Article 25, paragraphe 2 de la Convention de Montego Bay.

⁶⁰ J.-L. ITEN, « Les compétences de l'Etat du port », *Annuaire français de droit international*, 2010/56, pp. 529-542.

⁶¹ Toutes les conventions techniques internationales de l'OMI consacrent le principe du contrôle par l'Etat du port : la convention SOLAS, la Convention STCW, la Convention MARPOL pour ne citer que celles-ci. Voir aussi : Directive 2009/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'Etat du port (Journal officiel de l'Union européenne du 28 mai 2009, L 131/57).

⁶² Convention et Statut sur le régime international des ports maritimes, adoptés à Genève le 9 décembre 1923 et entrés en vigueur le 26 juillet 1926, *RTNU*, vol.58, 285 pages.

contractants, leurs marchandises et leurs passagers »⁶³. Néanmoins, le droit est limité aux seuls Etats parties (dont fait partie la France depuis 1932⁶⁴). En effet, « sous condition de réciprocité », les Etats parties s'engagent entre eux à « un traitement égal à celui de ses propres navires ou des navires de n'importe quel autre Etat, dans les ports maritimes placés sous sa souveraineté ou son autorité, en ce qui concerne la liberté d'accès du port »⁶⁵. Seul un cas « d'événement grave intéressant la sûreté de l'Etat ou les intérêts vitaux du pays » permettrait de lever cette reconnaissance⁶⁶. De plus, aucun des Etats ne sera tenu « de permettre le transit des voyageurs dont l'entrée sur ses territoires sera prohibée » pour « raison de santé ou de sécurité publiques »⁶⁷.

Dans ses Directives sur le traitement des personnes secourues en mer adoptées en 2004, l'OMI précise que « le droit d'un navire en détresse d'entrer dans un port est fonction de l'équilibre que l'on aura établi entre la nature et l'imminence du danger qui menace la sécurité du navire et les risques que présente, pour le port, l'entrée du navire. Ainsi, l'Etat côtier pourrait refuser l'accès à ses ports lorsqu'un navire représente une menace grave et inacceptable pour la sécurité, l'environnement, la santé ou la sûreté de cet Etat côtier après que la sécurité des personnes à bord est assurée »⁶⁸. Il s'agit donc ici d'une réelle analyse des risques qui est demandée à l'Etat. « Sur la base de ces lignes directrices, les Etats côtiers doivent se fixer un objectif d'analyse des avantages et inconvénients de l'accès à un lieu de refuge, principalement fondée sur des facteurs environnementaux et sociaux », tels que les risques de contamination, en termes de sécurité personnelle et / ou de contamination⁶⁹.

En période de pandémie internationale, la recherche d'un tel équilibre prend un sens particulier. « Les Etats ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour imposer certaines mesures d'interdiction »⁷⁰. L'action pour éviter la propagation de l'épidémie doit être proportionnée aux risques et ne doit pas créer

⁶³ W. KAUFMANN, « Les unions internationales de nature économique », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1924/3, pp. 177-290.

⁶⁴ Loi du 4 mai 1932 tendant à la ratification de l'acte, en date du 27 novembre 1924, portant adhésion de la France, sous certaines réserves, à la convention sur le régime international des ports maritimes, en date, à Genève, du 9 décembre 1923 (JO 26 juin 1932, pp. 5434). Décret du 25 août 1932 portant promulgation de l'acte en date du 27 novembre 1924 portant adhésion de la France, sous certaines réserves, à la convention sur le régime international des ports maritimes en date du 9 décembre 1923 (JO 11 septembre 1932, pp. 9946-9950).

⁶⁵ Article 2 du Statut.

⁶⁶ Article 16 du Statut.

⁶⁷ Article 17 du Statut.

⁶⁸ Point 6 de l'Appendice aux Directives sur le traitement des personnes secourues en mer – Résolution IMO MSC.167(78), texte en français du projet de résolution : [http://www.imo.org/fr/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MS.167\(78\).pdf](http://www.imo.org/fr/OurWork/Facilitation/personsrescued/Documents/MS.167(78).pdf).

⁶⁹ B. SANCHEZ RAMOS, « Places of Refuge for Ships in Need of Assistance. Looking for the Best Response », *Paix et sécurité internationales*, 2017/5, pp. 117-146.

⁷⁰ R. REZENTHEL, « Les conséquences de la pandémie du Covid 19, Interdiction pour certains navires de mouiller dans les eaux intérieures et d'entrer dans les ports d'outre- », *Droit Maritime Français*, 2020/823.

d'entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux. « Les mesures d'interdiction de mouiller ou de faire escale doivent être proportionnées aux risques et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. On peut estimer que si le capitaine d'un navire de croisière demande l'accès à un port, celui-ci pourra lui être refusé, sauf s'il y a une nécessité d'approvisionner les passagers et l'équipage, ou de débarquer des malades ou blessés, et que cette opération ne peut pas avoir lieu par d'autres moyens (ex : par barge ou hélicoptère) »⁷¹. C'est dire que le caractère exceptionnel de la situation ne doit être un prétexte de la méconnaissance des obligations conventionnelles d'un Etat⁷² ou alors l'instauration d'un Etat de non droit.

Ainsi l'accès au port prévu par les Etats parties pourrait ne pas être garanti aux navires de croisière en période de pandémie. Sur ce fondement, les Etats peuvent prendre des mesures sanitaires. C'est ce qu'a d'ailleurs fait la France pour gérer la pandémie.

2. L'adoption par la France de mesures sanitaires

Au XIX^{ème} siècle déjà, « les mesures de quarantaine, héritières de la politique sanitaire de l'Ancien régime pour lutter contre la peste, concernent essentiellement les ports. Elles reposent sur la construction d'hôpitaux spéciaux et de lazarets, sur la surveillance des navires et *in fine* sur la présence des forces de l'ordre »⁷³. Le navire étant un « lieu clos propice à la propagation des épidémies », la lutte contre la gastro-entérite a été entamée dès les débuts de la croisière de masse et des mesures particulières ont été également établies lors de l'épidémie de H1N1 en 2009⁷⁴.

Au niveau international, les Etats ont envisagé des mesures pour limiter la propagation des maladies. En ce sens, le Règlement sanitaire international (RSI-2005) mérite d'être rappelé. L'OMS l'a adopté afin de « prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux »⁷⁵. A cette fin, des procédures de certification pour les navires sont précisées. Des mesures sanitaires supplémentaires peuvent être envisagées par les Etats parties « dans le but de faire face à des risques particuliers pour la santé publique ou à des urgences de santé publique de portée internationale ». Elles « doivent assurer » un « niveau de protection de la santé

⁷¹ R. REZENTHEL, *op. cit.*

⁷² F. SUDRE, *op. cit.*

⁷³ P. PINELL, « La genèse du champ médical : le cas de la France (1795-1870) », *Revue Française de Sociologie*, 2009, 50/2, pp. 315-349.

⁷⁴ J.-C. LESCURE, La sécurité, un enjeu de développement des croisières (1975 – 2010) ?, *Etudes caribéennes*, 2011/18, pp. 3 et s.

⁷⁵ Article 2 du RSI-2005.

identique ou supérieur aux recommandations de l'OMS » et « ne doivent pas être plus restrictives pour le trafic international ni plus intrusives ou invasives pour les personnes que les autres mesures raisonnablement applicables qui permettraient d'assurer le niveau approprié de protection de la santé ». Il appartient aux Etats d'appuyer leur décision en la matière sur « des principes scientifiques »⁷⁶. A bord du navire concrètement, l'armateur devra remplir, conformément aux dispositions prévues dans le RSI (2005), une déclaration maritime de santé (DMS) qui doit être adressée par les capitaines des navires à l'arrivée du navire ou à l'avance à l'autorité compétente du port⁷⁷. La déclaration permettra aux autorités de prendre connaissance de la réalité de la situation à bord afin de déterminer à quelles conditions l'accueil du navire devra se faire.

Face au développement de la crise sanitaire liée à la Covid 19, les Etats ont adopté un certain nombre de mesures nationales sanitaires. La pandémie a conduit les autorités françaises à publier des mesures réglementaires et des recommandations générales. Dans cette perspective, un travail réglementaire intense a été mené. Complétant le décret du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire⁷⁸, le décret du 30 mars 2020⁷⁹ s'adresse directement aux navires de croisière. On retrouve le principe de l'arrêté du 13 mars 2020 pour l'outre-mer⁸⁰ avec l'interdiction des navires de croisière et des navires à passagers transportant de 100 passagers de faire escale ou de mouiller dans les eaux françaises. Toutefois une dérogation peut être accordée « par le représentant de l'Etat territorialement compétent »⁸¹ selon les situations. Le décret du 11 mai 2020 consacre le principe et va plus loin : « sauf dérogation accordée par le préfet de département, il est interdit à tout navire de croisière, de faire escale, de s'arrêter ou de mouiller dans les eaux intérieures et la mer territoriale françaises »⁸². Il n'est plus question de taille de navire.

A un niveau local, des arrêtés ont défini les modalités pratiques d'application. Pour le grand port de Marseille où des terminaux de croisière de forte capacité permettent d'accueillir les croisiéristes, le Préfet a, par exemple,

⁷⁶ Article 43, point a) du RSI-2005.

⁷⁷ Article 37 du RSI-2005 et Annexe 8 relative au modèle de Déclaration maritime de santé.

⁷⁸ Décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n°72 du 24 mars 2020.

⁷⁹ Décret n°2020-370 du 30 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n°78 du 31 mars 2020.

⁸⁰ Article 2 de l'Arrêté du 13 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, JORF n°63 du 14 mars 2020.

⁸¹ Article 4 du Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

⁸² Article 3, paragraphe 1 du Décret n°2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n°115 du 11 mai 2020.

fixé, par arrêté du 6 avril 2020, les conditions de descente à terre, de transit et de relève des équipages de navires y faisant escale⁸³. Si le principe d'une interdiction de débarquement des personnes à terre est acté, celui-ci souffrira d'une exception lorsque l'état de santé des « membres d'équipage dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale » appropriée⁸⁴.

Des recommandations mises à jour régulièrement pour mise en application à bord des navires ont également été adoptées, notamment sur la conduite à tenir devant un cas suspect d'infection au coronavirus à bord d'un navire⁸⁵. Elles répondent aux spécificités des navires de croisière : un nombre important de personnes à bord, donc de malades et de cas contacts potentiels à prendre en charge, la multitude des origines géographiques de ces personnes, des escales possibles dans des pays où circule le coronavirus. Des mesures actives de contingentement des malades et d'autres mesures de prévention ont ainsi été retenues (affichage des consignes de prévention, prise de température, accostage des navires dans des lieux éloignés des centres urbains). De même, des mesures pour la prise en charge des cas suspects/confirmés ont été précisées (avec notamment le confinement à bord du navire, examen des cas possibles ainsi que des prélèvements pour un dépistage par biologie moléculaire du coronavirus, ...)⁸⁶.

Il conviendra également de garder à l'esprit qu'au-delà de toutes ces mesures nationales, la question de la capacité matérielle d'accueil des navires est un aspect fondamental. D'une part, ces opérations mobilisent fortement les forces de sécurité et les autorités sanitaires concernés. D'autre part, la pandémie de la Covid-19 n'est pas spécifique au secteur maritime. Elle est globale et concerne tous les secteurs de tous les Etats du monde qui se doivent, au même titre que pour le maritime, apporter des réponses cohérentes sur tout l'ensemble du territoire. C'est dire que les services de l'Etat doivent être en mesure d'encadrer la descente à terre ou le transit vers leur Etat de résidence des membres d'équipages et des passagers très souvent âgés et et/ou handicapés.

⁸³ Arrêté du 6 avril 2020 fixant les conditions de descente à terre, de transit et de relève des équipages de navire faisant escale dans le Grand port maritime de Marseille, Préfecture des Bouches-du-Rhône, Recueil des actes administratifs spécial, n°13-2020-100 quater, 7 avril 2020.

⁸⁴ Article 2 de l'arrêté du 6 avril 2020 fixant les conditions de descente à terre, de transit et de relève des équipages de navire faisant escale dans le Grand port maritime de Marseille.

⁸⁵ Centre de Consultation Médicale Maritime (2020), Recommandations et conduite à tenir devant un cas suspect, en ligne : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Coronavirus%20-%20Conduite%20%C3%A0%20tenir%20devant%20un%20cas%20suspect%20%C3%A0%20bord.pdf>; Ministère de la transition écologique et solidaire, Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer (2020, 22 mars), Note d'information Covid-19-Navigation maritime, en ligne : http://www.dirm.mediterranee.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/note-information-provisoire-prorogation-titres-france_200322_fr-en-1.pdf.pdf.

⁸⁶ Ministère de la Transition écologique et solidaire, Infection au nouveau coronavirus (Covid-19)-Recommandations générales pour mise en application à bord des navires, Fiche actualisée le 9 mai 2020 (v10), et Annexe aux recommandations générales à bord des navires ; Documents en ligne sur le site du Ministère.

B. L'Etat face à un dilemme entre ouverture et fermeture de ses ports aux navires de croisière

Alors même que la Convention de Montego Bay n'avait été encore adoptée, il était « généralement admis que, dans certaines circonstances, les Etats ont le droit de fermer les ports qui sont normalement ouverts au trafic international »⁸⁷. Si la préservation de l'ordre public national portuaire (1) reste un argument de poids dans la justification de la décision étatique de refus d'accès au port, la volonté d'une coopération entre Etat est affichée (2).

1. La préservation de l'ordre public national portuaire comme justification de refus d'accès au port

Parce que c'est un risque pour la santé publique au sens du RSI (2005)⁸⁸, la COVID 19 justifie la mise en place par les autorités nationales de mesures exceptionnelles ou dérogoires à celles qui pourraient être envisagées en situation qui pourrait être qualifiée de normale. Dans le cadre de la loi du 3 avril 1955 qui y est relative, l'état d'urgence peut être déclaré « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Il est proclamé par décret pris en Conseil des ministres⁸⁹. Avec la « déclaration de l'état d'urgence », le pouvoir est donné au préfet d'interdire « la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté » et « le séjour dans tout ou partie du département à toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics »⁹⁰. La loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 du 23 mars 2020 prévoit, quant à elle, la possibilité de déclarer l'état d'urgence sanitaire « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »⁹¹. En déclarant sur le territoire l'état d'urgence sanitaire⁹², l'Etat

⁸⁷ A.V. LOWE, « The Right of Entry into Maritime Ports in International Law », *San Diego Law Review*, 1977, 14/3, pp. 597-622.

⁸⁸ Le risque pour la santé publique y est défini comme « la probabilité d'un événement qui peut nuire à la santé des populations humaines, plus particulièrement d'un événement pouvant se propager au niveau international ou présenter un danger grave et direct » (article 1 du RSI-2005).

⁸⁹ Article 2 de la Loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (JORF n°85 du 7 avril 1955 pp. 3479), modifiée régulièrement.

⁹⁰ Article 5 de la loi du 3 avril 1955 modifiée.

⁹¹ Art. L. 3131-12 du Code de la santé publique créé par l'article 2 de la Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (JORF n°72 du 24 mars 2020).

⁹² Décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JORF n°72 du 24 mars 2020) ; décret n°2020-370 du 30 mars 2020 complétant le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JORF n°78 du 31 mars 2020) ; Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JORF n°115 du 11 mai 2020).

français prend la mesure de la situation et entend préserver la société dans sa globalité au travers du prisme de la sauvegarde de l'ordre public⁹³.

Certes, les autorités portuaires se doivent de répondre aux demandes des armateurs en mettant en place des services appropriés aux besoins de l'économie maritime de transport en général (organisation logistique du débarquement dans des zones sûres du port, organisation des rapatriements des passagers et des membres d'équipage vers les aéroports et gares). Elles doivent aussi prendre en compte les conséquences négatives d'un tel accueil des navires en présence d'une pandémie. C'est dire que la préservation de l'ordre public reste la « garantie de la sécurité des personnes et des biens, et est regardé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme le "bouclier" de certaines des plus fondamentales de nos libertés »⁹⁴. L'état d'urgence sous-tend cette démarche d'organisation sécurisante de la vie en société. La liberté d'aller et de venir des navires va ainsi se trouver restreinte, voire supprimée, dans un régime d'exception mis en place par l'Etat.

Encore plus que jamais, on peut reprendre les termes de Stéphanie Renard sur l'ordre public sanitaire. « Le paternalisme sanitaire de l'Etat est aujourd'hui difficilement contestable. D'un côté, la valorisation du principe de sécurité tend à l'attirer vers les obligations de prudence et de diligence du bon père de famille. De l'autre, son devoir de protection de la santé des personnes le conduit à accroître son emprise sur la santé publique et individuelle et à mieux surveiller, encadrer et réguler les comportements sanitaires »⁹⁵. Cette situation exceptionnelle va faire l'objet d'une attention particulière de la part des différentes instances de contrôle d'une bonne application du droit en vigueur.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de le rappeler dans sa jurisprudence. Elle reconnaît aux Etats une ample marge d'appréciation dans ce domaine : « il incombe d'abord à chaque Etat contractant, responsable de 'la vie de (sa) nation', de déterminer si un 'danger public la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 [paragraphe 1 de la Convention

⁹³ Le travail de la jurisprudence a été fondamentale sur la notion d'ordre public. Voir à ce propos, notamment les décisions suivantes : CE, ass., arrêt du 27 octobre, Commune de Morsang-sur-Orge (req. n°136727), Rec. Lebon ; Cons. const., arrêt du 13 août 1993 (req. n°93-325 DC) ; CE, sect., arrêt du 8 décembre 1972, Ville de Dieppe (req. n°82925), Rec. Lebon ; CE, arrêt du 4 juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve et Millet (req. n°92161), Rec. Lebon ; CE, sect., arrêt du 18 décembre 1959, *Société « Les films Lutétia »* (req. n°36385 et 36428), Rec. Lebon.

⁹⁴ P. MAZEAU, Libertés et ordre public, 2003, Note en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1353/pdf>.

⁹⁵ S. RENARD, *L'Ordre public sanitaire - étude de droit public interne*, Thèse pour le Doctorat, Université de Rennes I, 2008, 727 pages.

européenne des droits de l'homme⁹⁶] (...) leur laisse en la matière une large marge d'appréciation⁹⁷. Dans la « boîte à outils » qu'adresse le Conseil de l'Europe aux Etats membres pour faire face à la crise sanitaire de la Covid-19 : l'enjeu est clairement rappelé, les mesures prises pour combattre efficacement le virus vont « inévitablement » porter atteinte à certains droits et libertés mais elles ne doivent pas saper à long terme « les valeurs fondamentales de la démocratie, de l'Etat de droit et des droits de l'homme »⁹⁸. Avec cette « boîte à outils », le respect des principes de l'Etat de droit et des principes démocratique en cas d'état d'urgence est poursuivi.

En instituant « l'état d'urgence sanitaire », la France a institué un régime d'exception⁹⁹ et mis en place un « arsenal de mesures exceptionnelles restrictives des droits et libertés pour juguler la crise sanitaire »¹⁰⁰ comme le lui permet l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Des dérogations à la convention y sont envisagées : « 1. en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », elles ne peuvent être envisagées que « dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Dans l'affaire *Lawless c. Irlande* en 1961, la Cour européenne des droits de l'homme avait précisé que « dans le contexte général de l'article 15 de la Convention, le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair; qu'ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat »¹⁰¹.

En France, l'interdiction temporaire d'accès à un port pour des motifs d'ordre public a déjà été reconnue. Les restrictions apportées à l'usage normal du port de Sète ont pu être justifiées par les nécessités de l'ordre public. Le Conseil d'Etat en 1979 le précisa « eu égard à l'ampleur du mouvement de protestation provoqué chez les viticulteurs du midi »¹⁰². La décision d'interdire un navire d'entrer au port a ainsi été expliquée par le risque de manifestations

⁹⁶ Convention européenne des droits de l'homme, adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, Texte de la convention amendée : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.

⁹⁷ Cour Eur. Dr. H., arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, (req. n°5310/71) (Série A n° 25, paragraphe 207).

⁹⁸ Conseil de l'Europe, Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du Covid19, Une boîte à outils pour les Etats membres Document d'informations, *SG/Inf (2020) 11*. En ligne : <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecter-la-democratie-l-etat-de-droit-et-les-droits-d/16809e1f3f>.

⁹⁹ A. LEVADE, « Etat d'urgence sanitaire : à nouveau péril, nouveau régime d'exception », *Libres propos, JCP*, 2020, n°13, act. 369.

¹⁰⁰ F. SUDRE, La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme, article publié sur le blog du Club des juristes (2020, 20 avril) (en ligne : <https://www.leclubdesjuristes.com>).

¹⁰¹ Paragraphe 28, Cour Eur. Dr. H., arrêt du 1^{er} juillet 1961, *Lawless c. Irlande* (req. n°332/57).

¹⁰² Conseil d'Etat, Section, du 7 décembre 1979, *Les « fils de Henri X »* (req. n°33001), Rec. Lebon.

que provoquerait son arrivée. Le Conseil d'Etat a également jugé licite des mesures restrictives justifiées par le développement d'une épidémie¹⁰³. En « matière de police sanitaire maritime », la haute cour a, en 1955, précisé « qu'aucune disposition du décret [...] et seul applicable en matière de police sanitaire maritime, ne prévoit que l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de tout trafic maritime ou aérien » et « qu'en l'absence d'un texte l'autorisant expressément à édicter cette interdiction, le Haut-Commissaire de la République Française à Madagascar, [...], n'aurait pu user légalement de ses pouvoirs de police pour prendre les dispositions contestées qu'en cas de péril imminent et d'une exceptionnelle gravité »¹⁰⁴. Michel Troper définit ainsi l'état d'exception comme étant : « une situation dans laquelle, en invoquant l'existence de circonstances exceptionnelles particulièrement dramatiques et la nécessité d'y faire face – on songe par exemple à une catastrophe naturelle, une guerre, une insurrection, des actes terroristes ou une épidémie –, on suspend provisoirement l'application des règles qui régissent ordinairement l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics et l'on en applique d'autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux »¹⁰⁵.

D'autres navires à passagers ont connu, par le passé, des difficultés d'accès au port. Alors qu'elles menaient des actions pour aider les migrants en Méditerranée, des organisations non-gouvernementales se sont vues refuser l'accès aux ports. Suite à la décision de l'Italie, en juin 2018, de fermer ses ports aux navires humanitaires « pour forcer les autres Etats européens à se mobiliser », l'*Aquarius* a été, par exemple, bloqué en mer avec des centaines de passagers à bord avant d'être finalement conduit vers Valence en Espagne¹⁰⁶.

S'est ainsi posée la question de l'obligation de débarquement dans le cadre de l'obligation d'assistance. L'un des problèmes principaux dans le cadre de l'*Aquarius* était, qu'à l'époque, aucun Etat n'avait assumé *de jure* la responsabilité de la coordination des opérations de recherche et de sauvetage, l'Etat le plus proche du navire, la Libye, n'avait pas établi de zone de recherche et de sauvetage et comptait sur les Etats voisins, comme l'Italie, pour gérer les migrants¹⁰⁷. Kiara Néri rappelle, par exemple, que « s'il appartient bien à l'Etat responsable de la zone SAR de trouver ce lieu, le droit de la mer ne prévoit pas d'obligation pour l'Etat d'autoriser le débarquement des personnes secourues sur son territoire. Dans le cas de l'*Aquarius*, le centre de coordination en charge des opérations de sauvetage

¹⁰³ X. BIOY, P. DEUMIER, X. DUPRÉ DE BOULOIS, A. MARTINON, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2019, 936 pages.

¹⁰⁴ Conseil d'Etat, Section, 20 mai 1955, *Société Lucien, Joseph et compagnie* (req. n°2399), Rec. p. 276.

¹⁰⁵ M. TROPER (2011), *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 304 pages.

¹⁰⁶ E. JOLYS-SHIMELLS, « L'entrée de l'*Aquarius* au patrimoine national », *Hommes & Migrations*, 2020/1, n°1328, pp. 134-142.

¹⁰⁷ A. LARKIN, « Italy and the Aquarius : a migrant crisis », *Pace International Law Review*, 2019, 32/1, pp. 137-169.

était le MRCC de Rome. Ainsi, si l'Italie n'avait pas l'obligation d'autoriser le débarquement des rescapés dans ses ports, il lui appartenait néanmoins de trouver un lieu sûr pour le débarquement dans un délai raisonnable »¹⁰⁸.

En France, les autorités ont mis en avant deux critères pour déroger au principe de l'interdiction d'accès aux installations portuaires : le pavillon et la destination finale du navire. Le premier cas concerne les navires qui battent pavillon français, ils seront accueillis car ils sont rattachés à l'Etat français et se soumettent donc à sa réglementation. Pour les navires qui battent le pavillon d'un autre Etat, ils pourront être accueillis s'ils avaient pour destination finale l'un des ports du territoire français. Il est précisé que « si l'escale est le point de départ ou d'arrivée de la croisière (tête de croisière) et le point d'embarquement et de débarquement des passagers, il est nécessaire d'autoriser le débarquement des passagers afin qu'ils puissent regagner leur domicile où ils devront observer le confinement »¹⁰⁹. Dans tous les cas, il reviendra, sur le fondement du Code frontières Schengen, au capitaine d'un navire de croisière de transmettre « aux garde-frontières respectifs l'itinéraire et le programme de la croisière au moins 24 heures avant de quitter le port de départ et avant l'arrivée dans chaque port situé sur le territoire des Etats membres »¹¹⁰. Cette obligation permet également de connaître la destination finale et prendre les mesures associées. Des navires de croisière (dont le *Costa Pacifica* et le *Costa Luminosa*) ont bénéficié de dérogation pour accoster au port de Marseille car ils avaient pour destination finale Marseille. Cependant, le préfet des Bouches-du-Rhône a refusé d'octroyer une dérogation au *Costa Deliziosa*. Le navire ne répondait à aucune des conditions, ni du pavillon, ni du port de destination. Il bat pavillon italien et avait pour destination finale Venise en Italie¹¹¹. « Pour les autorités, chaque cas [est] traité en fonction des éléments rassemblés sur la situation à bord et les risques en découlant et ce, en liaison toujours étroite avec les autorités portuaires proches »¹¹².

Un raisonnement *a contrario* peut être envisagé. Si les autorités nationales d'un Etat autorisaient un navire sans prendre en compte les conditions sanitaires minimales, si l'accueil d'un navire était envisagé alors que la situation est inappropriée, la responsabilité du préfet pourrait être envisagée au titre de la mise en danger de la vie des citoyens. Cette situation loin d'être anecdotique dans une société de plus en plus procédurière mérite une attention particulière.

¹⁰⁸ K. NÉRI, « L'Aquarius et l'assistance en mer : quelle(s) obligation(s) pour l'Italie ? », *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 1376.

¹⁰⁹ Point 8-3-B de la Fiche du Ministère de la Transition écologique et Solidaire, Infection au nouveau coronavirus (Covid-19), Recommandations générales pour mise en application à bord des navires.

¹¹⁰ Point 3.2.1. de l'Annexe VI relative aux Modalités relatives aux différents types de frontières et aux moyens de transport utilisés pour le franchissement des frontières extérieures, Annexe au Code frontières Schengen.

¹¹¹ Préfet des Bouches-du-Rhône, Covid-19 : pas de dérogation accordée au paquebot *Costa Deliziosa* pour accoster à Marseille, Communiqué de presse du 17 avril 2020.

¹¹² G. MARCHAND, « Ports et zones de refuge pour les navires. Les intérêts et responsabilités en jeu », in A.-L. PIETRI-LEVY, J. BARZMAN, E. BARRE (dir.), *Environnements portuaires-Port environnements*, Presses universitaires de Rouen et du Havre, Mont-Saint-Aignan, 2003, pp. 195-206.

2. Une volonté de coopération des Etats affichée mais peu coordonnée

Lorsqu'un navire se voit refuser l'accès à un port, il n'a pas d'autre solution que de rechercher un autre port qui pourra ou non l'accepter à son tour.

Le débarquement des migrants en Espagne à la suite du refus de les accueillir en Italie a montré que le « débarquement dans les ports à l'extrémité nord du bassin méditerranéen imposerait non seulement des difficultés supplémentaires aux migrants, mais obligerait également les ONG à passer de longues périodes loin de la zone où se produisent la plupart des situations de détresse et impliquent de longues routes et des coûts de carburant élevés que les petites organisations sont tout simplement incapable de faire face »¹¹³. Dans la mesure où les opérations SAR conduisent à exiger le transport des personnes en détresse vers le lieu de sécurité le plus proche, la volonté d'au moins un Etat côtier voisin d'autoriser le débarquement sur son territoire « est une condition *sine qua non* pour les missions de sauvetages des ONG »¹¹⁴.

Il s'agit de savoir quand la phase de détresse prend fin, dans la mesure où elle « détermine le droit au débarquement, en garantissant que la navigation dans les eaux territoriales de l'Etat d'accueil ne sera pas considérée par ce dernier comme un passage offensif »¹¹⁵. Dans le cadre du sauvetage en mer et la protection des réfugiés, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) estimait que « La responsabilité de porter secours constitue une obligation pour les capitaines de navire en vertu du droit maritime. Ce devoir s'impose dès le début du sauvetage et ne prend fin que lorsque les passagers ont été débarqués dans un lieu sûr »¹¹⁶. Néanmoins, l'article 9 du Règlement européen n°656/2014 ne le reprend pas.

Dans les Directives de l'OMI sur le traitement des personnes secourues en mer (OMI), un lieu sûr est un « endroit où les opérations de sauvetage sont censées prendre fin et où la sécurité des personnes secourues n'est plus menacée ; où les besoins humains fondamentaux (tels que des vivres, un abri et des soins médicaux) peuvent être satisfaits, et (où) des dispositions peuvent être prises pour assurer le transport des personnes secourues vers leur prochaine destination ou leur destination finale »¹¹⁷.

¹¹³ E. CUSUMANO et K. GOMBEER, « In deep waters : The legal, humanitarian and political implications of closing Italian ports to migrant rescuers, *Mediterranean Politics*, 2020, 25/2, pp. 245-253.

¹¹⁴ E. CUSUMANO, « Emptying the sea with a spoon? Non-governmental providers of migrants search and rescue in the Mediterranean », *Marine Policy*, 2017/75, pp. 91-98.

¹¹⁵ A. MIRON et B. TAXIL, « Requiem pour l'Aquarius. Les sauvetages en mer, entre instrumentalisation et criminalisation », *La Revue des droits de l'homme*, 2019/15, pp. 1-15.

¹¹⁶ Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Le traitement des personnes sauvées en mer : Conclusions et recommandations des récentes réunions et tables rondes d'experts organisées par le HCR*, Note d'information du 28 novembre 2007.

¹¹⁷ Point 6.12 de la Résolution IMO MSC.167(78).

Dans le cadre d'une pandémie, le risque est lié à la gestion du temps, car la maladie peut se propager rapidement, le navire n'a pas d'autre choix que de continuer à supporter les risques associés. L'Etat qui a été sollicité en premier se désengage et laisse un autre Etat gérer la situation. La gestion de l'accès des navires au port répond à une approche qui pourrait être qualifiée d'autocentrée, dans la mesure où les Etats évaluent les risques sanitaires pour leur population et les conséquences de l'accueil d'un navire sur les activités au sein de ses ports. On ne peut croire que derrière ce refus, même si des disparités territoriales dans les moyens peuvent être constatées, les Etats choisissent volontairement de laisser à d'autres Etats se débrouiller face à un navire en détresse.

Arnaud Montas remarquait la volonté des Etats de coopérer en vue du traitement et de l'accueil des personnes secourues en mer, mais les conventions n'ont pas été pensées « pour les migrants maritimes, pour lesquels les politiques nationales en matière migratoire ne se révèlent pas toujours compatibles avec les règles solidaires du droit de la mer relatives à la sauvegarde de la vie humaine en mer »¹¹⁸. L'approche pourrait être reprise dans le cadre de la des politiques nationales en matière de santé publique.

Pour l'OMS, « la prévention de la maladie comprend des mesures qui visent non seulement à empêcher l'apparition de la maladie, telle que la lutte contre les facteurs de risque, mais également à en arrêter les progrès et à en réduire les conséquences »¹¹⁹. Hélène De Pooter explique d'ailleurs que la lutte contre la propagation internationale des maladies infectieuses fait l'objet d'une coopération internationale depuis le milieu du XIX^{ème} siècle¹²⁰. Dans une Déclaration conjointe concernant les mesures prises face à l'épidémie de la Covid-19¹²¹ du 13 février 2020, l'OMS et l'OMI précisent que « les autorités des Etats du pavillon, les autorités des Etats du port et les régimes de contrôle par l'Etat du port, les compagnies et les capitaines devraient coopérer dans le contexte actuel de l'épidémie, pour s'assurer que, lorsqu'il y a lieu, les passagers puissent embarquer et débarquer ».

Au-delà des malades, il est important d'évoquer les membres d'équipage. Il est indispensable qu'ils puissent revenir sur terre ferme et repartir dans l'Etat dont ils sont ressortissants. La Convention du travail maritime (Genève, 2006) adoptée par l'Organisation internationale du Travail (OIT) prévoit que « tout Membre s'assure que tous les gens de mer qui travaillent sur des navires battant

¹¹⁸ A. MONTAS, C. GENANCEAU, « L'Aquarius », *Le Droit Maritime Français*, 2018, pp. 675-688.

¹¹⁹ OMS, *Glossaire de la promotion de la santé*, 1998, Genève, 25 pages.

¹²⁰ H. DE POOTER, *Aperçu de la coopération internationale en matière de surveillance et de riposte aux pandémies*, in T. FLEURY-GRAFF, G. LE FLOCH (dir.), *Santé et droit international*, Actes du colloque de Rennes I de la SFDI, Pedone, Paris, 2019, pp. 225-245.

¹²¹ Organisation mondiale de la santé et Organisation maritime internationale, *Déclaration conjointe concernant les mesures prises face à l'épidémie du Covid-19*, 13 février 2020, en ligne : <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HofTopics/Documents/FR.pdf>.

son pavillon sont couverts par des mesures appropriées pour la protection de leur santé et ont accès à des soins médicaux rapides et adéquats pendant la durée de leur service à bord »¹²². Les membres de la Commission tripartite spéciale de la Convention du travail maritime (MLC, 2006) ont, par une Déclaration conjointe du 31 mars 2020, demandé aux Etats membres de l'OIT de traiter les gens de mer « comme des travailleurs essentiels et n'être soumis à aucune restriction de voyage durant la pandémie de COVID-19 » et de « faire tout leur possible pour faciliter l'acheminement à bord des navires de fournitures médicales essentielles, de carburant, d'eau, de pièces détachées et de vivres »¹²³. De plus, la Fédération internationale des ouvriers du transport et la Chambre internationale de la marine marchande (ICS) ont adressé une lettre ouverte conjointe aux agences des Nations Unies responsables du transport maritime mondial. Les Etats sont appelés à « garder les ports du monde ouverts » pour les visites des navires commerciaux et « faciliter les changements d'équipage et le mouvement des équipages des navires avec le moins d'obstacles possible »¹²⁴. Pour reprendre une affirmation qui a été largement employée, le virus ne connaît pas de frontière. Le Conseil scientifique français Covid-19 a d'ailleurs précisé ne pas identifier « d'argument scientifique en faveur d'un impact de la fermeture des frontières sur l'évolution de l'épidémie. Dans un contexte d'épidémie généralisée en France, la fermeture des frontières n'aura pas d'impact notable sur les chaînes de transmission, qui sont locales »¹²⁵. Au sein de l'Union européenne, le Parlement partage l'idée et souligne d'ailleurs que « la pandémie ne connaît ni frontières ni idéologies, et qu'elle requiert la coopération et la solidarité de l'ensemble de la communauté internationale ainsi qu'un renforcement du système de l'Organisation des Nations unies dans son ensemble, et de l'OMS en particulier »¹²⁶.

Face à une situation sanitaire très singulière liée à la pandémie Covid 19, et après un certain unilatéralisme observé au début, les Etats ont affiché leur volonté de coopérer mais avec peu de coordination, l'urgence à gérer l'explique certainement. « Dans les faits, l'importance et la rapidité de la pandémie de la Covid 19 et peut être le déficit d'autorité morale de l'OMS ont entraîné des

¹²² Règle 4.1., paragraphe 1 de la Convention du travail maritime, , texte de sa version modifiée, en ligne : www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_554773.pdf.

¹²³ Special Tripartite Committee of the Maritime Labour Convention, 2006, as amended, Statement of the Officers of the STC 1 on the coronavirus disease (COVID-19), 30 March 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/statement/wcms_740130.pdf.

¹²⁴ International Chamber of Shipping and International Transport Workers' Federation, Joint open Letter to United Nations Agencies from the global maritime transport industry facilitating crew changes to keep world trade moving throughout the Covid-19 crisis, 19 March 2020, <https://www.itfglobal.org/sites/default/files/node/news/files/Joint%20open%20letter%20to%20UN%20agencies%20from%20global%20maritime%20transport%20industry%20and%20seafarers.pdf>.

¹²⁵ Avis du 12 mars 2020 du Conseil scientifique Covid-19, en ligne : https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis_conseil_scientifique_12_mars_2020.pdf.

¹²⁶ Point 47 de Résolution du Parlement européen du 17 avril 2020 sur une action coordonnée de l'Union pour combattre la pandémie de COVID-19 et ses conséquences (2020/2616(RSP)).

mesures très diverses selon les ports, où le souci de protection de la santé publique l'a très souvent emporté sur celui de la libre pratique, surtout pour les navires de croisière »¹²⁷. Chaque Etat a adopté une stratégie qui lui était spécifique et défini ses propres règles sans qu'il y ait une démarche de concertation préalable. Cette insuffisance est en voie d'être corrigée dans la mesure où les Etats commencent à réfléchir à une gestion commune et pertinente des conséquences de la pandémie.

CONCLUSION

Conscients de la complexité de la situation, les armateurs ont pris la décision de rapatrier à leur port d'attache leurs navires en donnant la priorité à la sécurité et la santé des passagers et des membres d'équipage. Ils ont également opté pour une suspension ou une annulation des prochaines croisières, ce qui n'est pas sans conséquences économiques¹²⁸. « Au-delà des navires, c'est la croisière qui est confrontée à la crise et en trois temps » : l'arrêt des paquebots et la suppression des services ; une remise en cause de la croisière comme industrie du tourisme à l'image de l'avion et des clubs de vacances ; une désaffection profonde pour la croisière »¹²⁹. Le monde de la croisière n'est néanmoins pas le seul secteur à être impacté par les effets de la pandémie : le transport maritime, la pêche et les marines de guerre le sont aussi à des degrés divers¹³⁰. Plus encore, l'économie dans sa globalité est bouleversée. C'est dire, si besoin il est de le rappeler, qu'il y a une véritable interconnexion entre le droit et l'économie, le droit protège les activités économiques qui, en retour, se nourrissent de ces règles.

Comme pour tout navire, des mesures ont été adoptées pour limiter la propagation du coronavirus à bord. A partir de l'évaluation de leur efficacité, certaines seront certainement maintenues, d'autres renforcées. Quoiqu'il en soit, la pandémie conduira les compagnies de croisière à adapter leur offre touristique. On peut rappeler l'importance du risque, « face à ce besoin de sécurité de plus en plus indispensable pour le touriste, les professionnels ont dû s'adapter en l'intégrant dans leurs offres commerciales »¹³¹. Les personnes qui

¹²⁷ Institut Français de la Mer, Comité Toulon Provence Corse, « L'accès aux ports en situation de pandémie », *Fiche Documentaire IFM*, 2020, 5/20.

¹²⁸ L'association internationale des compagnies de croisière (CLIA-France) estime la perte pour l'économie française à environ 869 millions d'euros en cas d'un arrêt d'activité durant trois mois. E. DICHARRY, « Coronavirus : la croisière à quai, un manque à gagner de près de 900 millions d'euros pour la France », *Les Echos* du 27 avril 2020.

¹²⁹ P. TOURRET, « Pandémie planétaire Premiers effets maritimes », Note de Synthèse ISEMAR, 2020/220.

¹³⁰ P. HEBRARD, « L'impact du Covid-19 sur le monde maritime », *Note de la Fondation pour la recherche stratégique*, 2020, 24/20.

¹³¹ R. YOUSFI-BACHIR, J. SCHAAPER, « Les déterminants du risque perçu par le touriste français lors du choix d'une destination touristique : un modèle conceptuel », *Question(s) de management*, 2017/16, pp. 49-59.

associent des risques variés au tourisme international, comme la santé ou le terrorisme, sont moins enclines quitter la maison¹³². A l'avenir, les touristes intégreront certainement plus le risque sanitaire dans le choix de leurs voyages. Le comportement des compagnies maritimes dans la gestion de la crise sanitaire de la Covid 19 pourrait être déterminant dans la réflexion menée.

Mais, quelles que soient les mesures prises à bord du navire, il est indispensable d'éviter toute rupture relationnelle entre les navires et la terre. Le maintien de l'interface navire-port est cruciale en présence d'une épidémie et l'aide des autorités nationales à terre déterminante. La place des autorités portuaires reste fondamentale ne serait-ce que pour des raisons de logistique. La situation pandémique est une situation de crise et comme toute situation de crise, la gestion nécessite la présence et l'interaction de tous les acteurs de la chaîne, des armateurs aux Etats.

Historiquement, la régulation des activités en mer ne s'est pas faite de manière prospective mais de manière réactive¹³³. Même si on aurait aimé qu'elles soient évitées, des catastrophes humaines ou environnementales ont été salutaires car elles ont entraîné une prise de conscience collective de l'intérêt d'avoir de nouvelles règles ou une meilleure application des règles. La crise de la Covid19 présente l'intérêt de montrer que dans la gestion de l'accueil des navires de croisière au port les autorités nationales peuvent s'appuyer sur des textes. Les principales conventions maritimes consacrent la détresse en mer. Lorsque l'Etat considère que le navire est en détresse, il peut décider de l'assister.

Par son ampleur mondiale, la pandémie de la Covid-19 interpelle néanmoins les Etats, les organisations internationales mais également les entreprises ainsi que les structures publiques et privées. L'idée d'une collaboration mieux structurée est plus que jamais d'actualité. Dans le droit conventionnel, il est habituel de laisser le dernier mot à l'Etat dans des situations exceptionnelles. Cette démarche présuppose le respect par ce dernier de ses engagements internationaux. Il est plus qu'urgent de tirer les leçons de cette crise en réfléchissant à une stratégie concertée pratique et engageante pour les Etats à l'image des coopérations mises en avant en cas de pollution majeure¹³⁴. Une approche unilatérale ne devrait être qu'une exception et n'être envisagée que lorsqu'une approche collective fait défaut. Sans avoir à créer de nouvelles

¹³² S. SÓNMEZ, A.R. GRAEFE, « Influence of Terrorism Risk on Foreign Tourism Decisions », *Annals of Tourism Research*, 1998, 25/1, pp. 112-144.

¹³³ Le naufrage du Titanic en 1912 a permis l'adoption de la première Convention SOLAS en 1914. Elle a fait régulièrement l'objet de modifications à la suite d'autres naufrages retentissants tels les naufrages de l'*Estonia*, l'*Herald of Free Enterprise*, l'*Erika* et le *Prestige* pour ne citer que ces exemples.

¹³⁴ Des accords régionaux existent entre les Etats. Par exemple : Plan d'intervention Franco-Espagnol en cas de sinistre en Atlantique plus connu sous le nom de « Biscaye Plan » est un Accord opérationnel entre la Préfecture Maritime de l'Atlantique et la Société de Sauvetage et de Sécurité Maritime espagnole (SASEMAR). Signé le 25 novembre 1999, il a été amélioré depuis, la troisième version date du 10 décembre 2019.

règles, il serait intéressant que les Etats adossent à leurs réglementations des lignes directrices pour que la coopération qu'ils ambitionnent puisse, en période de pandémie mondiale, faciliter la gestion des navires de croisière afin de permettre aux passagers et membres d'équipage de se voir reconnaître un droit légitime à rentrer chez eux.

RÉSUMÉ

Le secours en mer, obligation essentielle dans un milieu aussi hostile que la mer, est une ancienne institution largement acceptée et consacrée par les différentes réglementations maritimes pertinentes. Dans sa zone de souveraineté, l'Etat côtier a la responsabilité de sa propre sécurité mais aussi d'une certaine manière de celle des navires étrangers appelés à naviguer dans ses eaux. Ce droit fonctionnel répond à la nécessité d'assurer la sécurité mais aussi à la nécessité tout aussi grande d'agir pour le compte de la communauté internationale en préservant la vie humaine en mer.

Dans le contexte pandémique de la COVID-19, les Etats, craignant de voir débarquer sur leur territoire plusieurs centaines de passagers atteints par le virus, adoptent des mesures restreignant l'accès à leurs ports au nom de leur ordre public national.

L'absence d'une stratégie commune, européenne ou internationale, clairement définie rend la prise de décision complexe. Chaque Etat va adopter une démarche singulière et sous-peser les différents intérêts en présence : la préservation de son ordre public et l'obligation de répondre aux besoins des personnes en détresse.

SUMMARY

Rescue at sea, an essential obligation in an environment as hostile as the sea, is an old institution widely accepted and enshrined in the various relevant maritime regulations. In its areas of sovereignty, the coastal State has the responsibility for its own security but also, in a certain way, for ships sailing in its waters with another flag. This functional right an answer to the necessity to ensure security but also to act on behalf of the international community by preserving human life at sea.

In the pandemic context of COVID-19, States, fearing that several hundred passengers, would land on their territory affected by the virus, adopt measures restricting access to their ports in the name of their national public order.

The absence of a clearly defined common strategy (European or international) makes decision-making complex. Each State will adopt a singular approach and underestimate the various interests at stake : the preservation of its public order and the obligation to help people in distress.

RESUMEN

El socorro en el mar, una obligación esencial en un medio tan hostil como el mar, es una antigua institución ampliamente aceptada y consagrada por las diferentes reglamentaciones marítimas pertinentes. En su zona de soberanía, el Estado ribereño tiene la responsabilidad de su propia seguridad, pero también, en cierto modo, de la de los buques extranjeros llamados a navegar en sus aguas. Este derecho funcional responde a la necesidad de garantizar la seguridad, pero también a la necesidad igualmente grande de actuar en nombre de la comunidad internacional preservando la vida humana en el mar.

En el contexto de la pandemia de la COVID-19, los Estados temen que varios centenares de pasajeros afectados por el virus puedan desembarcar en su territorio y adoptan medidas que restringen el acceso a sus puertos en nombre de su orden público nacional.

La falta de una estrategia común europea o internacional claramente definida hace que la toma de decisiones sea compleja. Cada Estado adoptará un enfoque singular y subestimarán los diferentes intereses en juego: el mantenimiento de su orden público y la obligación de responder a las necesidades de las personas en peligro.

NOTE

L'INSTRUMENTALISATION ET L'ARSENALISATION DE LA REGLE DE DROIT A DES FINS POLITIQUES OU MILITAIRES ET SES CONSEQUENCES SUR L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL : QUELLE STRATEGIE DE RIPOSTE ?

Jean-Emmanuel PERRIN

*Commissaire des armées (Marine)
Directeur adjoint du Département Militaire
Institut International de Droit Humanitaire*

Ces dernières années ont vu le développement du concept de *Lawfare*¹, qui s'efforce de montrer comment la règle de droit peut être manipulée, interprétée, déformée, dans le but de satisfaire un objectif donné ; il constitue aujourd'hui un outil privilégié des acteurs étatiques ou non étatiques dans la conduite des hostilités qui les opposent et celui-ci s'épanouit particulièrement dans un contexte intermédiaire entre la paix et la guerre, espace dans lequel prédomine le principe de compétition stratégique.

Il n'existe à ce jour en France, aucune étude exhaustive sur le sujet de *Lawfare*, qui reste pour l'instant traité et développé essentiellement dans la sphère du monde académique anglo-saxon. Seul l'Etat israélien semble mettre en œuvre aujourd'hui, et ce de manière empirique, des méthodes visant à contrer des actions de *Lawfare* dont il est la cible et dont le Hamas est le principal auteur ; de même, certains états-majors de l'OTAN commencent à développer une doctrine portant sur la mise en œuvre d'« opérations juridiques », mais celle-ci n'est pas encore unanimement acceptée et ne fait pas, jusqu'à ce jour, l'objet d'une application au plan opérationnel.

Pour autant, l'instrumentalisation du droit comme un outil permettant d'atteindre un objectif politique ou opérationnel précis, et son arsenalisation, qui consiste à transformer la règle de droit en arme de substitution à des moyens de guerre plus conventionnels, correspondent à une réalité vécue par nos

¹ *Lawfare* est la contraction des mots Law et Warfare.

démocraties modernes, bien que celle-ci soit assez mal appréhendée par nos décideurs tant politiques que militaires.

Le corollaire le plus toxique lié à l'utilisation de la règle de droit à l'encontre d'un adversaire potentiel ou avéré se trouve dans le risque fort d'un affaiblissement de la règle de droit elle-même, qui représente une pierre angulaire des valeurs sur lesquelles sont fondées nos sociétés modernes. Il convient dès lors de s'interroger sur les moyens et méthodes existants ou à créer qui permettraient de répondre à ce risque de la manière la plus efficace qui soit, y compris dans le cas de figure où nos Etats, attachés au respect des droits fondamentaux reconnus à chaque être humain, décideraient d'utiliser la règle de droit en forme de riposte aux actions hostiles dont ils sont l'objet.

Afin d'ébaucher la forme que pourrait prendre la réponse à cette question, cet article se propose d'aborder dans un premier temps la question de l'origine du *Lawfare*, les objectifs poursuivis, ses domaines d'application, les acteurs qui mettent en œuvre de telles techniques ; la description des moyens et méthodes utilisés pour la mise en œuvre pratique d'actions de *Lawfare*, sera ensuite illustrée par des exemples concrets de son utilisation ; enfin, la question de l'étude de méthodes visant à contrer de telles actions sera abordée, ainsi que celle de la nécessité de la mise en place d'une déontologie adaptée à la mise en œuvre d'un tel outil ou d'une telle arme.

I. D'OU VIENT LE *LAWFARE* ?

Le terme de *Lawfare* fut utilisé pour la première fois par Charles Dunlap² en novembre 2001, lors de son intervention « *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts* », préparée pour la conférence organisée par le Centre Carr pour les droits Humains, le 29 novembre 2001 à Harvard.

Selon Ch. Dunlap, le *Lawfare* est une méthode de guerre en application de laquelle la loi est utilisée comme un moyen d'atteindre un objectif militaire en substitution de moyens militaires conventionnels. Le *Lawfare* constituerait ainsi « *la forme la plus récente de combat au XXI^{ème} siècle* ». Dans les travaux d'origine de Ch. Dunlap, le droit peut être utilisé pour de bonnes mais aussi pour de mauvaises raisons, selon l'humeur ou la volonté de celui qui utilise cette « arme » ; ainsi, en 2011, cet ancien officier américain décrit-il le *Lawfare* comme le concept « *se focalisant sur les circonstances dans lesquelles le droit peut créer les mêmes effets que ceux qui seraient normalement recherchés à*

² Le général de division américain Charles J. Dunlap Jr. (né le 16 juin 1950) a pris sa retraite en février 2010 en tant que juge-avocat général adjoint de l'état-major de l'armée de l'air américaine à Washington, D.C.

l'aide d'approches conventionnelles de belligérance »³ ; il le désignait comme un outil de prédilection de la zone grise, facile à mettre en œuvre par des acteurs non étatiques, peu coûteux et susceptible de créer un impact significatif sur le déroulement des opérations. Cette pratique revient pour les opposants à la puissance américaine à manipuler cyniquement l'Etat de droit et les valeurs humanitaires qu'il défend afin d'accréditer la thèse selon laquelle les Etats-Unis conduiraient les hostilités face à leurs adversaires en violation de la lettre ou de l'esprit du droit des conflits armés. Ceux-ci s'efforcent ainsi de saper le soutien public indispensable à toute démocratie qui s'engage dans la conduite d'interventions militaires.

L'utilisation de la loi à des fins politiques n'est pourtant pas une nouveauté ; il suffit en effet pour cela de se souvenir, par exemple, que Hugo de Groot, dit Grotius, lorsqu'il publie son ouvrage « *De Mare Liberum* » en 1609, répondait déjà en réalité à une commande de la compagnie hollandaise des Indes orientales, soucieuses de conserver un libre accès à la mer pour la préservation et la prospérité de ses activités commerciales. La démarche adoptée alors par l'avocat général de la Hollande pour soutenir cet objectif ô combien essentiel à la prospérité de la Hollande, consista à élaborer une théorie susceptible de contrecarrer la puissance navale portugaise en légitimant la contestation des biens acquis en Océan Indien par cette dernière. Il ne fit rien d'autre, par l'élaboration du principe de liberté des mers et la contestation de toute démarche d'appropriation de l'espace de la haute mer, qu'asseoir les intérêts politiques de ses maîtres.

L'ouvrage de Grotius proposait en effet d'adopter le point de vue selon lequel « *la mer appartient à tous* », autorisant par voie de conséquence toutes les Nations à en faire usage pour faire commerce. Près d'un siècle plus tard, cette vision du monde se trouvait être partagée par la plupart des grandes nations maritimes ; Grotius avait ainsi réussi là où la flotte hollandaise avait échoué à s'imposer ; ce fut, à n'en pas douter, un succès de *Lawfare* avant l'heure.

Le *Lawfare* est allé au-delà de l'obtention de simples avantages stratégiques par les Etats-Nations. Il y eut en effet au cours du siècle passé de nombreux exemples de recours en justice utilisés par exemple contre le Congo belge, l'Irlande, l'apartheid en Afrique du Sud ou les actions de guerre menées par les Etats-Unis en Irak, chacune d'elle ayant pour fin de faire cesser ce qui pouvait être perçu comme une intrusion dans le principe d'autodétermination des peuples. Plus proche de nous dans le temps, le monde occidental a assisté au cours des dix dernières années à une augmentation constante des tactiques de *Lawfare* utilisées par certains groupes terroristes islamistes visant directement à affaiblir la croyance des citoyens nord-américains et européens dans les droits

³ Libre traduction de l'auteur.

fondamentaux des droits de l'homme ; une telle stratégie permettrait de contrebalancer, voire de justifier, certaines pratiques et usages de l'islam radical et de porter l'attention de l'opinion publique davantage sur les infractions aux droits de l'homme commises par ces grandes Nations démocratiques plutôt que sur les méfaits du terrorisme radicalisé.

II. LES OBJECTIFS DU *LAWFARE* : EXTENSION DU DOMAINE DE LA LUTTE

La définition du « *Lawfare* » de Charles Dunlap comme étant la stratégie consistant à utiliser la règle de droit, ou à en abuser, comme substitut à des moyens de guerre conventionnels, dans le but d'atteindre un objectif opérationnel, a tout d'abord confiné l'utilisation de la règle de droit à des fins purement militaires et a pu être jugée trop restrictive, dans la mesure où celle-ci ne semblait se limiter qu'aux circonstances de conflictualité ouverte.

Or, c'est justement dans ce contexte de conflit armé que le terme de *Lawfare* a progressivement été perçu comme étant de moins en moins neutre dans son application et a pris un ton de plus en plus péjoratif, voire polémique dans le discours populaire et politique⁴. Sa propagation et son influence sur le discours politique s'est produit en marge de la guerre contre le terrorisme dirigée par les Etats-Unis, dont les abus ont été rapportés en maintes occasions ; ce contexte délétère a favorisé l'attribution d'une connotation moralement ambiguë au concept de *Lawfare* dont il peine à se défaire complètement aujourd'hui encore.

C'est pourquoi il a paru nécessaire pour certains de démontrer le bénéfice avéré d'utilisation de la règle de droit à des fins politiques ou géopolitiques, avant même que cette utilisation ne s'inscrive dans un contexte de conflit ouvert. Les travaux conduits par l'OTAN sur ce sujet ont permis d'élargir sensiblement la définition du terme de *Lawfare* pour lui donner une acception plus large, et le décrire comme « *L'usage (y compris abusif) du droit par certains acteurs dans le but délibéré de légitimer leurs propres actions et entreprises et de renforcer positivement leurs propres capacités ou dans le but de délégitimer les actions et entreprises de leurs adversaires en impactant négativement leurs capacités* ». Cette définition, plus large que celle élaborée par Ch. Dunlap, permet d'envisager l'utilisation de cette « arme » dès le temps de paix, et plus particulièrement de décrire l'emploi d'un tel outil dans la zone grise du « ni paix, ni guerre », zone privilégiée dans laquelle s'expriment les nouvelles formes de conflictualité.

⁴ David LUBAN, Carl Schmitt and the Critique of *Lawfare*, 43 CASE W. RES. J. INT'L L. 457, 458 (2010).

III. LES DOMAINES D'APPLICATION DU *LAWFARE*

Une action de *Lawfare* peut s'inscrire dans différents domaines du droit, en vue de produire des effets dans différents domaines de la vie d'un Etat ou d'une organisation.

Tout d'abord, une action de *Lawfare* peut utiliser différents vecteurs du droit, chacun ayant le potentiel de produire ses effets sur les autres domaines concernés. Ainsi, le droit international apparait comme étant le domaine du droit le plus souvent visé, notamment lors de la mise en œuvre d'actions relevant du *Lawfare* instrumental. Le droit international devient le domaine privilégié dans lequel sont mises en œuvre des actions portant notamment sur la dénonciation, la révision ou la suspension d'accords internationaux. Il est également le lieu où s'expriment des divergences d'interprétation de certaines clauses ou stipulations d'un traité, toutes ayant pour objectif premier de servir les intérêts stratégiques d'un Etat, acteur par essence souverain et incontesté dans ce domaine du droit.

L'autre domaine d'action du *Lawfare* est celui qui touche à la loi nationale. Si un Etat ne peut contester les dispositions législatives adoptées par un autre Etat, il peut en revanche, avec une certaine efficacité, adopter lui-même des lois ou des règlements qui produiront leurs effets sur la scène internationale. Il peut s'agir par exemple de lois imposant une forme de préférence nationale pour l'utilisation de certains produits et, par voie de conséquence, la limitation de l'importation de produits provenant de certains pays en particulier. La loi nationale est par essence le domaine dans lequel s'épanouit le mieux le *Lawfare* économique.

Enfin, le développement du contentieux formé devant les cours de justice internationales ou nationales, forme le dernier domaine dans lequel se retrouvent des actions potentielles de *Lawfare*. Dans le cas particulier de l'effet d'une décision de justice sur le règlement de différends internationaux ou sur le cours d'une confrontation entre deux pays, une action de *Lawfare* ne portera pas tant sur la décision elle-même que sur la manière dont il sera possible d'influencer les acteurs de la décision, et sur le moyen d'altérer leur jugement en vue d'obtenir une décision favorable aux intérêts servis par l'Etat à l'origine du *Lawfare*.

Enfin, qu'il s'agisse du droit international, de la loi nationale ou des décisions de justice, les actions de *Lawfare* sont elles-mêmes taillées sur mesure en fonction du domaine dans lequel elles cherchent à produire des effets. A cet égard, les actions de *Lawfare* privilégieront le choix du vecteur juridique le plus pertinent, selon qu'elles cherchent à affecter, par exemple, le domaine économique, politique, social, sanitaire ou militaire d'une Nation.

IV. LES ACTEURS DU *LAWFARE*

Les principaux acteurs du *Lawfare* sont au premier chef les sujets de droit international, c'est-à-dire les Etats et les organisations internationales dotées de la personnalité juridique. En tant que tels, les Etats, qui disposent de la personnalité juridique, disposent de la capacité à faire usage de toute la palette des outils à leur disposition en droit international. Ils peuvent ainsi adopter des lois nationales ayant un impact sur la conduite de leurs relations internationales (les mesures relatives à la restriction d'importation de certains produits en provenance de l'étranger, voire leur interdiction pure et simple, en constituent une bonne illustration) ; ils peuvent aussi décider de s'engager dans la signature et la ratification d'accords intergouvernementaux bilatéraux ou multilatéraux, procéder à leur interprétation d'une manière cohérente avec la préservation de leurs intérêts, ou choisir de mettre un terme à certains de leurs engagements internationaux.

Dans un contexte de guerre hybride et asymétrique de plus en plus généralisée, il n'est cependant pas rare d'assister à l'émergence de nouveaux acteurs disposant d'une capacité réelle, même si celle-ci se révèle moins étendue que celles d'un Etat, de recourir à des actions de guerre juridique. Il peut s'agir plus spécifiquement d'acteurs non-étatiques, de groupes terroristes, d'organisations non gouvernementales, d'entreprises multinationales, voire d'individus. Ces entités utilisent alors principalement le levier d'asymétrie de valeurs⁵ pour obliger les Etats contre lesquels ils se battent à devoir justifier leurs actions, non seulement devant les médias mais également devant les tribunaux, le cas échéant.

V. LES MOYENS ET MÉTHODES UTILISÉS DANS LE DOMAINE DU *LAWFARE*

Orde Kittrie, auteur du livre « *Law as a weapon of war : LAWFARE* », paru en 2016 aux presses universitaires d'Oxford, identifie dans son ouvrage deux formes de *Lawfare* distinctes, chacune d'entre elles ayant le potentiel d'affaiblir la règle de droit en raison de ses effets sur la valeur que nous reconnaissons à celle-ci.

Selon la typologie élaborée par l'auteur, il existe deux formes principales d'instrumentalisation de la règle de droit, qui ont chacune recours à des méthodes particulières, décrites sommairement dans ce paragraphe : la première est évoquée sous le terme de *Lawfare* instrumental et décrit principalement la manière dont le recours à la règle de droit peut s'inscrire en substitution de moyens de guerre conventionnels en vue d'atteindre, avec le même succès,

⁵ Cf. paragraphe 5 du présent article : Les moyens et méthodes utilisés dans le domaine du *Lawfare*.

les objectifs politiques et opérationnels assignés à la force. La deuxième renvoie à l'utilisation de la règle de droit comme effet de levier permettant de tirer avantage de l'asymétrie de valeurs appliquée par les adversaires en présence. Une étude plus approfondie du sujet permettrait peut-être d'identifier d'autres méthodes d'instrumentalisation et d'arsenalisation du droit qui n'ont pas encore été parfaitement définies à ce stade.

A. Le *Lawfare* instrumental

Le *Lawfare* instrumental est défini comme le *Lawfare* consistant en l'utilisation d'outils juridiques en vue de produire les mêmes effets que ceux produits par des moyens cinétiques conventionnels ; ainsi, dans le domaine du droit international, le recours au *Lawfare* instrumental peut prendre plusieurs formes : il peut s'agir par exemple de la création de nouvelles lois internationales susceptibles de désavantager l'adversaire : à titre d'exemple, l'incorporation dans le statut de Rome, à l'initiative de la Ligue Arabe, d'une violation grave des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, concernant « *le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire* »⁶ a-t-elle eu pour effet d'introduire dans le corpus juridique international une préoccupation tirée d'un cas particulier, ouvrant la voie à de possibles condamnations d'Etats se mettant en infraction avec cette disposition.

Le *Lawfare* instrumental peut également prendre la forme d'une réinterprétation de la loi internationale existante de manière désavantageuse pour l'adversaire ; la réinterprétation à son avantage de certaines dispositions du droit de la mer par la République populaire de Chine en mer de Chine méridionale en constitue probablement l'illustration la plus manifeste.

La création de contentieux devant les cours de justice internationales est également un moyen privilégié de mise en œuvre du *Lawfare* instrumental : lorsque l'autorité palestinienne rejoint la cour pénale internationale, elle ne fait rien d'autre que rechercher l'obtention de condamnations d'officiels israéliens sur la base d'accusations de crimes de guerre commis dans la bande de Gaza ; lorsque les Etats-Unis refusent de ratifier ou lorsqu'Israël refuse même de signer le statut de Rome, ces Etats ne font rien d'autre en contrepartie que s'efforcer d'échapper à ce type d'actions judiciaires, dans le souci de protéger leurs ressortissants.

⁶ (art. 8.1.b.vii)

Enfin, l'utilisation de la loi internationale pour générer des enquêtes intrusives et longues par des organisations internationales, la génération de votes au sein des assemblées d'organisations internationales défavorables à l'adversaire et la génération d'avis consultatifs dans les forums internationaux sont aussi constitutifs de cas de *Lawfare* instrumental et les exemples ne manquent pas.

Le recours au *Lawfare* peut aussi s'exprimer par un usage du droit international comme fondement de la poursuite d'officiels appartenant à des pays tiers pour la commission de crimes de guerre, en vertu d'une compétence universelle : l'exemple des poursuites engagées par la Belgique contre M. Rumsfeld et Powell pour des accusations de crimes de guerre en Iraq constitue un cas d'école ; il aura fallu que le secrétaire à la défense américain menace de déménager les états-majors de l'OTAN hors de Belgique pour que la loi belge soit changée et que les autorités belges renoncent à l'exercice de cette compétence universelle et abandonnent les poursuites engagées contre ces deux personnages.

L'utilisation de la loi internationale comme fondement de la poursuite d'entreprises nationales devant les juridictions nationales pour des suspicions de crimes de guerre ou pour se défendre contre des accusations portées devant des tribunaux nationaux complète le tableau de cette instrumentalisation du droit international.

Le recours au *Lawfare* instrumental peut également intervenir par le biais de l'instrumentalisation de la loi nationale au plan national : l'adoption de lois et règlements obligeant des vendeurs étrangers de produits stratégiques à faire le choix entre le marché national ou celui de son adversaire potentiel est un moyen de procéder : ainsi, la loi américaine de 2010 relative à la fourniture de gaz à l'Iran et ses conséquences en termes de sanctions et d'éviction du marché national eut pour résultat immédiat une diminution de 90% des importations iraniennes.

B. Le *Lawfare* comme effet de levier de disparité ou d'asymétrie

La règle de droit peut également être instrumentalisée afin d'en user comme effet de levier permettant de tirer avantage de l'asymétrie de valeurs appliquées par les adversaires en présence : à titre d'exemple, l'utilisation de méthodes visant à faire apparaître son adversaire comme agissant en violation du droit international offre un double bénéfice : tout d'abord elle contraint les forces armées de l'Etat visé par cette « attaque » à s'imposer à elles-mêmes des contraintes supplémentaires qui auront potentiellement pour effet de les rendre moins efficaces sur le terrain ; ensuite, elle jette le discrédit sur l'action de ces forces auprès de leur opinion publique.

Il existe différentes idéologies qui décrivent différemment le respect à la règle de droit : la plupart des nations de ce monde, petites ou grandes, développées et en voie de développement, disposant d'un outil militaire important ou simplement embryonnaire, exigent que toutes les opérations militaires qu'elles conduisent, le soient dans le strict respect du droit international applicable ; d'autres nations, en revanche, ont une approche plus instrumentaliste de cette obligation du respect de la règle de droit ; ainsi, par exemple, le livre de la République Populaire de Chine intitulé « *les bases du droit international pour les soldats modernes* » porte-t-il mention de la phrase suivante : « *Nous ne devrions pas nous sentir complètement liés par des articles spécifiques et des stipulations qui desserviraient la défense de nos intérêts nationaux. En conséquence, nous devrions toujours appliquer les lois internationales avec flexibilité pour la défense de nos intérêts nationaux et notre dignité, en faisant attention aux aspects bénéfiques à notre pays tout en s'éloignant de ceux qui desservent nos intérêts* »⁷.

Ainsi, dans un contexte d'asymétrie des règles applicables au respect de la règle de droit, le fait qu'une nation déclare son attachement au respect de cette règle, sera en réalité utilisé par d'autres nations, ou encore des acteurs sub-étatiques, contre les intérêts de cette même nation ; Orde Kittrie n'hésite pas à affirmer ainsi que le fait que la Chine par exemple n'ait pas hésité à s'engager dans la signature d'instruments internationaux touchant à la non-prolifération de l'arme nucléaire, pouvait être compris comme le moyen utilisé par ce pays pour forcer ses rivaux potentiels, tels les Etats-Unis, le Japon ou la Corée du Sud, à se conformer aux dispositions de ces instruments, tout en prenant avantage de la situation pour poursuivre clandestinement la dissémination de la technologie nucléaire au profit d'Etats voyous. Cette affirmation est à mettre en perspective avec le retrait récent des Etats-Unis du traité sur les forces nucléaires à portée intermédiaire, conclu en 1987 avec la Russie, cette dernière déployant avec la même application un *Lawfare* de levier dont elle s'efforce de tirer le meilleur profit.

En effet, en matière de droit international, lorsque des dictateurs ou des présidents autocrates décident que leur pays signera et ratifiera des accords et traités internationaux, il n'est pas interdit de penser qu'ils prennent cette décision convaincus que ces lois internationales, en raison de leur ambiguïté ou de l'absence de mécanisme de mise en œuvre globale, peuvent faire l'objet de toutes sortes de manipulations dans leur interprétation et leur application ; ils peuvent ainsi tirer un bénéfice net de la ratification de ces instruments

⁷ Basics of International Law for Modern Soldiers 3 (Zhao Peiying ed., 1996), cité dans l'ouvrage de Jonathan G. ODOM, "A China in the Bull shop? Comparing the Rhetoric of a Rising China with the Reality of the International Law of the Sea", *17 Ocean and Coastal L.J.* 201, 222 (2012).

internationaux et de peu de conséquences négatives en termes de réputation s'ils ne se conforment pas à leurs obligations⁸.

De même, en poussant l'asymétrie aux relations d'un individu face un Etat, le fait pour un prisonnier de prétendre avoir été victime de mauvais traitements pendant sa période de détention est un autre exemple de l'utilisation de ce levier de conformité à la loi ; chaque allégation de mauvais traitement devra en effet faire l'objet d'une enquête qui aura, potentiellement, un impact sur le déroulement des opérations ; cette stratégie a été mise au jour par la découverte en 2009 par la police de Manchester, lors de la fouille d'un appartement servant de cache à Al Qaeda, d'un manuel d'entraînement qui faisait clairement la recommandation aux membres de cette organisation de prétendre avoir fait l'objet d'actes de tortures pendant leur détention et de se plaindre au tribunal des mauvais traitements qu'ils auraient subi en prison. Que ces faits soient avérés ou mensongers importe peu en réalité, car il leur suffit de mettre l'auteur des faits présumés dans l'obligation de se défendre et de justifier ses actes, neutralisant par là-même sa capacité à poursuivre son activité, que celle-ci soit vertueuse ou non.

En outre, dans un contexte de guerre larvée marquée par l'asymétrie des adversaires, le recours au *Lawfare* en levier de disparité ou levier d'asymétrie de valeurs constitue à la fois l'un des moyens les plus puissants pour défaire un adversaire plus puissant et plus respectueux des valeurs humanistes et du droit international, mais aussi le plus susceptible d'affaiblir l'ordre juridique international, sans qu'on puisse aujourd'hui mesurer précisément les conséquences d'un tel affaiblissement.

De fait, une telle pratique a son revers, et il n'est pas mince : en effet, si tout peut faire l'objet d'une argumentation, et si la croyance se diffuse selon laquelle les règles de droit ne sont pas de nature intangible, mais sont au contraire des ressources qui peuvent être organisées stratégiquement et présentées sous un angle rhétorique, alors la règle de droit finit par être perçue seulement comme un instrument de pouvoir dont l'objectif est de faire progresser les intérêts de groupes particuliers au détriment de l'intérêt général et de la préservation de la paix dans le monde.

La règle de droit n'est alors plus le reflet d'une forme de vérité immanente ou de principes intangibles de nature quasi-divine, ni même l'expression de l'intérêt général découlant d'un contrat social, mais le moyen de poursuivre des objectifs particuliers ; le professeur Bryan Tamanaha⁹ exprime d'ailleurs sa crainte que lorsque la règle de droit est perçue comme un puissant instrument [...], les combattants se battront pour le contrôle de sa mise en œuvre comme s'ils utilisaient une arme dans le règlement de différends de nature économique, sociale, politique ou religieuse.

⁸ Voir Roger W. BARNETT, *Asymmetrical Warfare* (2008).

⁹ TAMANAHA, B. (2006). *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of law* (Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511511073.

VI. QUELQUES EXEMPLES DE *LAWFARE*

Afin de mieux comprendre la nature de la menace à laquelle un Etat moderne comme le nôtre peut se trouver exposé, il peut se révéler particulièrement utile d'élaborer une cartographie des actions d'instrumentalisation du droit déjà existantes mises en œuvre par des acteurs déjà identifiés. Les recherches qui ont été menées en ce sens ont d'ores et déjà permis de recenser de nombreux cas, particulièrement variés et très instructifs, dans lesquels le droit peut être utilisé à des fins opérationnelles et/ou stratégiques.

Le premier exemple, qui constitue un exemple de *Lawfare* instrumental, concerne la manière dont la fédération de Russie a tiré un avantage très concret de la revendication de la zone économique exclusive se situant au large de la Crimée. Après l'annexion de la Crimée par les forces armées de la fédération de Russie, la « République de Crimée » a déclaré son indépendance. Dans un deuxième temps, la Russie a incorporé la « République de Crimée » au sein de son territoire par l'adoption d'un traité de réunification. Ce traité indique notamment dans son article 4 (paragraphe 3) que la délimitation des espaces maritimes de la mer Noire et de la Mer d'Azov serait effectuée sur la base des traités internationaux auxquels la fédération Russe est Partie et dans le respect des normes et principes du droit international. Ce n'est que dans un troisième temps que la Russie a déclaré une zone économique exclusive (ZEE), dont le tracé est basé sur les règles édictées par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Partant de cette déclaration unilatérale, il était en apparence légitime pour la Russie de se saisir des plateformes pétrolières se situant dans cette nouvelle ZEE.

Un autre exemple de *Lawfare*, cette fois-ci utilisant un levier d'asymétrie, concerne les actions judiciaires orientées contre l'OTAN et, en particulier, les accusations portées par un individu devant les autorités judiciaires allemandes de comportements pénalement répréhensibles commises par un haut responsable militaire de l'OTAN. Pendant les opérations militaires menées par les forces armées Russes en Crimée, le général Breedlove, exerçant alors les fonctions de commandant suprême pour l'Europe (l'un des deux commandements de niveau stratégique au sein de l'OTAN), avait pris l'initiative d'une campagne de communication visant à faire reconnaître l'attribution de ces actions de guerre hybride à la fédération de Russie. Peu de temps après, le bureau juridique du SHAPE fut informé d'un dépôt de plainte en Allemagne qui visait le général Breedlove, et reposant sur des accusations de nature à entamer la probité de l'homme, aussi bien que la réputation de l'organisation de l'OTAN qu'il représentait au plus haut niveau. Une enquête sur les origines de la plainte a permis d'attester que son auteur, d'origine bulgare, entretenait en réalité des liens avec la Russie et que son action avait été, selon toute vraisemblance, commanditée par cette dernière.

Enfin, les documents de doctrine tels qu'ils ont été développés par certaines organisations terroristes montrent l'attention qu'elles portent à l'utilisation de la loi comme outil de Lawfare en effet de levier d'asymétrie. Par exemple, le manuel d'Al-Qaeda évoqué précédemment dans cet article et trouvé à Manchester en 2001 par la police métropolitaine (désignée sous le terme de manuel de Manchester¹⁰), donne des instructions aux membres de l'organisation pour qu'ils utilisent, en cas d'arrestation, les procédures juridiques occidentales à leur profit et qu'ils prétendent en toutes circonstances avoir été victimes de tortures pendant le temps de leur détention, le but étant de mettre en question la légalité de leur arrestation et de leur détention. D'autres organisations et groupes armés terroristes disposent de documents de doctrine qui recommandent de la même manière à leurs membres d'utiliser et d'abuser des protections légales accordées par le droit international humanitaire (DIH), partant du constat que les Etats qui les combattent sont très sensibles au strict respect des obligations qui leur incombent au titre du droit international humanitaire.

Ces cas pratiques démontrent en réalité la puissance et l'efficacité de l'« arme juridique » lorsqu'elle est employée avec intelligence, dans les circonstances les plus appropriées et au bon moment. Pour s'en convaincre, il suffit de mesurer par exemple le coût relativement peu élevé de certaines de ces actions juridiques offensives (Flottille de Gaza, accusations contre des hauts responsables militaires servant à salir la réputation de l'OTAN sur la base de comportements pénalement répréhensibles) qui en mettent l'usage à la portée du plus grand nombre.

D'autres exemples tendent à montrer comment le droit peut être utilisé en vue d'atteindre un objectif stratégique/opérationnel précis. De notre agilité à identifier précocement et à contrer ces attaques juridiques dépend notre capacité à préserver le bon fonctionnement et la résilience de l'organisation, à garantir la sauvegarde de sa réputation ainsi que la conduite harmonieuse de nos activités de sécurité et de défense.

VII. CONTRER LE *LAWFARE*

A. La méthode des 3 i, base de l'identification d'une action offensive de *Lawfare*

Afin de permettre d'attester l'existence d'une action de *Lawfare* à notre rencontre, il apparaît nécessaire de définir certains paramètres et critères permettant l'objectivisation de cette démarche. En s'appuyant sur des travaux préliminaires conduits en partenariat avec les autorités israéliennes et prenant avantage du programme de partenariat établi avec l'université d'Exeter, le

¹⁰ Traduction en Anglais : https://www.globalsecurity.org/intell/library/reports/2001/al-qaeda_manualpart1.pdf

bureau juridique du SHAPE a procédé à la définition de trois critères distincts, évoqués sous le vocable des « trois i », répondant à ce besoin : une action offensive de *Lawfare* ne peut être qualifiée de telle qu'à la condition que soient identifiées l'existence d'une intention (de nuire à l'organisation ou à l'Etat ciblé, à sa réputation ou à ses opérations), l'utilisation d'instruments particuliers (permettant notamment de qualifier l'action offensive comme relevant du domaine juridique), et enfin que l'impact de cette action sur l'organisation ou l'Etat ciblé, sa réputation ou ses opérations¹¹, puisse être mesuré.

L'intention peut elle-même faire l'objet d'une cotation chiffrée permettant d'établir des scores plus ou moins élevés, selon par exemple que celle-ci est manifeste (l'intention de nuire est affichée ouvertement dans le domaine de la sphère publique et médiatique), démontrée (le travail de recueil de l'information, combiné au renseignement accumulé, permet de démontrer l'existence d'une intention qui n'est pas divulguée publiquement) ou simplement déduite (à partir des éléments recueillis émanant essentiellement de renseignements permettant de construire un faisceau d'indices). Le développement d'un réseau d'information juridique le plus large possible, composé aussi bien de chercheurs et d'universitaires que d'instituts militaires de veille stratégique, est essentiel à l'identification d'une intention maligne visant une organisation ou un Etat en particulier. De plus, l'élaboration d'une directive de niveau stratégique permettant d'orienter la vigilance dans le domaine juridique doit, à terme, permettre à l'Etat ou à l'organisation, de rassembler et d'analyser des informations provenant aussi bien de sources ouvertes que du monde du renseignement afin d'identifier tout fait, toute production juridique dont l'objet serait de porter atteinte à l'organisation ou à l'Etat ciblé.

Les instruments utilisés pour porter une action offensive de *Lawfare* peuvent être de nature variée, allant de la création de nouvelles (et apparemment banales) normes légales nationales (adoption de lois et de règlements qui peuvent avoir pour effet d'entraver l'action de l'organisation ou de l'Etat ciblé), en passant par le développement d'interprétations de traités et accords internationaux dans un sens qui peut être de nature à desservir les intérêts de telle organisation ou de tel Etat, pour aboutir par exemple à la remise en cause, devant des tribunaux nationaux ou internationaux, des privilèges et immunités fonctionnels reconnus à une organisation internationale ou ternissement de la réputation de personnages hauts placés, civils ou militaires,. Les voies utilisées pour porter l'action offensive donnent d'ores et déjà une indication sur la manière dont pourra être conduite la réponse à celle-ci ; il pourra ainsi être décidé de privilégier une réponse de nature institutionnelle (diffusion par exemple d'un communiqué indiquant la position de l'organisation ou de l'Etat concerné en

¹¹ Le terme d'opérations est ici considéré dans son acception la plus large et englobe notamment l'ensemble des activités de sécurité et de défense entreprises par l'OTAN.

réponse à cette action offensive), académique (publication d'un article de fond battant en brèche les arguments juridiques développés par l'adversaire), ou juridique et judiciaire (dépôt de plainte en diffamation, introduction d'un recours en justice défendant les immunités ou portant sur le fond).

Enfin, la mesure de l'impact d'une action juridique offensive permet d'établir les domaines sur lesquels elle concentre principalement ses effets (dans le domaine opérationnel par exemple, politique et organisationnel ou encore lorsque l'action en question touche à la réputation de l'organisation ou de l'Etat visé et de ceux qui la représentent). Cette mesure doit aussi permettre de procéder à une évaluation de l'importance des dommages causés. La nature et la force de la contre-offensive seront en grande partie définies par le résultat de la lecture combinée des « trois i ».

C'est à ce stade de l'identification de l'action offensive qu'intervient la démarche d'objectivisation évoquée précédemment. A titre d'exemple, les instruments utilisés pour porter l'attaque juridique sont identifiés comme couvrant la totalité du spectre des actions possibles, que celles-ci se révèlent de nature légale ou illégale. Celles-ci sont regroupées selon le domaine dans lequel elles s'exercent, celui par exemple du droit international, du droit national ou celui des médias. L'interprétation d'un traité ou d'un accord international qui servent les intérêts d'un Etat donné mais qui desservent ceux de l'organisation ou de l'Etat ciblé, de même que les démarches visant pour un Etat à obtenir sa suspension ou le retrait de l'Etat de ce traité, ou à en reconnaître l'invalidité, sont des instruments qui peuvent être mis en œuvre par un adversaire potentiel pour porter une attaque juridique.

Au plan national, l'adoption d'une loi ou d'un règlement ayant pour effet de contrecarrer ou d'entraver l'action d'une organisation internationale ou d'un Etat, constitue également un moyen pour un Etat de parvenir à ses fins. L'impact d'une action offensive peut lui aussi être mesuré assez précisément, selon que l'attaque subie affecte par exemple la cohésion de l'organisation, entame la réputation des personnes qui la représentent au plus haut niveau, ou touche aux immunités et privilèges fonctionnels reconnus par le droit national et/ou international aux entités qui la constituent. L'impact d'une action offensive juridique peut aussi être mesuré concrètement en fonction des conséquences pour l'organisation ou l'Etat concerné en termes de liberté de mouvement de ses propres forces, de moral des troupes, ou de conditions liées à l'usage de la force. L'existence d'une intention de nuire peut également faire l'objet d'une évaluation précise, qui repose sur son caractère ouvertement assumé ou au contraire sur le fait que celle-ci soit délibérément masquée.

Au bout du compte, ce ne sont pas moins de 9 critères d'évaluation différents qui ont été retenus pour évaluer la nature de l'intention, 16 pour mesurer la force et la nature de l'impact et 52 pour les instruments. La matrice élaborée par

le SHAPE permet ainsi plus de 7 400 combinaisons possibles entre les « trois i », dont le résultat est un score, qualifié de « score *Lawfare* ». Ce score permet d'évaluer l'incident dans un spectre allant des actions juridiques non-hostiles jusqu'aux actions manifestement offensives portées contre l'organisation, indiquant aussi l'intensité de cette action offensive, qui pourrait atteindre le qualificatif d'attaque dans certains cas, voire d'agression armée. Le résultat de l'évaluation matricielle permet également d'indiquer, lorsque l'action offensive est avérée, si celle-ci a produit un fort impact ou non, quels moyens ont été utilisés pour la délivrer, et le caractère démontré ou non de l'intention malveillante. La composition du score *Lawfare* permet ainsi d'envisager assez tôt dans le processus d'analyse la pertinence, la nature et la force de la contre-offensive qui pourra être conduite.

B. Organiser la riposte politique, médiatique et juridique

S'il est possible de détecter l'existence d'une action juridique de *Lawfare* et d'en préciser la nature, rien n'est dit, à ce stade de la réflexion, sur la forme de la riposte et les moyens auxquels il conviendrait de recourir pour en garantir la meilleure efficacité possible. En effet, une fois l'attaque juridique identifiée, il convient de définir les vecteurs qui porteront la riposte, ceux-ci pouvant être principalement de nature politique, juridique ou médiatique.

L'élaboration d'un cycle de conduite des opérations juridiques, très largement inspiré du cycle retenu pour les opérations de ciblage, permet de garantir que les réponses apportées aux actions juridiques hostiles portent leurs effets et ont démontré leur efficacité. Ce cycle se décompose en cinq phases distinctes. La première phase porte sur le travail initial d'identification de la menace et permet de répondre à la question suivante : est-il possible que ce que nous voyons puisse être constitutif d'une action offensive juridique ? La phase 2 d'analyse permet quant à elle de mettre en œuvre une matrice d'analyse permettant de déterminer le profil de l'action offensive et de définir un « score *Lawfare* ». Partant de là, la phase suivante consiste à définir une stratégie appropriée pour contrer la menace perçue. La conduite de la riposte elle-même se caractérise par le recours à des moyens qui peuvent être de nature cinétique ou non cinétique. Enfin, la dernière phase du cycle porte sur l'évaluation du résultat de la riposte, très similaire en cela à la même phase du cycle du ciblage.

La réponse politique à une action offensive juridique se révèle plus particulièrement appropriée lorsque l'impact qu'elle crée sur l'organisation atteint un score élevé. En compensation, le poids que représente une décision prise au plus haut niveau politique d'un Etat est en effet de nature à atténuer les effets d'une attaque juridique à fort impact, en rappelant notamment l'attachement de l'Etat concerné, par exemple, aux valeurs des droits de l'homme, au respect des droits fondamentaux qui y sont associés et à la préservation de la vie.

La réponse médiatique à une action offensive juridique est quant à elle la mieux adaptée pour en atténuer les effets lorsque celle-ci se caractérise par un score élevé sur l'échelle des intentions. La mise en place d'une communication stratégique répondant point par point aux déclarations d'un Etat tiers faisant ouvertement état de son intention de nuire à l'Etat ciblé, est en effet de nature à garantir la dilution progressive des effets délétères portés par celle-ci. Cette communication stratégique a vocation à se construire en relation étroite avec la communauté juridique des Etats partageant le même socle de valeurs, certains arguments juridiques pouvant être portés en même temps par l'ensemble de ces Etats. Ces arguments peuvent porter notamment sur les règles de droit applicables en matière de dénonciation d'un accord international, ou sur les interprétations juridiques d'un texte à valeur contraignante, consacrées par exemple par le droit coutumier international ou par la jurisprudence existante.

La réponse juridique trouve enfin pleinement sa place lorsque l'action offensive juridique se démarque par un score élevé sur l'échelle des « instruments ». Les instruments utilisés par l'adversaire peuvent être de nature très variée. Ainsi, aux termes de la convention de Vienne sur le droit des traités¹², ce dernier peut notamment décider de dénoncer ou suspendre l'application d'un accord international auquel il était partie jusqu'à présent, et/ou en déclarer l'invalidité. Il peut aussi propager des allégations de non-respect des règles de droit international humanitaire ou des droits de l'homme, portant atteinte par ce biais à la réputation de l'Etat ou de l'organisation internationale et des forces armées qui font l'objet de telles accusations. L'introduction de recours devant les juridictions internationales, y compris pénales, avec pour objectif premier d'obtenir une incrimination pénale de commandants ou de militaires de haut rang, se révèle particulièrement dommageable, bien que redoutablement efficace au plan politique. De même, l'introduction d'un recours en justice visant à contester par exemple les conditions d'exécution d'un contrat commercial entre un Etat ou une organisation commerciale et un prestataire de service privé, susceptible de porter gravement atteinte à la réputation de probité et d'exemplarité auxquels les agents civils et militaires de l'Etat ou de l'organisation internationale en question sont tenus, peut se révéler extrêmement lourde de conséquences, tant juridiques, contractuelles que financières. Pour chacun des cas cités précédemment, la composante juridique de la riposte devra être majoritaire, soutenue dans son effort de long terme par une action médiatique et, le cas échéant, politique, appropriée.

La riposte elle-même se caractérise par son caractère proportionné à la force de l'attaque et tient compte non seulement des orientations politiques en vigueur au moment des faits mais aussi de l'intention du commandant de l'opération

¹² Conclue à Vienne le 23 mai 1969.

d'entreprendre, dans le domaine spécifique des opérations juridiques, une riposte purement passive (le choix de ne pas réagir à une action offensive juridique peut en effet être le résultat d'une décision réfléchie et assumée et non le fruit d'une absence de décision), une riposte à niveau (permettant de contenir les effets néfastes de l'action offensive), ou une véritable contre-attaque dont le but serait non seulement d'annihiler les effets de l'action offensive juridique mais aussi d'en traiter les causes. Selon l'effet final recherché, le dosage des composantes politique, médiatique, juridique et opérationnelle sera de nature différente. L'élaboration d'une réplique sur mesure comme antidote à une attaque légale pourrait ainsi s'assimiler à la fabrication d'un vaccin développé sur mesure pour contenir les effets d'un virus déterminé.

VIII. QUELLE DÉONTOLOGIE POUR L'UTILISATION DE CETTE NOUVELLE ARME ?

L'un des principaux dangers identifiés par l'instrumentalisation et l'arsenalisation de la règle de droit trouve son origine dans le fait que telles actions sont de nature à affaiblir cette règle de droit, notamment en raison des effets pervers provoqués par une manipulation excessive de celle-ci visant à la transformer en objet partisan, en lui faisant perdre sa qualité intrinsèque d'objet de droit neutre, impartial et d'application égale pour tous. Ainsi, s'il advenait que les démocraties modernes, respectueuses des droits fondamentaux attachés aux droits humains, lorsqu'elles sont elles-mêmes la cible d'actions hostiles de *Lawfare*, décidaient à leur tour d'utiliser un tel outil ou une telle arme, il conviendrait alors qu'un tel usage soit encadré de la manière la plus stricte possible.

Le respect de la règle et de l'Etat de droit devrait en toutes circonstances constituer une obligation qui s'impose à l'ensemble des acteurs conduisant et décidant de la conduite des actions de *Lawfare*, offensives ou défensives, prises à l'encontre de tous les adversaires potentiels d'un Etat ou d'une organisation internationale ; de telles actions devraient avoir pour vocation première de renforcer l'ordre juridique international et non de l'affaiblir ; aucune action de *Lawfare*, offensive ou défensive, ne devrait être entreprise si l'analyse de risque conduite préalablement concluait à un possible affaiblissement de l'ordre juridique interne ou externe d'un Etat ;

Les actions de *Lawfare*, offensives ou défensives, conduites par un Etat ou une organisation internationale ne devraient avoir pour seule vocation que de défaire toute action juridique hostile conduite par des adversaires avérés ou potentiels ayant pour effet de contester ou d'affaiblir la loi, les traités et accords et règlements internationaux et/ou le droit coutumier international ;

Les actions entreprises par une organisation internationale ou l'un de ses membres, en réponse à une attaque juridique hostile, ne devraient jamais avoir pour effet d'affaiblir l'ordre juridique interne de l'un des alliés ou même celui des adversaires identifiés, sauf si l'analyse de risque conduite préalablement concluait à l'intérêt d'une telle action car elle favorise le renforcement de l'ordre juridique international ;

Les opérations juridiques conduites par un Etat ou une organisation internationale ne devraient en aucune circonstance être dirigées contre ses propres institutions ou celles de l'une des nations membre de l'organisation en question, ou d'une organisation internationale telles que les Nations Unies, l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, cette liste n'étant pas limitative ;

Les opérations juridiques conduites par un Etat ou une organisation internationale ne devraient jamais avoir pour effet de créer une interprétation des lois nationales, des traités, accords et règlements internationaux ou du droit coutumier international, qui serait différente de celles adoptées par les nations concernées et/ou communément admises au sein de la communauté internationale ;

Les actions de *Lawfare*, offensives ou défensives, conduites par un Etat ou une organisation internationale ne pourraient être en aucune circonstance dirigées contre les décisions de justice formulées par une cour ou un tribunal appartenant à cet Etat ou à l'un des Etats membres de l'organisation, ni contre celles adoptées par une cour de justice ou un tribunal international reconnu par la communauté internationale ;

Aucune action de *Lawfare*, offensive ou défensive, initiée par une organisation internationale ne serait conduite si elle mettait en exergue l'existence d'un conflit avéré ou potentiel et irréfragable d'intérêt ou de position entre deux ou plusieurs Etats membres de la même organisation ;

Aucune action de *Lawfare*, offensive ou défensive, d'un Etat ou d'une organisation internationale, ne pourrait être conduite de manière préemptive, notamment en l'absence d'un acte ou d'une intention hostile clairement identifiée et émanant d'un adversaire potentiel ;

Aucune action de *Lawfare*, offensive ou défensive, d'un Etat ou d'une organisation internationale, ne pourrait être conduite sans l'accord préalable et informé des autorités politiques et militaires les plus hauts placées ; l'emploi de telles actions pourrait être régulé par l'emploi de règles d'engagement opérationnelles spécifiques ; la décision de mise en œuvre d'une action de *Lawfare*, offensive ou défensive, ferait l'objet d'une directive écrite de ces autorités qui détaillerait l'objet, la durée, les méthodes et les moyens employés pour la conduite de telles actions.

Au terme de cet article, qui peut constituer la trame d'une étude plus approfondie sur le sujet, il apparaît assez clairement que l'instrumentalisation et l'arsenalisation de la règle de droit, popularisées dans les milieux académiques anglo-saxons sous le terme de *Lawfare*, ne constitue pas véritablement une nouveauté ; les Etats ont eu recours par le passé à la manipulation de la règle de droit dans le but de faire prévaloir leurs intérêts stratégiques.

La contemporanéité d'une telle interrogation touche davantage à une forme de systématisation actuelle de la manipulation de la règle de droit, par un certain nombre d'Etats qui, tout en jouant un rôle majeur sur la scène internationale, n'adoptent pas le même respect scrupuleux que celui de nos sociétés démocratiques pour cette même règle. Ces Etats, mais aussi des acteurs sub-étatiques, utilisent en effet sans vergogne des formes de *Lawfare* instrumental et d'effets de levier en asymétrie pour atteindre leurs fins et affaiblissent, à nos dépens, la robustesse du Droit comme valeur intangible de référence dans la gouvernance du monde.

L'étude des moyens et méthodes permettant d'organiser la riposte face à ce type d'actions offensives de *Lawfare* montre qu'il existe un intérêt réel pour nos Etats à user, avec une certaine prudence, d'actions de *Lawfare* défensives afin de se protéger plus efficacement contre de telles atteintes. Dans un contexte caractérisé par l'asymétrie de valeurs qui opposent les Etats auxquels nous appartenons et leurs adversaires, qu'il s'agisse d'Etats ou de groupes armés terroristes, il apparaît alors crucial que nos Etats se dotent d'une solide déontologie dans l'usage de tels moyens, dans le but de garantir le renforcement de la règle de droit et non son affaiblissement.

C'est de notre capacité à œuvrer dans le respect des valeurs auxquelles nous sommes attachés que dépendra l'acceptabilité par tous de l'utilisation d'actions de *Lawfare*, défensives comme offensives, comme un moyen de lutte efficace et moralement acceptable.

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Denis ALLAND

Avec les notes de

**Louis BALMOND, Pierre BODEAU-LIVINEC, Philippe BOU NADER,
Delphine BURRIEZ, Caroline CHAUX, Hélène DE POOTER,
Jean-Baptiste DUDANT, Thibaud FLEURY GRAFF, Mira HAMAD,
Alexis LE BARBIER, Romain LE BŒUF, Anne-Thida NORODOM, Maxime SALEMBIER**

SOMMAIRE

ALLEMAGNE – POLOGNE : Demande de réparations de guerre (n° 2020/2.22, R.L.B.); BOSNIE-HERZEGOVINE : Rejet de la candidature à l'Union Européenne : l'aveu d'un échec de la communauté internationale dans le processus de paix en Bosnie ? (n° 2020/2.23, C.C.); BRÉSIL – REPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA : Demande vénézuélienne au Brésil d'extrader cinq militaires accusés d'avoir déserté et commis un attentat (n° 2020/2.24, Ph.B.N.); CHYPRE : Retraits de « passeports dorés » (n° 2020/2.25, M.S.); CROATIE – SLOVENIE - UNION EUROPEENNE : Conclusions de l'avocat général dans l'affaire CJUE, *République de Slovénie c. République de Croatie*, aff. C-457/18 (n° 2020/2.26, T.F.G.); EMIRATS ARABES UNIS – IRAN : Les îles Tomb et l'île d'Abou Moussa : la poule ou l'œuf ? (n° 2020/2.27, M.H.); ETATS-UNIS – HONG KONG : Promulgation du « Hong Kong Human Right and Democracy Act » (n° 2020/2.28, C.C.); FRANCE : Palantir - Une question de « souveraineté numérique » ? (n° 2020/2.29, A.-Th.N.); FRANCE : Ratification du Protocole sur l'accession de la République de la Macédoine du Nord à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, 21 novembre 2019 (n° 2020/2.30, L.B.); FRANCE – SERBIE : Publication du protocole relatif à un accord de réadmission des personnes en séjour irrégulier (n° 2020/2.31, T.F.G.); FRANCE – UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE : L'abandon du franc CFA par les Etats de l'Union économique et monétaire ouest africaine et la naissance de l'Eco (n° 2020/2.32, A.LB.); GRECE : Fermeture des camps de migrants sur les îles de la Mer Egée au profit de centres fermés (n° 2020/2.33, T.F.G.); INDE : Loi sur la naturalisation de 2019 - Privilège ou exclusion, les incertitudes du principe de non-discrimination (n° 2020/2.34, M.S.); MAROC : Nouvelles prétentions maritimes à l'égard du Sahara occidental et de l'Espagne (n° 2020/2.35, D.B.); ORGANISATION DES NATIONS UNIES : Evolution de la situation financière – Développements récents (n° 2020/2.36, P.B.L.); ORGANISATION DES NATIONS UNIES – REPUBLIQUE FEDERALE DE SOMALIE : La prolongation de la levée partielle de l'embargo sur les armes comme atteinte au droit naturel de légitime défense de la Somalie ? (n° 2020/2.37, J.B.D.); ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ – PANDEMIE DE COVID-19 : La flambée du nouveau coronavirus (2019-ncov) constitue une urgence de santé publique de portée internationale (Rappel des faits jusqu'à la déclaration du Directeur général de l'OMS du 30 janvier 2020) (n° 2020/2.38, H.D.P.); ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES : Premier rapport de l'IIT (Investigation and Imputation Team) sur l'utilisation d'armes chimiques en Syrie (n° 2020/2.39, C.C.).

R.G.D.I.P. 2020-2

RGDIP 2020 N°2
© Editions A. Pedone

ALLEMAGNE - POLOGNE**Demande de réparations de guerre**

2020/2.22 - Le 1^{er} septembre 2019 s'est tenue une cérémonie commémorant les 80 ans de l'invasion de la Pologne par l'Allemagne nazie. Dans son discours, le Président de la République fédérale d'Allemagne, Frank-Walter Steinmeier, a déclaré : « Je m'incline devant les victimes de l'attaque de Wielun. Je m'incline devant les victimes polonaises de la tyrannie allemande. Et je demande pardon » (« Excuses allemandes aux Polonais, 80 ans après le début de la Seconde Guerre mondiale », *Lemond.fr*, 1^{er} septembre 2019). Ces excuses publiques n'ont pas pour autant apaisé les réclamations de la Pologne, dont le Premier ministre avait déclaré la veille que « [l]a Pologne n'a pas encore reçu d'indemnisation adéquate » pour les dommages subis lors de la Seconde Guerre mondiale (« La Pologne toujours en conflit avec l'Allemagne sur la question des réparations de guerre », *LeFigaro.fr*, 30 août 2019). La somme évoquée par la presse avoisine les 800 milliards d'euros. La demande, ancienne par certains aspects, a été réactivée par les autorités de Varsovie à la suite du retour au pouvoir du parti nationaliste Droit et Justice (PiS) en 2015. Les revendications polonaises ne sont d'ailleurs pas isolées : on se souvient que des réclamations analogues avaient été présentées sans succès par la Grèce au pic de la crise financière de 2008 (voir encore « La Grèce remet sur la table ses demandes de réparations à l'Allemagne », *LesEchos.fr*, 19 avril 2019). L'affaire des *Immunités juridictionnelles* jugée par la Cour internationale de Justice en 2012 témoigne des questions qui peuvent également se poser en Italie à cet égard. La position du gouvernement allemand est quant à elle invariable : « la question des réparations allemandes est réglée juridiquement et politiquement » (selon les termes du porte-parole du gouvernement allemand, cf. l'article précité sur le site du *Figaro.fr*).

La question des réparations dues par l'Allemagne n'a fait l'objet d'aucun règlement d'ensemble à l'issue de la Seconde Guerre mondiale (pour une vue complète de la question, voir P. d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 902 p.). L'Accord de Potsdam du 1^{er} août 1945 prévoyait que les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et les « autres pays ayant droit aux réparations » seraient indemnisés « au moyen de prélèvements sur la zone occidentale et sur les avoirs allemands à l'étranger ». La Pologne, en raison de son appartenance à la sphère d'influence soviétique, fit quant à elle l'objet d'un régime différent : au titre de l'article 3 § 2 de l'Accord de Potsdam, l'URSS prit l'engagement de « satisfaire les demandes polonaises sur sa propre part de réparations », consistant notamment en divers prélèvements effectués dans la zone orientale. Le même accord remettait également à la Pologne une portion importante du territoire allemand d'avant-guerre, fixant la limite orientale de l'Allemagne à la célèbre ligne Oder-Neisse. Quelques jours plus tard, le 16 août 1945, un accord fut conclu entre l'URSS et la Pologne pour établir les modalités pratiques de cette répartition des réparations. Les termes de cet accord furent globalement respectés par la Russie (voir C. Pilichowski, « FRG indemnities for Poles », *Studies on international relations*, n° 5, 1975, p. 87).

Ce dispositif complexe n'épuisa cependant pas les prétentions des Alliés : en 1953, l'Accord de Londres sur la dette extérieure allemande se borne à différer ces demandes « jusqu'au règlement définitif de la question des réparations » (art. 5), établissant ainsi de façon implicite que l'Accord de Potsdam n'a pas mis fin à la question. Dès 1947,

le gouvernement polonais avait d'ailleurs présenté un mémorandum réclamant la restitution de certains biens et l'indemnisation de préjudices restés sans réparation. Ces espoirs de la Pologne seront néanmoins contrariés par la décision unilatérale de la Russie de renoncer à l'intégralité de ses réclamations à l'égard de l'Allemagne. Sur l'invitation des autorités de Moscou, la Pologne se résigna le 23 août 1953 à une renonciation similaire, en la forme d'une résolution de son Conseil des ministres. Cette résolution pourrait, d'un certain point de vue, marquer la fin des droits de la Pologne et justifier le refus de l'Allemagne. Il faut toutefois souligner certaines de ses limites, qui constituent en réalité le terreau juridique du différend actuel.

Premièrement, la renonciation polonaise excluait expressément toute renonciation aux dommages résultant d'atrocités de guerre. Cette réserve explique les indemnités qui furent versées par l'Allemagne au profit des victimes polonaises du nazisme à partir de 1970 (voir p. ex. les indemnités accordées en 1972 aux ressortissants polonais ayant subi des expérimentations dans les camps nazis : « On Behalf of Victims of Pseudo-Medical Experiments Red Cross Action », *International Review of the Red Cross*, 1973, n° 142, pp. 3-21). Deuxièmement, et c'est un point central de l'argumentation polonaise, la renonciation aurait été effectuée sous la contrainte de l'URSS et serait dès lors invalide sur le plan du droit international (aussi bien, par ailleurs, que sur le plan du droit constitutionnel polonais). Troisièmement, et pour finir, un doute subsisterait quant au bénéficiaire de cette renonciation, la résolution de 1953 ayant été adressée à la République démocratique allemande, et non à la République fédérale.

L'Accord de Moscou de 1990 (dit accord 2+4) aurait dû mettre un terme conventionnel à ces discussions. Toutefois, la question des réparations fut délibérément laissée de côté par les négociateurs, si bien que le « règlement définitif » de la question des réparations, attendu depuis près d'un demi-siècle, n'eut jamais lieu.

La fin de la guerre froide favorisa le rapprochement entre l'Allemagne et la Pologne. Divers mécanismes vinrent compléter les réparations accordées aux victimes des crimes nazis – et notamment les travailleurs forcés. La question des réparations aurait pu être ensevelie sous les nouveaux rapports de coopération établis entre les deux pays.

Les difficultés vont ressurgir au début des années 2000. Eclot alors en Allemagne un mouvement en faveur des droits des ressortissants allemands qui avaient été expulsés sans indemnités des territoires attribués à la Pologne en 1945. L'ampleur du phénomène a conduit le Bundestag allemand à adopter le 29 mai 1998 une résolution condamnant cette expulsion comme une injustice commise en violation du droit international. Certaines victimes allemandes de ces expulsions ont alors entrepris des démarches en vue de la restitution des biens confisqués et 22 affaires finiront, en 2008, devant la Cour européenne des droits de l'homme (pour y être déclarées irrecevables, notamment *ratione temporis*, voir CEDH, *Preussische Treuhand gmbh & Co. kg a. a c. Pologne*, quatrième section, requête n° 47550/06). Cet épisode va créer en Pologne un profond sentiment d'injustice (sur cette question, voir A. Niewiedzial, « Une réconciliation germano-polonaise fragilisée par le débat sur les expulsions ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, n° 41, 2010, pp. 121-139). C'est dans ces circonstances que le Parlement polonais a adopté, le 10 septembre 2004, une résolution invitant le gouvernement à évaluer le montant des réparations dues à la Pologne et à engager des discussions avec Berlin à ce sujet. Le Premier ministre de l'époque n'avait pas donné suite. Cependant, la dégradation progressive des relations germano-polonaises, dans un

contexte tendu par la situation politique et budgétaire de la Pologne au sein de l'Union européenne, a conduit le nouveau gouvernement nationaliste à s'emparer de la demande.

Comme souvent, il apparaît bien difficile de faire la part des différents arguments mobilisés de chaque côté. D'un côté, la Pologne n'est pas restée sans réparations et a bénéficié de paiements indemnitaires, de cessions territoriales et d'un certain nombre de mesures à caractère satisfaisant. Sans oublier que son gouvernement avait renoncé, dès 1953, à ses demandes de réparation de façon tout à fait explicite. Voilà qui confère aux refus allemands de sérieux arguments. Toutefois, les doutes qui affectent le sens et la portée de la renonciation polonaise, couplés au caractère à la fois incomplet et incertain des mécanismes indemnitaires établis au sortir de la guerre ne laissent pas la Pologne démunie dans ses demandes. Encore lui faudra-t-il les établir de façon probante, ce qui semble à ce stade ne pas avoir été le cas.

Si le centenaire du traité de Versailles a été l'occasion de dénoncer à l'envi les défauts qui ont entaché le règlement conventionnel de la fin de la Première Guerre mondiale, la persistance de nombreux différends indemnitaires et territoriaux souligne quant à elle les défauts qui ont pu affecter les solutions unilatérales de la Seconde.

R.L.B.

BOSNIE-HERZÉGOVINE

Rejet de la candidature à l'Union Européenne : l'aveu d'un échec de la communauté internationale dans le processus de paix en Bosnie ?

2020/2.23 - Tandis que le Brexit accapare le débat public au sein de l'Europe, l'avancée du processus d'adhésion des Etats des Balkans occidentaux semble être tombée dans l'oubli collectif. La volonté de la Grande Bretagne de quitter l'Union a éclipsé le désir des six Etats de l'Europe du Sud-Est à entrer dans la « Grande famille européenne ». Or, si le Brexit présente un faible risque d'impacter la viabilité de l'Union Européenne, la question de l'adhésion des pays des Balkans se révèle être enjeu crucial pour la stabilité de la région. L'adhésion de la Bosnie-Herzégovine en est un exemple frappant.

Le 25 mai 2019, la Commission Européenne enjoignait au Conseil Européen de ne pas accorder le Statut de Candidat à la Bosnie, considérant que les institutions nationales chargées de garantir la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'Homme ne présentaient pas une stabilité suffisante (*Commission Opinion on Bosnia and Herzegovina's application for membership of the European Union*, COM (2019) 261 final). L'opinion est suivie de seize pages de propositions de réformes constitutionnelle et législative pour renforcer l'appareil étatique. Après vingt-cinq ans d'application des Accords de Dayton et de présence internationale, ce constat a un goût amer pour les Bosniens (<https://balkaninsight.com/2019/10/17/eu-enlargement-the-balkans-brexit-fallout/>) et pose la question de l'efficacité de l'ingérence de la communauté internationale dans le processus de reconstruction de l'Etat. Il semblerait que les Accords de Dayton, prévus comme une solution provisoire devant permettre la reconstruction d'un Etat unitaire et démocratique, aient en réalité figé la Bosnie dans une situation d'opposition interethnique insoluble et de dépendance internationale.

L'échec de l'imposition non démocratique d'une démocratie consociationaliste – Les Accords de Dayton, mettant fin au conflit interethnique en Bosnie, établissent une démocratie parlementaire adaptée à l'objectif de réconciliation et de justice

transitionnelle. Les pouvoirs exécutif et législatif sont ainsi attribués aux représentants, non du peuple bosnien, mais de chacun des *trois peuples constituants* : les bosniaques, les serbes de Bosnie et les croates de Bosnie. Seuls les membres issus de ces trois groupes ethniques peuvent se présenter aux élections législatives ou siéger au sein de la Présidence tripartite. Les modalités de prise de décision au sein de ces institutions répondent également au modèle consociationaliste. Les représentants de chacune des ethnies peuvent ainsi bloquer le processus décisionnel, soit en raison des règles de majorité, soit à travers l'usage du veto « d'intérêts vitaux ethniques » dont ils disposent.

Ces aménagements du régime parlementaire, originellement prévus comme un outil de réconciliation ethnique, ont abouti en pratique à une paralysie de l'Etat fédéral à la faveur des entités fédérées (La Republika Srpska, à majorité serbe, et la Fédération de Bosnie-Herzégovine, à majorité bosniaque et croate). Il a fallu près de quatorze mois de tractations politiques pour que les trois membres de la Présidence, élus le 7 octobre 2018, réussissent à se mettre d'accord sur la formation du gouvernement le 23 décembre 2019. La désignation des membres du gouvernement était devenu le levier de pression pour imposer une ligne directrice à la politique extérieure de la Bosnie, dont le principal point d'achoppement est l'adhésion à l'OTAN. Le Parlement fédéral, profondément divisé par sa représentation ethnique et fréquemment bloqué par l'usage abusif du veto, n'est pas en mesure de fonctionner correctement. C'est alors le résultat opposé à l'objectif visé que l'on constate, et ce d'autant plus que le caractère consociational des élections incite la classe politique à rassembler son électorat selon des arguments ethniques dont la visée nationaliste est à peine cachée.

La Commission de Venise avait prévenu, en 2005, la Bosnie-Herzégovine de la nécessité d'une réforme constitutionnelle pour progresser sur la voie de l'intégration européenne. Elle avait alors pointé du doigt le système mis en place par les Accords de Dayton, jugeant ces caractéristiques « ni efficaces, ni rationnelles et dépourvues de contenu démocratique » (Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut représentant adopté par la Commission de Venise lors de sa 62^e session plénière, Venise, 11-12 mars 2005, CDL-AD (2005)004-f). Toutefois, le projet de réforme, établi de concert avec les institutions européennes, n'a pas obtenu le nombre de voix requis au sein du Parlement, nécessitant un consensus impossible à obtenir.

Le troisième organe fédéral est la Cour constitutionnelle. Les Accords de Dayton accordent un ambitieux mandat à la Cour, compétente pour « faire respecter la constitution », régler les litiges survenant entre les entités et l'Etat fédéral ainsi que pour apprécier la constitutionnalité et la conventionalité de toute loi qui lui serait déférée. La Cour est alors érigée en garante de l'œuvre établie par les Accords de Dayton. Pour assurer cette tâche, trois des neuf juges de la Cour sont nommés par le président de la Cour Européenne des droits de l'Homme. Cette composante internationale, renforcée par la pratique consistant à nommer des anciens juges de la Cour européenne, suscite la méfiance de la classe politique bosnienne. Les décisions sanctionnant les actes des entités fédérées sont ainsi rarement appliquées, et souvent considérées comme partiales, tantôt par les membres bosniens et croates, tantôt par les membres serbes, selon la portée de la décision. Sa composition n'obéissant pas à des considérations ethniques, la Cour s'avère être le seul organe fédéral capable de fonctionner. Toutefois, lors de la phase d'application, ses décisions n'échappent pas aux divisions interethniques rendant vaines toutes tentatives de protection de l'appareil fédéral.

En somme, l'Etat fédéral de Bosnie-Herzégovine n'existe plus – si tant est qu'il ait eu un jour quelque consistance que ce soit – que dans les textes constitutionnels et les tableaux budgétaires. L'essentiel des prérogatives sont exercées en pratique par les entités fédérées, qui ressortent renforcées par le modèle consociational, à l'opposé de l'objectif initial d'unification.

La Bosnie, Etat factice sous tutelle internationale – Durant ces vingt-cinq dernières années, l'Etat fédéral de Bosnie n'a pu fonctionner que grâce à une complexe machinerie internationale. La communauté internationale a pensé trouver une solution aux blocages des pouvoirs exécutif et législatif en élargissant de façon substantielle le mandat du Haut Représentant des Nations Unies en Bosnie (Déclaration de Bonn 9 et 10 décembre 1997, *Peace Implementation Council*). L'essentiel des lois et décisions nécessaires au renforcement et au fonctionnement de l'Etat sont le fait du Haut Représentant, qu'il s'agisse du choix du drapeau national ou de la détermination des impôts nationaux. Cette substitution du Haut Représentant aux autorités nationales, si elle a permis d'assurer le fonctionnement quotidien de l'Etat, a eu pour effet pervers de déresponsabiliser la classe politique bosnienne. Les représentants nationaux ont ainsi pu se décharger sur le Haut Représentant des décisions impopulaires et accroître leur électorat en affichant la défense des intérêts de leur groupe ethnique, creusant toujours un peu plus la division de la société. Les représentants étaient d'autant moins enclins à faire des compromis qu'ils savaient pertinemment que le Haut Représentant assumerait cette difficile tâche à leur place. La tutelle exercée par le Haut Représentant a alors empêché la constitution d'une nouvelle élite politique transcendant les considérations ethniques et s'appropriant le nouvel Etat bosnien.

En outre, la Bosnie demeure financièrement dépendante de la communauté internationale. Le modèle consociational établi par les Accords de Dayton aboutit à une structure institutionnelle particulièrement coûteuse. La Bosnie compte ainsi trois peuples constituants répartis entre deux entités fédérées, dix cantons et un « special district », représentés par 14 premiers ministres, 180 ministres, 760 députés, et près de 148 municipalités, et ce pour une population de moins de 4 millions d'habitants. Cette impressionnante administration représente 40% du PIB de l'Etat et grève son développement économique. La Bosnie bénéficie de nombreuses aides internationales, et notamment de l'Instrument de Préadhésion de l'Union Européenne. Toutefois, le bénéfice de cette aide est strictement conditionné à la mise en conformité de la législation nationale aux standards de l'Union (Règlement (CE) n° 1085/2006 du Conseil du 17 juillet 2006 établissant un instrument d'aide de préadhésion). Or, le blocage des pouvoirs exécutif et législatif au niveau fédéral ne permet pas l'adoption des réformes nécessaires. La Bosnie risque ainsi à tout moment de se voir privée du soutien financier de l'Union (Règlement n° 1085/2006 article 21). Le désengagement de cette dernière de Bosnie pourrait alors provoquer la chute de l'édifice fragile établi par les Accords de Dayton.

Une Paix précaire – Le principal mérite des Accords de Dayton est d'avoir permis l'arrêt des conflits. Il paraît toutefois exagéré de considérer qu'ils ont permis la paix. Si les violences armées ont cessé, le climat n'est pas apaisé pour autant en Bosnie. Les élections voient systématiquement portés au pouvoir les mêmes partis nationalistes, et la haine raciale fait partie intégrante de la rhétorique politique. Les provocations entre ethnies sont fréquentes, le pays demeure déchiré entre des victimes de crimes de guerres

et des criminels érigés en héros de la révolution (<https://balkaninsight.com/2014/09/22/serb-cross-on-zlatiste-angers-sarajevo/>). La stabilité actuelle semble ainsi ne tenir qu'à la présence de l'EUFOR et de l'OTAN, fondée sur le Chapitre VII de la Charte Nations Unies, toujours en application vingt-cinq ans après la signature des Accords de Paix (Résolution 2443 du Conseil de Sécurité). A mesure que l'espoir d'adhérer à l'Union Européenne s'éloigne, les entités fédérées n'ont plus d'intérêt immédiat à aboutir à un compromis. Les élus locaux se recentrent alors sur la consolidation de leur électorat, y compris si cela conduit à la promotion des velléités sécessionnistes. La paix semble alors plus précaire que jamais au sein d'une Bosnie désillusionnée.

Or, la question de la paix en Bosnie ne présente pas une dimension uniquement interne. La position géographique stratégique de l'Etat en fait le terrain de jeu des puissances occidentales et orientales. Se situant à la charnière entre l'Est et l'Ouest, les Balkans ont été le théâtre de prédilection des conflits entre Empires, la culture « balkanisée » des Etats en témoigne. La donne n'a pas changé. Il suffit de se rendre en Bosnie pour assister à la lutte économique que se livrent l'Orient et l'Occident pour conserver une influence dans la région. L'Union Européenne en est pleinement consciente, dans son rapport de 2018 le Parlement « constate l'influence croissante des puissances étrangères en Bosnie-Herzégovine et est fermement convaincu que la consolidation de l'engagement du pays vis-à-vis de l'Union reste la meilleure solution pour progresser vers les valeurs européennes ainsi que vers la stabilité et la prospérité ». La reprise des conflits en Bosnie pourrait alors avoir des conséquences certaines sur la stabilité, et même sur la paix de la région. L'histoire semble se répéter. Dans un monde où les tensions Est-Ouest ne cessent de croître, la Bosnie se retrouve à nouveau en état entre deux puissances. Les tensions autour de l'adhésion à l'OTAN l'attestent. Tandis que les bosniaques y voient un secours indispensable en cas de répétition des événements de 1992, les serbes de Bosnie sont opposés à une alliance militaire qui les éloignerait du soutien russe. Dès lors, véritable laboratoire des relations internationales, l'avenir de la Bosnie apparaît étroitement lié à l'équilibre géopolitique actuel. L'évolution du processus d'adhésion de la Bosnie à l'Union Européenne, et le jeu de puissances qui en découlera, scellera le sort de l'Etat balkanique, et probablement de la région.

C.C.

BRÉSIL – RÉPUBLIQUE BOLIVARIENNE DU VENEZUELA

Demande vénézuélienne au Brésil d'extrader cinq militaires accusés d'avoir déserté et commis un attentat terroriste

2020/2.24 - Les violences internes et la crise économique et financière qui touchent le Venezuela depuis deux ans à présent – et qui trouvent leurs racines en partie dans la crise politique post-élections législatives de 2020, les réformes économiques de 2018-2019 et l'accroissement des sanctions imposées par Washington – ont poussé de nombreux fonctionnaires des forces de l'ordre et de l'armée vénézuéliennes à désertier et tenter de quitter le pays, pour se réfugier dans les Etats voisins, dont le Brésil (<https://www.euronews.com/2019/04/24/disaffected-venezuelan-military-tell-of-rising-desertions-to-brazil>). Or le 28 décembre 2019, le Venezuela aurait demandé au Brésil de lui remettre cinq déserteurs (« *deserters* ») accusés d'avoir mené un raid armé, le 22 décembre 2019, contre un avant-poste militaire vénézuélien au Sud du pays, dans

l'Etat fédéré Bolivar, frontalier du Brésil (<https://www.reuters.com/article/us-venezuela-military-brazil/venezuela-asks-brazil-to-turn-over-deserters-suspected-of-raid-idUSKBN1YX00P>). Cette attaque aurait causé la mort d'un soldat vénézuélien et 120 fusils et 9 lanceurs de grenade auraient aussi été volés.

A la suite de cette demande, non encore confirmée, le Président vénézuélien Nicolás Maduro affirma, lors d'un discours public, qu'il s'attendait à ce que le Brésil « respecte le droit international » en rendant les soldats concernés aux autorités de son pays. Le Président Maduro déclara aussi que « *a military deserter who enters another country and is detained should be handed over immediately. Sooner rather than later, these terrorists will be in the hands of Venezuelan justice.* » Lors de ce même discours, le Président Maduro accusa, explicitement, la Colombie, le Pérou et le Brésil de complicité avec les auteurs de l'attaque. Ces trois Etats nièrent cette accusation et le Brésil annonça que des demandes d'asile pour cinq soldats déserteurs qu'il avait recueillis étaient en cours de traitement par les autorités compétentes. L'annonce officielle brésilienne ne mentionna pas l'attaque du 22 décembre 2019 mais une source militaire brésilienne fut citée, anonymement, par la presse locale, affirmant que ces soldats étaient suspectés d'être impliqués dans l'attaque.

Cette affaire illustre la difficulté d'articuler le traitement d'une demande d'asile soumise par une personne accusée d'avoir commis un crime politique – qualifié d'« *acte de terrorisme* » en l'occurrence – et les régimes nationaux et internationaux relatifs à l'extradition. Les règles générales relatives à l'extradition au Brésil sont prévues par la loi n° 13.445/2017, connue sous l'appellation Loi Migration (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm) qui reprend les principes généraux en matière d'extradition établis par la Constitution fédérale brésilienne. La Loi Migration prévoit trois phases successives pour toute procédure d'extradition.

Conditions procédurales - La première phase, purement formelle, est celle durant laquelle le pouvoir exécutif brésilien, en particulier le ministère des Affaires étrangères, s'assure qu'une demande écrite comportant tous les documents requis lui a été soumise. A ce niveau de la procédure, aucune appréciation juridique du bienfondé de la demande n'a lieu. Or, aucune information rendue publique ne confirme que le Venezuela ait, à ce jour, adressé une telle demande écrite à Brasilia. Caracas s'est peut-être jusqu'à présent contentée de présenter cette demande sous la forme de déclarations officielles publiques. Néanmoins, et même si ces dernières ont été faites par des représentants de l'Etat – dont le plus élevé, le Président –, elles demeurent insuffisantes, aux yeux du droit national brésilien, pour déclencher l'étude de l'éventualité d'extrader les soldats concernés.

Par contre, dans le cas où le Venezuela se déciderait à adresser une demande écrite complète au Brésil, le pouvoir exécutif de ce dernier, à travers le ministère de la Justice en général, vérifiera si le pays demandant l'extradition est signataire d'un traité bilatéral d'extradition avec le Brésil ou si, dans le cas contraire, ce pays voudrait émettre une promesse de réciprocité en matière d'extradition. L'article 84, paragraphe 2 de la Loi Migration ne permet en effet que l'extradition des ressortissants d'un Etat avec lequel le Brésil a signé un traité bilatéral d'extradition ou un accord *ad hoc*, ce dernier devant comporter une promesse de réciprocité entre le Brésil et l'Etat du ressortissant concerné. L'article 84 est interprété par la jurisprudence brésilienne comme interdisant l'extradition des ressortissants d'un Etat qui est uniquement membre d'une convention multilatérale générale sur l'extradition. L'exécutif brésilien peut alors, à ce stade de la

procédure et si les deux cas susmentionnés (traité bilatéral ou accord *ad hoc* de réciprocité) ne sont pas respectés, rejeter la demande d'extradition. L'article 84, paragraphe 2 de la Loi Migration semble donc violer la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 que le Brésil signa le 23 mai 1969 et ratifia le 25 septembre 2009. L'article 26 de cette convention dispose en effet que « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* » et son article 27 ajoute qu'« *Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité [...]* ». La condition de l'existence préalable d'un traité bilatéral ou d'un accord *ad hoc* de réciprocité imposée par la Loi Migration semble donc violer la règle *pacta sunt servanda*. Cette condition-obstacle imposée par Brasilia n'est néanmoins pas suffisante pour écarter le Venezuela d'une demande d'extradition. Les deux pays ont en effet signé à Rio de Janeiro le 7 décembre 1939 l'*Extradition treaty between the United States of Venezuela and the United States of Brazil*, publié au Brésil à la *Gaceta Oficial* numéro 20/114 le 21 février 1940. Cet accord est mis en application au Brésil par les décrets numéros 4.868 du 9 novembre 1939 et 5.362 du 12 mars 1940 (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoTratadoExtradicaoTextual&pagina=IndiceTratadoExtradicao>), qui n'auraient pas été révoqués depuis. Le Venezuela semble donc respecter la condition de la présence préalable d'un traité bilatéral d'extradition, condition qui est par elle-même attaquable par le Venezuela devant le juge international. De plus, Caracas pourrait aussi tenter de baser sa demande sur l'*Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters* (Adoptée lors de la 22^{ème} session de l'Organisation des Etats Américains à Nassau au Bahamas le 23 mai 1992) (<https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-55.html>), signée et ratifiée par le Brésil les 7 janvier 1994 et 10 octobre 2007 respectivement, et signée et ratifiée par le Venezuela les 27 août 1994 et 11 mars 1995 respectivement. Néanmoins, ce traité ne semble pas être opportun pour Caracas puisque l'article 8 de ce traité dispose que « *This convention shall not apply to crimes subject exclusively to military legislation.* » De plus, son article 9 dispose qu'un Etat membre peut refuser d'aider (« *assistance* ») dans plusieurs cas, y compris s'il considère que (i) « *The investigation has been initiated for the purpose of prosecuting, punishing, or discriminating in any way against an individual or group of persons for reason of sex, race, social status, nationality, religion, or ideology* » ou si (ii) « *The request refers to a crime that is political or related to a political crime, or to a common crime prosecuted for political reasons* ». Or, le Brésil pourrait aisément argumenter que ces soldats vénézuéliens seront « poursuivis » et « punis » pour des raisons idéologiques – tel leur refus de la mainmise du Parti du Président Maduro sur le pays – ou que ces soldats sont poursuivis pour un crime politique – en l'occurrence, la commission d'une attaque armée contre un avant-poste militaire.

De la légalité d'extrader des « terroristes » présumés - La deuxième phase de la procédure d'extradition au Brésil est celle durant laquelle le ministère brésilien de la Justice transfère le dossier aux cours brésiliennes compétentes, en l'occurrence le Tribunal fédéral suprême, dans le respect de l'article 89 de la Loi Migration et de l'article 102, I (g) de la Constitution brésilienne qui dispose que « *La compétence essentielle du Tribunal fédéral suprême est de veiller au respect de la Constitution ; il lui appartient : I- d'instruire le procès et de juger en première instance : [...] l'extradition demandée par un Etat étranger ; [...]* ». Cette phase est donc celle de l'étude de la légalité de la demande d'extradition. La loi Migration ne comporte pas de liste des crimes pouvant justifier l'extradition de la personne concernée mais mentionne

les cas dans lesquels l'extradition n'est pas admise. Un de ces cas concerne les crimes politiques ou les crimes d'opinion, sauf si le crime concerné est un crime de droit commun lié à un crime politique. Les cours brésiliennes risquent donc, *a priori*, de refuser toute demande vénézuélienne d'extrader ces soldats sur la base de cette interdiction, l'attaque par ces derniers d'un poste militaire ayant déjà été qualifiée par Caracas d'acte terroriste, acte politique par nature. Néanmoins, l'article 82, paragraphe 1 et 4 de la Loi Migration autorise l'extradition de personnes accusées de crimes politiques quand ces derniers visaient un chef d'Etat ou une autre autorité nationale, ou si ce crime pourrait être qualifié de crime contre l'humanité, de crime de guerre, d'acte de génocide ou d'acte de terrorisme. Or, les soldats vénézuéliens concernés sont accusés par leur pays d'avoir commis un acte terroriste – l'attaque d'un avant-poste militaire et le meurtre d'un soldat. Les cours brésiliennes devraient donc, en principe, autoriser l'extradition de ces individus sur la base de l'article 82, paragraphes 1 et 4 de la Loi Migration.

Néanmoins, le droit national brésilien dispose aussi qu'un individu ne pourra être extradé dans le cas où cette personne se voit conférer le statut de réfugié sous la loi n° 9.474/97 ou si elle obtient le droit d'asile. Les soldats concernés pourraient donc tenter de court-circuiter la procédure d'extradition en tentant d'obtenir le statut de réfugié ou de demander l'asile. Les cours brésiliennes pourraient aussi argumenter que les soldats vénézuéliens concernés risquent de voir leurs droits humains violés dans le cas de leur extradition au Venezuela. L'article 96 de la Loi Migration dispose en effet que les cours brésiliennes peuvent refuser la demande d'extradition si l'Etat demandant ne s'engage pas officiellement à respecter les conditions suivantes :

- la personne concernée ne doit pas se voir condamnée à mort ou à l'emprisonnement à perpétuité suite à son extradition ;
- la personne concernée ne doit pas voir sa peine aggravée pour motif(s) politique(s) ;
- la personne concernée ne doit pas être torturée ou être victime d'actes cruels, inhumains ou dégradants.

Or, il est peu probable que les cours brésiliennes se satisfassent d'une telle promesse du Venezuela en raison des tensions actuelles dans le pays, des actions des forces de l'ordre face à une partie des manifestants et de la place et de l'importance que l'Armée bolivarienne détient au sein de l'appareil d'Etat. La justice vénézuélienne a par exemple ordonné le 1er juillet 2019 l'incarcération de deux militaires du renseignement national pour leur responsabilité présumée dans la mort d'un capitaine de corvette, Rafael Acosta Arevalo, qui était en détention. Ce capitaine aurait été torturé lors de sa détention (<https://www.france24.com/fr/20190702-venezuela-caracas-militaires-incarceres-mort-soldat-detention-maduro>).

La compétence discrétionnaire de l'Exécutif - Néanmoins, dans le cas où les cours brésiliennes émettraient un avis favorable à une demande d'extradition, en l'occurrence à la demande éventuelle d'extradition émise par le Venezuela, la décision finale reviendra ultimement au pouvoir exécutif brésilien. En effet, après la détermination par les cours brésiliennes de la légalité d'une demande d'extradition, le pouvoir exécutif doit émettre une décision discrétionnaire d'acceptation ou de refus de cette extradition. Le caractère discrétionnaire de cette décision est particulièrement illustré par l'affaire *Battisti*, cet ancien membre d'un groupe armé italien d'extrême gauche condamné en Italie en 1979 pour sa participation aux activités de ce groupe et pour l'assassinat de quatre personnes.

Cesare Battisti était au Brésil quand l'Italie demanda son extradition, cette dernière ayant été acceptée par une cour brésilienne en septembre 2009. Le Président brésilien de l'époque, Luiz Inácio Lula da Silva, lui aussi membre d'un parti politique de gauche, refusa néanmoins le 31 décembre 2010 d'extrader Battisti. Huit ans plus tard, en janvier 2019, sous la présidence de Jair Bolsonaro, membre du parti de droite Parti Démocrate-Chrétien, Cesare Battisti fut extradé en Italie. Le sort d'une demande d'extradition au Brésil est donc fondamentalement lié à l'état des relations politiques entre Brasilia et l'Etat requérant.

Or Brasilia est à présent engagée dans un bras de fer avec Caracas depuis que l'opposant vénézuélien Juan Guaidó s'est autoproclamé Président de la République bolivarienne du Venezuela le 23 janvier 2019. Le Président Bolsonaro a d'ailleurs rencontré Juan Guaidó le 28 février 2019 et lui a offert son soutien tout en affirmant vouloir « *non seulement des élections, mais des élections libres et fiables* » au Venezuela, insinuant par-là que les élections ayant porté le Président Maduro au pouvoir ont été manipulées (<https://www.courrierinternational.com/article/venezuela-au-bresil-guaido-recoit-le-soutien-de-bolsonaro>). Plus récemment, le 5 mars 2020, le gouvernement brésilien a rappelé tout son personnel diplomatique du Venezuela et demandé à Caracas de retirer ses représentants au Brésil (https://www.lemonde.fr/international/article/2020/03/06/le-bresil-rappelle-tout-son-personnel-diplomatique-du-venezuela_6032001_3210.html). De son côté, le Venezuela a organisé en février 2020 un exercice militaire, nommé « Bouclier bolivarien 2020 », dans plusieurs régions du pays, y compris dans celles frontalières de la Colombie et du Brésil, afin d'affirmer que Caracas se défendrait de toutes « attaques » et « incursions militaires contre le Venezuela ».

La décision du Brésil relative à l'extradition des cinq soldats vénézuéliens sera donc forcément parasitée par la politique et les visées interventionnistes du Président Bolsonaro et ses alliés régionaux, dont principalement la Colombie et les Etats-Unis d'Amérique.

PH.B.N.

CHYPRE

Retraits de « passeports dorés »

2020/2.25 - Le 6 novembre 2019, le gouvernement chypriote a annoncé vouloir retirer la nationalité à 26 détenteurs de passeports dorés (<https://www.lefigaro.fr/flash-actu/chypre-veut-retirer-la-nationalite-a-26-detenteurs-de-passeports-en-or-20191106>). Leur identité n'a pas été révélée mais cette procédure s'inscrit dans une pression de plus en plus forte à l'encontre des procédures d'octroi de nationalité ou de visa par investissement. C'est que les enquêtes menées sur le fort contesté programme de passeport doré chypriote (v. le reportage de l'émission hollandaise Nieuwsuur : <https://www.youtube.com/watch?v=-D-ZTYBPagw&feature=youtu.be>) ont fini par révéler que se trouvaient parmi ses bénéficiaires certaines personnalités au parcours pour le moins suspect. A ainsi pu être cité, entre autres, le financier malaisien Low Taek Jho, impliqué dans le détournement de 3,5 milliards de dollars du fond souverain 1Malaysia Development Berhad (https://www.lemonde.fr/international/article/2020/01/10/a-chypre-le-scandale-des-passeports-en-or_6025430_3210.html).

Tout cela ne fait que confirmer ce que beaucoup affirment déjà depuis plusieurs années : les programmes de passeports dorés, ou en tout cas certains d'entre eux, présentent des risques aussi bien en matière de sécurité que de blanchiment d'argent et de fraude fiscale. Cela a été répété tout au long de l'année 2019, que ce soit par le Parlement européen (« Rapport du 26 mars 2019 sur la criminalité financière, la fraude fiscale et l'évasion fiscale », 2018/2121(INI), §§ 182-201 : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0240_FR.pdf) ou par le Comité économique et social de l'Union (« Avis du 30 octobre 2019 : Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'UE », SOC/618-EESC-2019 : <https://www.eesc.europa.eu/fr/our-work/opinions-information-reports/opinions/investor-citizenship-and-residence-schemes-european-union>).

Le constat n'est pas nouveau : il avait déjà été fait dans un rapport de l'OCDE en fin d'année 2018 (voir cette « Chronique » n° 2019/1.18), auquel avait succédé un rapport de la Commission européenne (voir cette « Chronique » n° 2019/2.44), l'un comme l'autre très critiques à l'égard des passeports dorés. Durant l'année 2019, l'Union européenne a mis en place un Groupe d'experts des Etats membres sur la nationalité par investissement et les régimes de résidence (https://ec.europa.eu/info/investor-citizenship-schemes_en) qui s'est réuni à quatre reprises sans pour l'instant aboutir à des résultats notables. Certains, constatant le peu de progrès effectués durant l'année écoulée, appellent à une action plus entreprenante de l'Union européenne pour faire interdire les passeports dorés (<https://www.globalwitness.org/en/campaigns/corruption-and-money-laundering/europes-golden-doors/>). Mais, pas plus qu'au moment du rapport de la Commission, l'Union européenne ne dispose, de l'aveu même de la vice-présidente de la Commission Věra Jourová, des compétences nécessaires à l'interdiction de ces programmes (<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20191008RES63701/2019108RES63701.pdf>, p. 9). L'Union européenne cherche donc les moyens de contrôler ce qu'elle ne peut interdire et l'on s'achemine sans doute plus vers un accroissement des contrôles en matière de lutte contre la fraude fiscale et le blanchiment d'argent que vers une tentative de convaincre les Etats d'abandonner leurs programmes. Rappelons qu'actuellement vingt Etats membres de l'Union permettent l'acquisition par investissement soit d'un visa soit de leur nationalité.

Quelques jours seulement après l'annonce du gouvernement chypriote se tenait à Londres la treizième édition de la *Global Citizenship Conference*, organisée comme chaque année par *Henley & Partners*, où quelques ministres et ambassadeurs des Etats leaders du marché étaient présents pour faire la promotion du si convoité produit, devant quelques trois cents invités (<https://www.theguardian.com/news/2019/nov/16/london-ballroom-hosts-showcase-event-for-golden-passports>). Preuve, s'il en fallait, que la remise en cause des passeports dorés ne semble pas être à l'ordre du jour.

M. S.

CROATIE – SLOVÉNIE - UNION EUROPÉENNE**Conclusions de l'avocat général dans l'affaire CJUE,
République de Slovénie c. République de Croatie, aff. C-457/18**

2020/2.26 - On sait depuis au moins les affaires *Kadi* (C-402/05 P) et *Front Polisario* (not. C-104/16 P) que la CJUE, et singulièrement ses avocats généraux, peuvent avoir parfois quelque difficulté à manier les concepts et instruments du droit international public, en particulier lorsqu'il s'agit de penser les relations que ceux-ci entretiennent avec les concepts et instruments du droit de l'Union. L'avocat général Priit Pikmäe vient d'en apporter une nouvelle démonstration en publiant le 11 décembre dernier ses conclusions (<https://tinyurl.com/cclC45718>) dans une affaire opposant la Slovénie à la Croatie (C-457/18), la première reprochant à la seconde diverses violations du droit de l'Union du fait du non-respect d'une sentence arbitrale fixant leurs frontières terrestres et maritimes communes. M. Pikmäe invite la Cour à conclure à son incompétence pour connaître de cette requête, au terme d'un raisonnement d'une trentaine de pages qui n'emporte guère la conviction du fait, notamment, de ses contradictions.

L'affaire est assez simple, surtout si l'on s'en tient aux questions d'applicabilité du droit international qu'elle soulève, et que l'on n'entre pas – et nous n'y entrerons pas – dans le détail des violations du droit de l'Union alléguées par la Slovénie.

En 2009, les deux Républiques ont conclu une convention d'arbitrage (<https://tinyurl.com/arbitrationslocro>) en vue de déterminer le tracé de leurs frontières respectives, notamment dans la – magnifique – Baie de Piran. En 2015, à la suite d'une communication entre le gouvernement slovène et l'un des arbitres désignés par lui, la Croatie a fait connaître à la Slovénie et au tribunal arbitral sa décision de mettre immédiatement un terme à la convention d'arbitrage. A la suite de diverses démissions au sein du tribunal arbitral, le président de celui-ci a nommé deux nouveaux arbitres. En conséquence, par une sentence partielle du 30 juin 2016 (<https://pcacases.com/web/sendAttach/1787>), le tribunal a estimé que la nature des violations slovènes de la convention d'arbitrage ne permettait pas à la Croatie d'y mettre fin et que cette convention continuait donc à s'appliquer. En vertu de quoi, le tribunal a rendu le 29 juin 2017 une sentence arbitrale définitive (<https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>) – que cependant la Croatie n'applique pas et qu'elle conteste, sans avoir toutefois engagé de procédures contentieuses pour faire valoir juridiquement cette contestation (pour un résumé de ces faits, voy. les points 25 à 42 des conclusions). Cette inapplication de la sentence entraîne, selon la Slovénie, divers manquements au droit de l'Union – en matière, notamment, de pêche et de surveillance des frontières et, plus largement, de respect du principe de coopération loyale – et celle-ci a donc saisi la Cour d'un recours fondé, c'est suffisamment rare pour être souligné, sur l'article 259 TFUE, en vertu duquel « chacun des Etats membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités ». Compte tenu des exceptions soulevées par la Croatie, la Cour a séparé l'examen de la recevabilité et du fond, et les conclusions sous examen portent uniquement sur la question de savoir si la Cour est compétente pour connaître d'une requête fondée sur l'article 259 TFUE « au cas où les allégations de manquements au droit de l'Union reposent sur les termes d'une "sentence arbitrale", rendue en application d'une convention bilatérale d'arbitrage relevant du droit international public, mais à laquelle l'une des parties dénie toute valeur juridique ? » (conclusions, § 1). La réponse

n'aurait pas dû poser de difficultés, ce d'autant plus que l'Avocat général a identifié les principaux éléments qui devaient permettre de la formuler. Ces éléments sont au nombre de trois.

En premier lieu, il ne fait pas de doute qu'« il appartient à chacun des Etats membres de déterminer l'extension et les limites de [son] territoire, en conformité avec les règles du droit international public » : les Etats sont souverains sur ce point, et l'Union est en conséquence absolument incompétente en la matière (CJUE, *Aktiebolaget NN*, arrêt du 29 mars 2007, C-111/05, § 54, cité aux §§110 et 143 des conclusions). C'est donc à bon droit, et personne ne le contestait en l'espèce, que la Slovénie et la Croatie sont passées par un arbitrage international pour régler la question de leur frontière.

En second lieu, la CJUE est pour sa part incompétente pour régler les différends qui surviennent entre les Etats membres de l'UE sur le seul fondement du droit international public (conclusions, not. § 104). Elle n'a pas été constituée en « Cour internationale », mais en cour « de l'Union », chargée uniquement de juger des différends survenant sur le fondement du droit primaire ou dérivé de l'Union européenne (en quoi elle diffère, notamment, de la Cour Suprême des Etats-Unis, compétente pour se prononcer sur les litiges de frontières entre les Etats, et ce alors même que cette question échappe à la compétence du gouvernement fédéral et que la Cour les résout par application des principes du droit international public : voy. not. *State of Rhode Island v. State of Massachusetts* (1838), 37 U.S. 657). Dès lors, la Cour « n'est pas compétente pour résoudre des différends entre les Etats membres relatifs à la validité, l'interprétation et l'application des conventions internationales ne relevant pas du droit de l'Union » (conclusions, § 112).

Enfin, en troisième lieu, dès lors que la CJUE ne peut pas trancher un différend de droit international entre deux Etats membres, elle se doit de prendre en compte les situations établies en vertu du droit international comme des « faits juridiques », qu'elle ne peut remettre en cause : ainsi des « décisions émanant des juridictions internationales reconnues, telles que la Cour internationale de justice (...) ou la CPA, constitu[e] un fait juridique pour [la] Cour (res judicata) » (conclusions, § 143).

Ces trois éléments auraient dû conduire l'Avocat général à la conclusion suivante : dès lors que la Slovénie et la Croatie ont souverainement établi leur frontière par le recours à un tribunal arbitral, dont la sentence a été rendue en 2017, et que la CJUE n'a compétence ni pour définir les frontières des Etats membres de l'UE, ni pour apprécier la validité d'une sentence arbitrale portant sur cette question, il appartient à la Cour de prendre acte de cette sentence, et de dire en conséquence si les faits reprochés par la Slovénie à la Croatie – pêche en eaux slovènes de navire croates escortés par des navires de police croates, absence de surveillance de la frontière extérieure, etc. – constituent ou non un manquement aux obligations que tire cette dernière de sa qualité de membre de l'UE. Telle n'est pourtant pas la conclusion à laquelle parvient M. Pikmäe.

En effet, l'Avocat général conclut à l'incompétence de la Cour au motif que « l'applicabilité et la validité de la sentence arbitrale litigieuse sont âprement contestées par la République de Croatie » et qu'il est « impossible d'ignorer le fait que, par note verbale du 30 juillet 2015, la République de Croatie a notifié à la République de Slovénie la cessation de la convention d'arbitrage (...) » (conclusions, § 145). Ainsi, par une curieuse prétention, l'Avocat général fait ce qu'il a consacré plusieurs paragraphes à dire qu'il ne ferait pas : se prononcer, plutôt que de l'accepter comme un « fait juridique »,

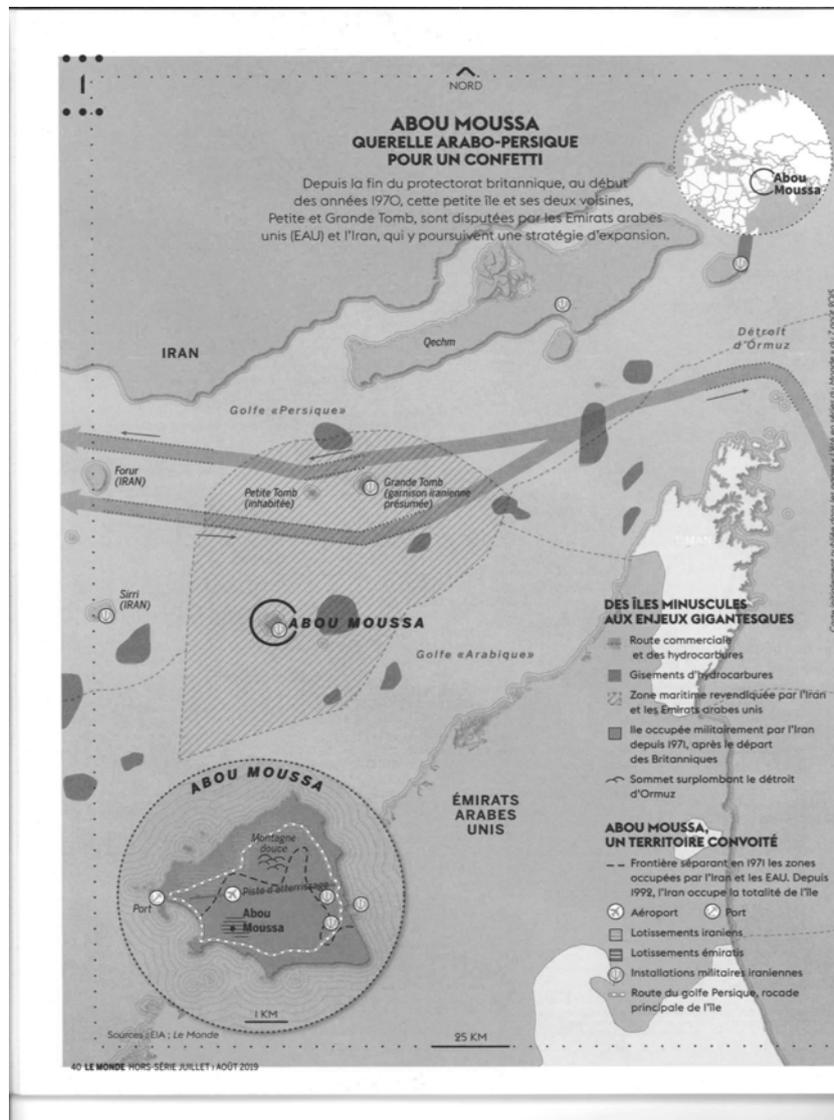
sur la validité d'une sentence arbitrale internationale. Il n'est pas « impossible », mais au contraire tout à fait possible, et même tout à fait obligatoire pour la CJUE, d'ignorer cette note verbale, dès lors qu'elle n'a pas abouti à une décision de nature à remettre en cause la sentence. Faut-il rappeler en effet – prétérition pour prétérition... – que le tribunal arbitral a rejeté, par une sentence partielle du 30 juin 2016, la prétention de la Croatie de dénoncer la convention d'arbitrage – et que la Croatie, par ailleurs, n'a entrepris aucune démarche contentieuse pour faire valoir sa prétention ? Faut-il rappeler, en outre, que le même tribunal a rendu une sentence définitive, non contestée au contentieux, déterminant la frontière entre les deux Etats ? Ce n'est pas nécessaire : les conclusions estiment qu'« à supposer même que, du point de vue du droit international, la sentence partielle contienne une appréciation relative [à la prétention croate de dénoncer la convention d'arbitrage], il n'en demeure pas moins que cette sentence n'est, à ce jour, pas mise en œuvre » et qu'elle n'est pas « auto-exécutoire », ce qui revient, « semble-t-il » (*sic*), « à dire qu'elle n'est pas d'application directe » (conclusions, § 148). Sans justifier d'aucune manière l'ajout de ce nouveau critère tenant à l'absence d'« auto-exécution » d'une sentence arbitrale, dont on se demande par quel miracle il apparaît soudain, l'Avocat rejette ainsi le recours de la Slovénie au motif de l'absence de compétence de la Cour pour connaître d'un litige portant sur la définition d'une frontière entre deux Etats membres de l'UE (conclusions, § 164). La conclusion des conclusions permet sans doute de donner à ces contradictions une explication : « convaincu que la résolution de ce différend se trouve au niveau politique », comme il l'admet benoîtement à la toute fin de son analyse (conclusions, § 165), M. Pikmäe aura manifestement tenté de convaincre la Cour de ne pas se prononcer sur la question, écartant ce faisant, pour des motifs politiques et infondés juridiquement, la demande de la Slovénie, qui aura eu le tort en l'espèce de croire en la force de ses engagements internationaux.

T.F.G.

EMIRATS ARABES UNIS – IRAN

Les îles Tomb et l'île d'Abou Moussa : la poule ou l'œuf ?

2020/2.27 - L'Iran et les Emirats arabes unis sont loin d'être des Etats-amis. La lecture de l'actualité nous renvoie vers des problématiques d'ordres géopolitiques, historiques et religieuses mais il existe un différend territorial entre ces deux Etats qui resurgit régulièrement : l'affaire des îles Tomb (la grande et la petite Tomb) et l'île d'Abou Moussa, revendiquées à la fois par l'Iran et les Emirats arabes unis (ci-après les Emirats). La somme de leurs superficies respectives correspond à environ 25km² ; on comprend dès lors que ce n'est pas la superficie de ses îles qui laisse à désirer, mais c'est surtout leur emplacement, au milieu du Golfe Persique (que les pays de la péninsule Arabe appellent jalousement « Golfe Arabe ») qui leur confère une importance stratégique : c'est entre ces îles en effet que se situe le chenal navigable du détroit d'Ormuz, dont l'importance a été illustrée très récemment par l'affaire du *Stena Impero* (<https://time.com/5631460/stena-impero-britain-iran/>). Elles revêtent une importance économique considérable de par leurs ressources maritimes.



Source : *Le Monde*, hors-série Juillet-Août 2019,
« Géopolitique des îles en 40 cartes ».

Ces îles sont effectivement occupées par l'Iran depuis 1971. Cette occupation a été récemment critiquée par les Emirats, à travers les déclarations du ministre d'état émirien des Affaires étrangères Anwar Gargash, qui l'a considéré comme « illégale », « illégitime », et « illogique » (<https://gulfbusiness.com/uae-official-says-irans-stance-disputed-islands-illogical/>). Gargash a également déclaré que « Iran's rationale for occupying the islands will never yield international legitimacy » (<https://gulfnews.com/uae/government/uae-slams-irans-occupation-of-its-islands-1.62447727>).

Il a précisé dans un « tweet » que « l'obsession excessive de l'Iran au sujet de l'occupation des îles émiriennes – la Grande Tomb, la petite Tomb, et Abou Moussa – n'est pas compréhensible. Téhéran s'humilie à l'international, car son occupation demeure illégale, illégitime, et non reconnue, et les Emirats a invité dès le premier jour d'occupation à régler l'affaire de manière pacifique, par des discussions et un arbitrage » [traduction libre de l'arabe du « tweet » du 4 Mars 2019 https://twitter.com/AnwarGargash/status/1102435981150617600?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1102435981150617600&ref_url=https%3A%2F%2Fgulfnews.com%2Fuae%2Fgovernment%2Fuae-slams-irans-occupation-of-its-islands-1.62447727].

Il a ajouté que « the rejection of the UAE's peaceful calls to solve this case puts Iran in a critical position. Iran's attitude in this case sends a broader message about its orientation in the Arabian Gulf region » et que « [i]n contrast, the Iranian position is, unfortunately, irrational because its occupation is based on force and is not supported by any legal or historical substantiation ». Les déclarations de Gargash ont été émises à la suite de la réunion des Ministres des affaires étrangères des Etats membres de l'Organisation de la Coopération Islamique qui, dans sa conclusion, a demandé à Téhéran « de répondre positivement aux appels pacifiques des Emirats de régler pacifiquement le différend, ce qui devrait mettre un terme à l'occupation iranienne des îles émiriennes, par la voie de dialogue et de négociations directes ou par un arbitrage international ». La position iranienne a toujours été catégorique : elle est prête à discuter afin de clarifier les « malentendus » mais refuse le règlement du litige par la voie juridictionnelle (<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-17770111>), sa souveraineté sur les îles n'étant pas « négociable » (<https://www.reuters.com/article/us-iran-island-uae/irans-guards-commander-visits-disputed-island-tv-idUSBRE85009720120601>). En 2011, l'Iran a déclaré que ces îles « leur appartiendront à jamais » (<https://www.arabianbusiness.com/iran-tells-uae-disputed-islands-are-ours-forever--423255.html>), en réponse aux déclarations faites par le ministre émirien des Affaires étrangères, Sheikh Abdullah Bin Zayed Al Nahyan devant l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce dernier avait déclaré que “The actions taken by the Islamic Republic of Iran with the aim of changing the legal, physical and demographic situation of the islands are null and void and have no legal effect whatsoever”.

En 2012, la visite des trois îles par le Président Ahmadinejad avait suscité le scandale, jusqu'au rappel par les Emirats de leur ambassadeur en Iran. Cette visite, qui avait pour but de commenter « the historical basis for the Persian Gulf's name, according to Iranian state news agency IRNA » (<https://edition.cnn.com/2012/04/12/world/meast/uae-iran-ambassador-recall/index.html>), est symptomatique des tensions existantes entre l'Iran d'un côté, et les pays de la péninsule arabe de l'autre côté. Les provocations sont fréquentes, la dernière datant de décembre 2018, (<https://www.youtube.com/watch?v=tpg7l8KsyQ4>), marquée par une visite du commandant en chef du Corps des Gardiens de la révolution islamique (le plus haut grade militaire en Iran) qui avait fait une déclaration menaçante depuis l'île d'Abou Moussa (<https://www.tellerreport.com/news/--iranian-chief-of-staff-launches-warnings-from-abu-musa-island-.B1MVAed-N.html>).

Sujet de toutes les passions, la compréhension de ce sujet est pour le moins compliquée. Le Juge Treves avait relevé, à juste titre, que « it is a long standing dispute whose origin – whose critical date – [...] dates back to 1887/88 or 1903 and certainly, in its present form dates back to 1971 » (Avant propos du livre de Charles L.O. Buderer,

Luciana T. Ricart, *The Iran-UAE Gulf Islands Dispute*, Brill, Queen Mary Studies in International Law, Volume 29, Mai 2018, p. 15). Un bref rappel des événements clés de ce différend semble donc utile pour une meilleure analyse des déclarations récentes.

Il convient d'abord de rappeler que les Emirats ont été sous protectorat britannique pendant 79 ans (1892-1971). Les britanniques se sont retirés des Emirats en 1968, et l'accord fondant le protectorat a pris fin en 1971. Le 30 novembre 1971, quelques jours avant la création de la Fédération des Emirats arabes unis (connus jusqu'à lors sous le nom « d'États de la Trêve »), les forces iraniennes ont occupé par la force les îles de la Grande et de la Petite Tomb. Lorsque le Royaume-Uni s'apprête à quitter les Emirats en 1971, il signe avec l'Iran un accord, qui légitime, du point de vue iranien, le contrôle des trois îles, une interprétation maintenue après la révolution de 1979.

Il faut préciser que ces îles « appartenaient » au Cheikh Saqr Bin Muhammad Al Qasimi, qui était à la tête de Ras Al Khaimah (désormais 7^{ème} émirat). Un Mémorandum d'accord avait déjà été mis en place entre l'Iran et Sharjah afin de permettre aux deux d'administrer en partie l'île d'Abou Moussa et de récupérer conjointement les fruits de son exploitation. Charles L.O. Buderi et Luciana T. Ricart ont récemment publié une recherche exhaustive sur le sujet, dans laquelle ils rapportent que l'accord avait été obtenu par l'Iran par la menace de la force, sous forme d'une anecdote : « confronted by Iran's threat to seize the island by force if he did not accede in signing the MOU [mémorandum d'accord] » le gouvernant de Sharjah aurait demandé à son avocat américain ce qu'il aurait fait s'il était à sa place, et « to this, the lawyer replied that « Abu Musa itself was nothing but a pile of rock » and that so long as Sharjah's claim of sovereignty was not sacrificed, he would agree to share jurisdictional control of the island, along with « the oil around it » with Iran » (Charles L.O. Buderi, Luciana T. Ricart, *The Iran-UAE Gulf Islands Dispute*, Brill, *Queen Mary Studies in International Law*, Volume 29, Mai 2018, p. 42).

L'Iran a violé à plusieurs reprises les termes de cet accord peu de temps après sa conclusion, en imposant par exemple aux émiriens l'obtention de visas iraniens pour se rendre aux îles et annexant les parties d'Abou Moussa qui étaient administrées et contrôlées par l'Emirat de Sharjah. Les deux États ont alors décidé de passer aux négociations bilatérales en 1992, en vain. Les Emirats ont donc invité l'Iran à soumettre le différend à la Cour Internationale de Justice, ce qu'elle refusera, non sans menaces : le président Iranien Hashemi Rafsanjani avait déclaré à cette occasion que « Iran is surely stronger than the likes of you (...and) to reach these islands one has to cross a sea of blood... we conder this claim totally invalid ».

Aujourd'hui, la petite Tomb n'est pas habitée, la grande Tomb renferme des installations militaires iraniennes et Abou Moussa abrite environ 2000 personnes, iraniens au nord, Arabes, ou étrangers travaillant pour le compte d'émiriens au sud. Ces derniers se plaignent régulièrement du traitement que leur réserve l'Iran (<https://gulfnews.com/lifestyle/abu-musa-residents-iran-trying-to-harass-us-from-our-homes-1.1045447>). Le contrôle iranien des îles se manifeste par quelques démonstrations de force (expulsion de travailleurs étrangers travaillant pour des émiriens en 1992) mais plus durablement par la construction d'infrastructures (ports, aéroports, installations militaires) (<https://www.globalsecurity.org/wmd/world/iran/abu-musa.htm>).

Les arguments des Emirats reposent sur une multitude de documents dont des titres et des cartes datant du XIX^{ème} siècles, et un contrôle effectif longuement exercé sans

interruption par la tribu des Qawasim, issue de Ras Al Khaimah, avant 1971. La souveraineté des Emirats a été implicitement confirmée par l'Iran, puisqu'en 1929, le Shah avait offert aux gouvernants de Sharjah et de Ras al Khaimah l'achat des trois îles, mais ces derniers ont rejeté l'offre. En 1930, l'Iran leur a à nouveau proposé la location des îles Tomb pour une période de 50 ans, en vain.

Cette affaire illustre parfaitement la confusion qui peut exister entre les situations d'occupation et les situations de zones contestées. L'affaire est également intéressante du point de vue des « titres historiques », « des droits historiques » ou des « eaux historiques ». En effet, l'Iran semble se fonder sur sa version de l'histoire afin de justifier sa souveraineté sur les îles. En 1971, le Shah avait déclaré que « what we are demanding is what has always belonged to our country throughout history... it is perfectly natural and reasonable that, now that imperialism is withdrawing, Iran should regain what has always been its possession historically » ; « [t]he islands are ours, but some eighty years ago Britain interfered with exercise of our sovereignty and grabbed them for her wards, Sharjah and Ras al Khaimah ». Les déclarations iraniennes au sujet de leurs positions sont rares et ambiguës, ce qui complique l'analyse juridique de leur position. Cette ambiguïté n'est pas sans rappeler les prétentions chinoises en Mer de Chine méridionale. On peine à comprendre si l'argument historique se traduit sur le plan juridique par la notion de « titres historiques », qui n'a pas la même valeur en droit de la mer qu'en matière d'espaces terrestres. Cette nuance n'est pas sans importance, puisqu'elle permet une meilleure compréhension du « quoi » et du « pourquoi » des revendications iraniennes. L'ambiguïté semble être voulue et pensée, et l'Iran pratique depuis 1971 une politique du fait accompli. Si cette tactique ne s'est pas heurtée à des obstacles physiques, elle est fort contestable (et contestée) sur le plan juridique. Au-delà de la question des titres invoqués par les deux Etats dans cette affaire, qu'on ne prétend nullement traiter dans cette note, l'Iran a violé les termes d'un accord (qu'elle a imposé), et a constamment refusé les appels des Emirats à régler pacifiquement le différend. L'Iran, par ses installations militaires sur les îles, par les visites fréquentes de ses dirigeants, se dote d'une carte face aux pays de la péninsule arabe, qu'elle pourra éventuellement « monnayer » dans le cadre plus large des nombreux différends qui l'opposent aux Etats de la péninsule arabe.

M.H.

ETATS-UNIS – HONG KONG

Promulgation du « Hong Kong Human Right and Democracy Act »

2020/2.28 - Le 27 novembre 2019, le Président des Etats-Unis, Donald Trump, promulguait le « Hong Kong Human Rights and Democracy Act of 2019 » consolidant un peu plus le rôle – que s'est auto-attribué le pays – de défenseur de la démocratie. Cet acte vient amender le « United States – Hong Kong Policy Act » adopté en 1992 dans le contexte de la rétrocession de la souveraineté sur Hong Kong par le Royaume Uni à la République populaire de Chine. L'acte de 1992 accordait à Hong Kong un traitement économique dérogatoire par rapport à la réglementation applicable à la Chine métropolitaine. Cette dérogation se justifiait par la préservation du système d'économie de marché jusqu'alors en vigueur à Hong Kong, conformément à la *Joint Declaration on the question of Hong Kong* du Royaume Uni et de la Chine signée en 1984. Dans le but

de consolider le « strong interest » des Etats-Unis aux « continued vitality, prosperity and stability of Hong Kong » le congrès avait accordé le maintien des réglementations en vigueur avant la rétrocession à la Chine (<https://www.congress.gov/bill/102nd-congress/senate-bill/1731/text>). L'acte conditionne, toutefois, ce régime préférentiel par un haut degré d'autonomie du gouvernement de Hong Kong en matière économique, mais également politique. Soulignant le rôle joué par la politique étrangère américaine en matière de démocratisation, l'acte de 1992 insiste sur le respect des droits civils et politiques, considéré « as a basis for Hong Kong's continued economic prosperity » (section 2, points 5 et 6).

Le Hong Kong Human Right and Democracy Act de 2019 modifie l'acte de 1992 pour assortir ces conditions – autonomie et respect des droits de l'homme – d'un mécanisme de contrôle (<https://www.congress.gov/116/plaws/publ76/PLAW-116publ76.pdf>). Le Congrès pourra désormais apprécier, à travers un rapport élaboré annuellement par le Secrétaire d'Etat, le degré d'autonomie dont jouit le gouvernement hongkongais dans un certain nombre de domaines listés, principalement économiques, mais aussi en matière d'état de droit. « L'érosion » de l'autonomie de Hong Kong sera mesurée par rapport aux dispositions de la *Joint Declaration* de 1984, ainsi que celles de la *Basic Law*, le statut constitutionnel de région administrative spéciale accordé par la Chine à Hong Kong.

L'acte de 2019 vient compléter les dispositions relatives aux modalités de suspension du traitement préférentiel de l'acte de 1992. Il s'insère en effet à la suite de la section 202 qui accorde au président des Etats Unis la possibilité de suspendre les réglementations favorables dès lors qu'il considère que l'autonomie dont jouit Hong Kong n'est plus suffisante. Le mécanisme de contrôle instauré est alors susceptible d'être assorti de conséquences concrètes. Outre cette possibilité de suspension, l'acte de 2019 prévoit un arsenal de sanctions économiques à l'encontre des « persons responsible for undermining fundamental freedom and autonomy in Hong Kong ». Ces sanctions vont de l'interdiction de visa au gel des avoirs détenus sur le sol américain, en passant par l'imposition de pénalités financières. Le Congrès américain s'arroge donc le droit de contrôler, discrétionnairement et unilatéralement, la bonne application d'un accord passé entre deux Etats tiers – la *Joint Declaration* du Royaume Uni et de la Chine – ainsi que le statut constitutionnel d'un Etat étranger et celui de fonder sur l'issue de ce contrôle l'imposition de sanctions. Le Congrès, par l'adoption de cet acte, franchit une étape supplémentaire dans l'élargissement des effets extraterritoriaux de son pouvoir législatif, repoussant toujours un peu plus les limites du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats.

Cet acte a suscité de vives réactions auprès de la Chine et du gouvernement de Hong Kong. La Chine accuse les Etats-Unis de déployer une stratégie de déstabilisation de son développement économique, sous couvert d'un soutien pro-démocratique aux manifestants (<https://www.fmprc.gov.cn/fra/xwfw/fyrth/lxjzdh/t1720662.shtml>). Elle dénonce ainsi « une grave violation du droit international et des normes fondamentales régissant les relations internationales ». Le gouvernement hongkongais, de son côté, considère cet acte comme une ingérence dans ses affaires intérieures et incite le président américain à se rétracter (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/11/28/donald-trump-promulgue-une-loi-prodemocra-tie-soutenant-les-manifestants-de-hongkong_6020794_3210.html). A l'inverse, les membres du congrès américains se félicitent de l'adoption d'une loi soutenant les manifestants hongkongais dans leur lutte pour la démocratie et les droits de l'homme.

L'adoption de lois méconnaissant le principe de l'interdiction de l'ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat sous couvert de protection des droits de l'homme n'est pas un fait isolé dans la politique du congrès américain. Cependant, les discours des représentants américains ne permettent pas à eux seuls d'infléchir le droit international. Certes, aucune règle générale n'interdit l'utilisation de l'accès à son marché national comme moyen de pression politique. Les Etats demeurent libres, dans la limite des engagements qu'ils ont contracté, de choisir les conditions d'ouverture de leur territoire et de leur marché à l'étranger. Toutefois, il ne fait nul doute que l'établissement de *certifications* (terme utilisé dans l'acte) sur le degré de démocratisation et de respect des droits de l'homme d'un Etat étranger porte atteinte « au droit de tout Etat de choisir son système politique, économique et social sans aucune forme d'ingérence de la part d'un autre Etat » (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies). Le développement du droit international des droits de l'homme et la prépondérance des principes démocratiques dans le droit onusien ne permettent pas – pour le moment du moins – de justifier une telle ingérence.

Au contraire, l'instrumentalisation de l'argument de protection des droits de l'homme et de la démocratie par les Etats-Unis nuit à sa possible juridicisation. En effet, les motifs réels du Hong Kong Human Rights and Democracy Act peuvent être questionnés. Nous l'avons vu, l'acte de 1992 prévoyait déjà qu'en cas de diminution de l'autonomie de Hong Kong, le président américain pouvait suspendre le bénéfice du régime économique dérogatoire. Qu'apporte donc l'instauration d'un contrôle annuel ? Cette disposition semble mériter certaines critiques émises sur une volonté d'entretenir les désordres internes de la Chine et d'accentuer son exposition néfaste sur la scène internationale. L'apparition de drapeaux étatsuniens au sein des manifestations à Hong Kong révèle le jeu d'influence auquel se livre la plus grande puissance mondiale dans cet épisode mettant à mal son principal concurrent économique. Notamment, l'adoption de l'acte a eu des conséquences immédiates sur la Bourse de Hong-Kong qui a fortement chuté dès le lendemain (<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/hong-kong-la-bourse-plonge-apres-l-adoption-aux-etats-unis-d-unesolutionsoutenant-les-manifestants-20191121>), mais également sur les bourses de la Chine métropolitaine, Shanghai et Shenzhen. L'enjeu économique semble alors primer dans l'adoption de ce « Human Rights and Democracy Act ». La problématique d'un « droit d'ingérence » n'est pas nouvelle. Cependant, l'accroissement de son invocation nécessite une clarification – qu'elle consiste en une nouvelle définition de l'ingérence ou bien en une sanction de l'interdiction en vigueur – pour éviter les dérives et protéger les principes cardinaux du droit international.

C.C

FRANCE

Palantir - Une question de « souveraineté numérique » ?

2020/2.29 - Dans le cadre de son programme de lutte contre le terrorisme, la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI) a décidé, en novembre 2019, de renouveler pour trois ans le contrat initialement conclu après les attentats de 2015 avec la société américaine Palantir, spécialisée dans les logiciels d'analyse des données massives.

La *start-up* Palantir a été fondée en 2004 par Alex Karp et Peter Thiel, milliardaire proche de l'actuel président américain Donald Trump, pour apporter une réponse

technique aux besoins d'identification des menaces post-11 septembre. Comptant actuellement près de 2 500 employés (M. Rosemain, « France seeks own alternative to Palantir data firm in helping fight terrorism », *Reuters*, 27 nov. 2019), la valeur de Palantir était estimée en 2015 à 20 milliards de dollars. Ses premiers clients travaillaient dans le domaine de la sécurité : la CIA, la NSA, les forces spéciales américaines mais son activité s'est élargie au secteur privé : Airbus, Fiat Chrysler, Sanofi et Merck, la Banque Crédit Suisse (V. Lamigeon, « Faut-il avoir peur de Palantir, le géant du *big data* ? », *Challenges*, 21 mars 2019). Ses deux produits phares sont des logiciels répondant aux noms de Gotham et Foundry. Le premier a été initialement développé pour la CIA et permet d'extraire des données de sources multiples pour ensuite les modéliser et établir des cartographies en fonction de personnes, de lieux, d'objets ou d'événements. Il est actuellement utilisé par la DGSI dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le second logiciel est davantage destiné au secteur commercial pour permettre aux clients de Palantir d'établir des corrélations entre des centaines de bases de données de sources et de natures différentes.

Plusieurs craintes ont été formulées à la suite du renouvellement de ce contrat par la DGSI. A d'abord été évoqué le risque de fuites de données sensibles vers la CIA, qui, selon un modèle économique assez classique, a été un des premiers clients mais est également un des premiers investisseurs de l'entreprise. Les critiques ont également mentionné l'utilisation par les autorités américaines de portes dérobées (*backdoors*) implantées dans ces logiciels d'analyse de données afin de faciliter la pénétration dans les réseaux étrangers, comme cela avait été révélé au moment de l'affaire de cyberespionnage dénoncée par E. Snowden (G. Greenwald, « How the NSA tampers with US-made internet routers », *The Guardian*, 12 May 2014). Ces risques ont d'ailleurs conduit la Direction du renseignement militaire français ainsi que Tracfin, la cellule de blanchiment de Bercy, à refuser d'utiliser les plateformes de Palantir pour des questions de « souveraineté » (V. Lamigeon, *op. cit.*).

La DGSI a tenté de répondre aux critiques en précisant que, conformément aux recommandations de l'ANSSI, les données utilisées par le logiciel Gotham étaient localisées sur un réseau interne et fermé (N. Lerner, directeur de la DGSI *in* C. Hache et E. Paquette, « DGSI : les espions français replongent avec l'entreprise américaine Palantir », *L'Express*, 26 nov. 2019), ce qui garantit effectivement une plus grande sécurité. Pourtant les craintes formulées ne sont pas totalement infondées. Comme l'ont rappelé plusieurs rapports de l'Assemblée nationale sur *Les enjeux de la numérisation des armées* (Rapport d'information de la Commission de la défense nationale et des forces armées, O. Becht et T. Gassiloud, n° 996, 30 mai 2018), du Sénat sur *La souveraineté numérique* (Commission d'enquête, F. Montaugé et G. Longuet, n° 7, 1^{er} oct. 2019) ou encore de la mission parlementaire formée à la demande du Premier ministre Edouard Philippe et présidée par le mathématicien et député Cédric Villani sur l'intelligence artificielle (*Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, 2018), le contrôle des données tout comme la maîtrise des nouvelles technologies constituent un enjeu central pour la préservation de la souveraineté des Etats à l'ère numérique.

L'expression aujourd'hui répandue de « souveraineté numérique » est malheureusement souvent dévoyée. Il n'y a pas de spécificité de la souveraineté de l'Etat à l'ère numérique, comme il n'y a pas non plus de souveraineté numérique des

utilisateurs d'Internet (Sénat, rapport, *La souveraineté numérique*, *op. cit.*, p. 78), des GAFA (A. Blandin, « Les entreprises souveraines de l'Internet : un défi pour l'Europe », in A. Blandin, Obernesser (dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant, 2016) ou de l'Union européenne (Avis du Conseil économique, social et environnemental, *Pour une politique de souveraineté européenne du numérique*, 13 mars 2019). La souveraineté doit rester l'attribut de l'Etat et uniquement de celui-ci. Dans cette hypothèse, pour les utilisateurs de l'expression, la « souveraineté numérique » apparaît le plus souvent synonyme d'indépendance technologique et économique ou d'autonomie stratégique. On est donc bien loin de désigner par ces termes l'exercice de compétences étatiques dans le domaine du numérique.

Ce qui est en effet reproché à la DGSI est d'utiliser un logiciel étranger, et notamment américain, pour traiter de données intéressant la sécurité nationale : il s'agit à la fois d'une question d'indépendance technologique dans la production de ce type de logiciel, d'autonomie stratégique vis-à-vis des autorités américaines dans un secteur sensible et de protection des intérêts nationaux dans le domaine de la défense et de la sécurité. Comme tentait de l'expliquer Arnaud Coustillière (directeur de la DGNUM, Ministère des Armées) « ce qui est souverain, dans l'espace numérique, ce sont les données et, de plus en plus, l'algorithme qui sert à les traiter » (Assemblée nationale, rapport de la commission de la défense nationale et des forces armées, *op. cit.*, p. 173). La DGSI, en répondant aux critiques par le fait que l'utilisation des logiciels Palantir ne constitue qu'une solution transitoire en l'absence de solution alternative française ou européenne, se trompe de stratégie. L'élaboration d'algorithmes efficaces et robustes n'est possible que si des jeux de données exploitables, même protégés pour des raisons de défense, sont mis à la disposition des concepteurs de ces logiciels. Il serait donc nécessaire d'une part que les potentiels clients français, publics ou privés, de ce type de technologie investissent massivement dans les *start-up* françaises ou européennes pour permettre de développer des logiciels nationaux ou européens répondant à leurs besoins spécifiques, comme l'ont fait les premiers clients américains de Palantir, et d'autre part que les autorités françaises adaptent les règles de droit relatives à la protection des données, au secret défense et la propriété intellectuelle pour permettre l'exploitation de jeux de données utiles à l'élaboration de ce type de logiciels dans un environnement sécurisé.

Il faut néanmoins apporter quelques nuances aux propos les plus alarmistes concernant le renouvellement de ce contrat. Ce n'est pas tant la production étrangère de ces technologies qui pose un problème que l'absence d'assurance d'une maîtrise nationale du fonctionnement de ces technologies, une fois les produits livrés. Il n'est pas nécessaire de produire à tout prix des technologies françaises mais d'assurer l'indépendance de la France dans la maîtrise des technologies qu'elle utilise (*Revue stratégique de la cybersécurité*, 12 février 2018, p. 93). Il reste toutefois difficile d'affirmer avec certitude que ce second objectif est accessible indépendamment de la réalisation du premier.

A.-Th. N.

FRANCE

Ratification du Protocole sur l'accèsion de la République de la Macédoine du Nord à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, 21 novembre 2019

2020/2.30 - Les parlementaires français auraient pu avoir de quoi être surpris lorsqu'ils ont été saisis le 17 juillet 2019 (voir dossier législatif : http://www.assembleenationale.fr/dyn/15/dossiers/accession_macedoine_nord_otan) du projet de loi autorisant la ratification du protocole au traité de l'Atlantique Nord sur l'accèsion de la République de Macédoine du Nord, à l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord. A la date de cette saisine, 26 Etats membres sur 29 avaient ratifié le protocole ; seuls restaient la France mais aussi les Pays-Bas et l'Espagne pour des raisons techniques. Cette organisation n'avait-elle pas été déclarée « en état de mort cérébrale » par le président de la République française (*The Economist*, 7 novembre 2019, *economiste.com/europe*) ? Quel pouvait être d'ailleurs son avenir compte tenu des incertitudes pesant sur les choix et le comportement du président des Etats-Unis, *deus ex machina*, qu'on le veuille ou non, de l'organisation ? Pour autant, l'OTAN continue d'attirer puisque, après le Monténégro en 2018 (v. cette « Chronique », n° 2016/2.69), c'est la Macédoine du Nord qui avait fait acte de candidature afin de devenir le 30ème membre de l'Organisation. Ces mêmes parlementaires pouvaient également s'interroger sur l'intérêt pour les deux parties d'une adhésion de la Macédoine du Nord, un Etat balkanique de 25 713 kilomètres carrés, d'un peu plus de 2 millions d'habitants dont le produit intérieur brut (PIB) s'élève à 9,7 milliards d'euros, dont l'effort de défense représente 135 millions d'euros, soit 1,2 % du PIB et qui présente pour ces raisons « un enjeu géostratégique certes limité » (*Rapport M. Clapot*, Commission des Affaires étrangères, Assemblée Nationale, n° 2429, 20 novembre 2019).

Pourtant, cette adhésion apparaît comme la conclusion d'un processus logique déjà suivi par d'autres Etats d'Europe centrale et des Balkans qui n'a été retardée que pour une question ne touchant que très indirectement à l'adhésion. Elle laisse en suspens toute une série d'interrogations concernant les deux protagonistes mais également l'Union européenne.

Devenu indépendant en septembre 1991 sous le nom de République de Macédoine, le nouvel Etat s'est empressé de tenter d'obtenir son intégration dans l'espace euratlantique, cherchant, comme de nombreux adhérents, une garantie de sécurité du côté de l'OTAN et un soutien au développement économique auprès de l'Union européenne. Ses tentatives pour adhérer à ces deux organisations n'ont pu aboutir du fait du veto de la Grèce au motif que la République de Macédoine s'appropriait le nom d'une de ses provinces, la province de Thessalonique et, par là même, la partie de son héritage culturel liée notamment à Alexandre le Grand (v. cette « Chronique », n° 2018/1.12 et n° 2018/3.62). Elle n'a donc pu adhérer à l'ONU et être reconnue par les autres Etats que sous le nom de « Ancienne République Yougoslave de Macédoine » (ARYM). Par contre, alors que la Macédoine a obtenu le statut de pays candidat en 2005, son adhésion à l'Union européenne a été conditionnée à la signature d'un accord sur le nom, ayant une portée obligatoire en droit interne. De même, l'adhésion à l'OTAN a-t-elle été soumise à la construction d'une « solution mutuellement acceptable [avec la Grèce] sur la question du nom ». Face à ce blocage et concernant l'OTAN, l'ARYM va conduire une stratégie de rapprochement et de participation. Dès 1996 elle adhérait au Partenariat Pour la Paix,

puis, en 1999, au plan d'action pour l'adhésion. Cette volonté se manifestera davantage encore à partir de 2017 avec l'arrivée au pouvoir d'une majorité politique plus favorable aux occidentaux. Ainsi, la Macédoine s'est-elle engagée, même de manière très modeste, en Afghanistan, en Irak et en Syrie ainsi qu'au Liban. Elle a de plus adopté le plan national d'intégration à l'OTAN et participé à ou organisé des exercices afin de développer l'interopérabilité de ses forces avec celle des membres de l'Organisation. Il ne restait plus qu'à lever l'hypothèque grecque, ce qui fut fait non sans mal par un accord bilatéral avec Athènes signé à Prespa le 17 juin 2018. La Macédoine, désormais « Macédoine du Nord » ayant modifié sa constitution et ratifié l'accord à la suite d'un référendum du 30 septembre 2018 (91% de « oui » mais seulement 37% de participation), les Etats membres de l'OTAN et le gouvernement nord-macédonien ont pu alors signer le protocole d'adhésion le 12 février 2019.

Devenue membre de l'OTAN, la Macédoine du Nord est ainsi désormais protégée par la clause d'assistance mutuelle prévue par l'article 5 du Traité de Washington. Toutefois, la sécurité n'est pas l'enjeu essentiel de son adhésion même si la zone des Balkans devient aujourd'hui une zone géopolitique sensible du fait du développement de l'influence de la Russie, des pays du golfe et de la Chine. L'adhésion contribue certes à conforter sa position dans son environnement régional alors même qu'elle entretient des relations toujours complexes avec ses voisins. Mais depuis l'arrivée d'un nouveau gouvernement à Skopje en 2017, ces relations se sont améliorées avec la Grèce à la suite de l'accord de Prespa et avec la Bulgarie. Des difficultés subsistent avec la Serbie, du fait de la reconnaissance du Kosovo par la Macédoine du Nord et avec l'Albanie qui dispose d'un poids non négligeable sur le jeu politique à Skopje du fait de ses liens avec les partis politiques représentant la communauté albanaise (25% de la population macédonienne). Elles ne semblent pas pourtant devoir menacer la sécurité de la Macédoine du Nord dans un espace où l'on trouve une large majorité d'Etats membres de l'OTAN et d'Etats qui aspirent à le devenir. On peut ainsi affirmer que pour la Macédoine du Nord, cette adhésion n'a que des « conséquences très limitées » (*Rapport M. Clapot, op. cit. p.15*).

Il en va assurément de même pour l'OTAN. Cette adhésion s'inscrit dans la politique de « la porte ouverte » conduite par l'Organisation envers les Etats d'Europe orientale depuis la disparition de l'URSS avec pour seule exigence, leur « capacité à contribuer à la stabilité de l'Alliance atlantique » (Article 10 du Traité de Washington). C'est ainsi qu'est perçue l'adhésion de la Macédoine du Nord, qui « cimente une dynamique vertueuse d'apaisement des tensions régionales » (selon les mots d'un représentant de la DGRIS lors de son audition devant la Commission des Affaires étrangères de la défense et des forces du Sénat, *Rapport J. Garriaud-Maylam, n° 38, 9 octobre 2019*). Dans cette perspective politique et diplomatique, il n'est pas contradictoire que la contribution militaire de la Macédoine du Nord à l'Alliance soit modeste : elle représentera 0,0721% du budget (environ, 7 millions d'euros par an). Le budget de la défense de la Macédoine du Nord qui s'élève à 101,3 millions d'euros en 2018, devrait connaître une hausse de 0,2% de PIB par an pour tendre vers l'objectif de 2% du PIB en faveur de la défense.

Beaucoup de bruit pour rien donc et, en effet, le projet de loi d'autorisation sera adopté sans difficulté par l'Assemblée Nationale, le 21 novembre 2019. Il deviendra la loi n° 2019-1245 du 28 novembre 2019 autorisant la ratification du Protocole au traité de l'Atlantique Nord sur l'accession de la République de Macédoine du Nord à l'OTAN,

publiée le 29 novembre au *Journal Officiel*. Ce n'est cependant pas le cas si l'appréciation de l'adhésion de la Macédoine du Nord à l'OTAN est inscrite dans une perspective plus large. Du point de vue de l'OTAN d'abord, il est difficile de s'abstraire de la question existentielle à laquelle elle renvoie l'organisation. A quoi sert l'OTAN ? N'est-elle pas uniquement destinée à formaliser une nouvelle technique de *containment* militaro-diplomatique de la part des Occidentaux vis-à-vis de la Russie ? Depuis 1991, la marche vers l'est de l'OTAN, qui n'est très souvent que le paravent multilatéral de la stratégie internationale des Etats-Unis, s'avère en effet d'une remarquable continuité (voir P. Laurent, débat devant la Commission des Affaires étrangères de la défense et des forces armées du Sénat, 17 octobre 2019) jusqu'au blocage (momentané ?) résultant de l'annexion de la Crimée par la Russie et du conflit dans l'est de l'Ukraine. Dans les Balkans, les adhésions successives des Etats de la région à l'OTAN, qui font suite à l'éclatement de la Yougoslavie et à l'intervention armée de l'Organisation contre la Serbie en 1999, et qui toutes ont suscité ou suscitent des réactions hostiles de la part de la Russie, s'inscrivent dans la même perspective. Dès lors, il existe bien une ligne de tension ; même si son tracé est incertain entre les initiatives interventionnistes des Etats-Unis et la volonté de récupération par la Russie de son statut international passé. Dans les Balkans ces initiatives – alors que de nombreux membres européens de l'OTAN sont très hésitants sur la pertinence de nouvelles adhésions – sont justifiées par le renforcement de la stabilité qui en serait la conséquence. Mais, il y a un paradoxe à justifier l'adhésion de la Macédoine du Nord à l'OTAN par le risque d'instabilité qui pourrait naître des initiatives de la Russie et notamment de son rapprochement avec la Turquie, alors même que ce dernier pays est membre de l'Alliance et qu'il n'a jamais été question de l'en écarter après qu'il se soit doté d'armements russes particulièrement performants et lancé unilatéralement dans une offensive en Syrie contre les alliés des occidentaux. Et d'ailleurs, si la Turquie était perçue par l'Alliance et au premier chef par les Etats-Unis comme une menace pour la stabilité des Balkans, ils disposeraient des moyens économiques nécessaires pour y mettre un terme. Certes l'adhésion de la Macédoine est présentée, après celle d'autres Etats précédemment, comme ne pouvant être qualifiée de « provocation vis-à-vis de la Russie » (*Rapport M. Clapot*, Assemblée Nationale, p. 20) mais la référence à la stabilité des Balkans n'est-elle pas alors un prétexte auquel la Russie ne peut répondre que par une posture politique ? La relation entre l'OTAN et la Russie relève en effet d'un cadre d'analyse beaucoup plus vaste que la question de l'adhésion d'un petit Etat balkanique. Il demeure un cadre de dialogue, « même si la crise ukrainienne a conduit à l'assortir d'une nécessaire dimension de fermeté et de vigilance ». Pour la Russie cependant, cette stratégie occidentale ne peut être que destinée à la cantonner dans ses frontières nationales en faisant en sorte de la priver progressivement de toute influence extérieure, l'empêchant ainsi de retrouver un statut international. Pour Moscou, la Macédoine, même si elle compte une minorité slave pro-russe active, présente un intérêt stratégique négligeable si on la compare à d'autres Etats candidats qui, eux, relèvent de son étranger proche. Son opposition, si elle ne peut être que symbolique, est malgré tout de principe : une hostilité à tout nouvel élargissement de l'OTAN, mais qui répond à une perception largement partagée en Russie, celle du *containment* et du recul de son influence du fait de l'action des occidentaux et notamment de l'OTAN.

On aurait alors tendance à oublier la Macédoine du Nord prise dans une confrontation qui assurément la dépasse. La concernant, la question qui peut être posée est la suivante : les menaces qui l'affectent concrètement peuvent-elles être traitées par

l'adhésion à l'OTAN ? Tous les observateurs s'accordent à admettre qu'une série de maux affectent ce pays. La situation économique y est difficile : un revenu par habitant qui atteint 39% de la moyenne de l'UE, avec de fortes disparités régionales ; un taux de chômage des jeunes est particulièrement élevé (49%) provoquant la fuite des cerveaux et la dépendance du pays aux revenus de la diaspora, enfin une part de l'économie informelle très importante (estimée entre 24% et 47% du PIB). On peut donc estimer, avec P. Laurent (*op.cit.*) que les besoins immédiats devraient pousser le pays à tenter d'améliorer sa situation économique plutôt que d'augmenter son budget de défense, fût-ce de manière modique. D'autres menaces sont plus précises et devraient exiger une réponse vigoureuse : la corruption touche particulièrement la Macédoine du Nord (107^e rang sur les 180 pays référencés par l'ONG *Transparency International*) qui alimente l'économie souterraine et limite l'efficacité de la lutte contre la criminalité organisée, très présente comme dans les autres Etats balkaniques. Elle constitue en effet un pays de destination et également de transit vers l'Union européenne pour le trafic d'armes, de stupéfiants et d'êtres humains. Enfin, elle n'est pas épargnée par les problèmes de radicalisation, de retour des combattants terroristes et de pression migratoire. Or, si l'OTAN est parfaitement apte à maîtriser les menaces classiques susceptibles de se manifester dans la région, d'autant qu'elles sont largement surévaluées et opposent le plus souvent des Etats déjà membres de l'OTAN ou aspirant à l'être, sa capacité à contribuer à lutter contre les maux qui touchent la Macédoine du Nord apparaît beaucoup plus aléatoire. Cette mission incombe plus justement à l'Union européenne à laquelle la Macédoine du Nord est officiellement candidate depuis 2005. Or, si le Conseil européen d'octobre 2019 n'a pas décidé d'ouvrir les négociations, c'est bien parce que subsistent des interrogations majeures sur le respect de l'état de droit dans le pays, mais aussi assurément parce qu'un certain nombre d'Etat européens sont méfiants face à un nouvel élargissement, avant une refondation en profondeur de l'Union.

La situation de l'Union européenne est donc complexe. Elle soumet l'adhésion au respect de conditions économiques et juridiques exigeantes parfaitement justifiées mais qui ne peuvent être satisfaites qu'au terme d'une mise à niveau importante de l'Etat candidat. Même avec l'aide que dispense l'Union, le processus est long. L'adhésion à l'OTAN est beaucoup plus aisée puisque seul un engagement politique général est exigé. Le résultat de cette distorsion dans le temps est connu : l'entrée dans l'Alliance atlantique précède le plus souvent de plusieurs années l'adhésion définitive à l'UE. Pourquoi dès lors, le nouvel Etat membre de l'OTAN, qui a obtenu après bien des difficultés son entrée dans l'Union, contribuerait-il au développement de la PSDC vers une défense européenne commune, alors même qu'il dispose dès à présent de la protection de l'OTAN et par là même des Etats-Unis ? Pourquoi tenter de modifier un cadre lui fournissant à la fois sécurité stratégique d'un côté et sécurité économique de l'autre ? Dans ces conditions, il est possible de considérer que le développement des élargissements de l'OTAN fait comme première victime l'Union européenne, en retardant voire en obérant définitivement la création d'une Europe-puissance. Certains Etats membres dont la France ne s'y sont pas trompés, manifestant une méfiance contre toute nouvelle adhésion, surtout susceptible de concerner des Etats de l'étranger proche de la Russie. Il y aurait pour Paris une contradiction politique majeure à aggraver la perception que peut avoir la Russie de ce mouvement vers l'est tout en s'efforçant de renouer un dialogue avec elle sur des dossiers sur lesquels elle ne peut être raisonnablement exclue.

L.B.

FRANCE – SERBIE

**Publication du protocole relatif
à un accord de réadmission des personnes en séjour irrégulier**

2020/2.31 - Le faible taux d'exécution des décisions d'éloignement des étrangers en situation irrégulière – 18% en 2018 (les chiffres cités dans cette note, de même que certaines références, sont extraits du très complet *Droit des étrangers* que vient de faire paraître le Pr Vincent Tchen aux éditions LexisNexis) – est l'objet de critiques récurrentes. Si les réformes entreprises ces dernières années pour tenter de l'améliorer ont été considérées, de ce fait, comme un « échec total » (F.-N. Buffet, Avis n°153 de la Commission des lois du Sénat du 22 novembre 2018, p.38, <http://www.senat.fr/rap/a18-153-2/a18-153-20.html>) – rien n'indique que celles adoptées par la législature actuelle, dont la « Loi Collomb » du 10 septembre 2018, permettent une véritable amélioration des éloignements. Les raisons de ces échecs ne tiennent pas tant en effet à l'inefficacité des procédures internes (dont les réformes successives sont dès lors vaines), qu'aux difficultés rencontrées par les autorités françaises pour obtenir auprès des autorités de l'Etat vers lequel l'étranger est éloigné l'indispensable laissez-passer consulaire qui permettra à ce dernier de franchir la frontière.

Rares sont en effet les Etats à délivrer ces laissez-passer dans des délais satisfaisants – quand ils les délivrent seulement (pour les délais d'obtention des laissez-passer consulaires par pays, voy. T. Mariani, Rapport à l'Assemblée nationale n° 2814, 16 sept. 2010, p.286) ! Améliorer le taux d'exécution des décisions de renvoi suppose ainsi d'améliorer la délivrance de ces documents, ce qui passe notamment par des accords bilatéraux, dits « de réadmission », avec les Etats de renvoi. Tel est, notamment, l'objet de l'accord du 18 septembre 2007 entre la Communauté européenne et la Bosnie-Herzégovine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, dont le protocole d'application a été publié par décret le 30 décembre 2019 (<https://tinyurl.com/decret-2019-1511>).

Entre autres mesures techniques sur les points de passage frontalier ou les moyens de recherche de la nationalité de l'étranger concerné, l'article 5 § 3 du Protocole prévoit en effet que les autorités consulaires délivrent le laissez-passer « dans les trois jours » de l'établissement de la nationalité de l'étranger faisant l'objet de la procédure d'éloignement. Signataire d'une dizaine d'accords de ce type (<https://www.gisti.org/spip.php?rubrique135>), notamment avec des pays d'Afrique francophone, la France a adopté ces dernières années une politique volontariste en la matière, ce qui lui a permis d'augmenter assez significativement ses taux d'éloignement en 2019 (J. Pascual, « En 2019, la France a délivré un peu plus de titres de séjour et expulsé davantage », *Le Monde* du 21 janvier 2020). On notera toutefois que la conclusion d'accords n'est pas une garantie en ce sens : les taux d'éloignement ont parfois même baissé après la signature d'un tel accord (voy. sur ce point, également signalés par V. Tchen, les « Rapports annuels sur l'immigration », publiés par la Documentation française, not. 2011, p. 78 et 2012, p. 78) ! Sensible politiquement, la migration est aussi une monnaie diplomatique dont n'hésitent pas à jouer les Etats d'origine, conditionnant la délivrance de laissez-passer à l'obtention de visas : la signature d'accords n'est qu'une faible protection face à ces pratiques, dont la France et l'UE jouent également – le fameux accord « UE-Turquie » de 2016 en témoigne (v. cette « Chronique, n° 2016/2/76).

Aussi, un collègue d'experts dirigé par Pascal Brice, ancien directeur de l'Office français des réfugiés et apatrides (Ofpra) a proposé récemment un certain nombre de pistes pour résoudre, notamment, ces difficultés – pistes certes moins porteuses politiquement que l'allongement des durées de rétention dans l'attente des laissez-passer, mais peut-être plus efficaces (voy. J. Pascual, « Immigration : des propositions-chocs pour "simplifier" et "ouvrir" le droit au séjour », *Le Monde* du 21 janvier 2020).

T.F.G.

FRANCE – UNION ECONOMIQUE ET MONÉTAIRE OUEST AFRICAINE

L'abandon du franc CFA par les Etats de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et la naissance de l'Eco

2020/2.32 - Le 21 décembre dernier à Abidjan, le président français Emmanuel Macron et le président ivoirien Alassane Ouattara annonçaient conjointement la fin à venir du franc CFA, censé être remplacé par une nouvelle monnaie, l'Eco, au cours de l'année 2020 (*Le Monde*, 24 décembre 2019). L'annonce du président Ouattara – vraisemblablement habilitée par la conférence des chefs d'Etat de l'UEMOA (Union économique et monétaire ouest africaine) réunie en session extraordinaire le 3 décembre précédent – ne concerne cependant pas la totalité des Etats de la zone franc : en effet, ne sont concernés ni les Comores, ni les Etats de l'UMAC (Union monétaire d'Afrique centrale) dont les monnaies sont respectivement le franc comorien et l'autre franc CFA, monnaies également rattachées à parité fixe avec l'euro et ayant la même valeur que le franc CFA de l'UEMOA. Pour l'heure, ce changement de système monétaire comprend trois aspects essentiels : la suppression du compte d'opérations, le changement du nom de la monnaie et l'exclusion des représentants français des institutions monétaires africaines (*Communiqué de presse du Conseil extraordinaire des Ministres de l'Union*, 27 décembre 2019). Le premier manifeste un changement important quant à la façon dont sera menée la politique monétaire des Etats de l'UEMOA et leurs relations économiques avec la France ; les deux autres témoignent d'une repolarisation des forces politiques dans un contexte d'intégration régionale au sein de la CEDEAO (Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest).

Le fonctionnement du franc CFA repose sur quatre grands principes : la fixité des parités avec le franc métropolitain puis l'euro, la liberté de transfert, la convertibilité illimitée du franc CFA en euro et la centralisation des réserves de changes. C'est ce dernier principe que concerne en premier lieu la suppression du compte d'opérations puisque c'est sur ce compte, ouvert auprès du Trésor français et non d'une banque centrale, que les Etats de l'UEMOA centralisent leurs réserves de change. La BCEAO (Banque centrale des Etats d'Afrique de l'Ouest) n'aura donc plus à déposer sur ce compte de réserves obligatoires de change (conformément à l'Accord de coopération entre la République Française et les Républiques membres de l'Union monétaire ouest africaine signé en 1973, 50% au moins de ces réserves doivent être centralisées sur ce compte) et bénéficiera donc d'une plus grande marge de manœuvre en matière de gestion des devises étrangères. Le compte d'opérations a fait l'objet de très vives critiques de la part des Etats africains dès l'âge des indépendances, certains d'entre eux, comme le Mali, privilégiant l'idée d'un simple compte d'avances.

Cependant, si le compte d'opérations est directement lié au principe de centralisation des réserves de change, il est aussi lié indirectement aux trois autres principes gouvernant le fonctionnement du franc CFA. En effet, la France a toujours présenté le compte d'opérations comme une contrepartie de la garantie de convertibilité illimitée dont jouit le franc CFA ; il est également lié à la fixité des parités dans la mesure où ces réserves de change sont censées soutenir la valeur réelle du franc CFA. Or, l'Eco n'a pas vocation à remettre en cause la garantie de convertibilité illimitée qu'assure la France, ni le taux de change fixe par rapport à l'euro (*Communiqué de presse du Conseil extraordinaire des Ministres de l'Union*, 27 décembre 2019). Rien dans l'annonce du 21 décembre n'indique non plus que l'Eco sera librement convertible à terme, ce qui était pourtant le vœu des Etats de la CEDEAO (Banque de France, *Rapport annuel de la zone franc*, 2018, p. 52), comme nous allons le voir par la suite.

Des évolutions sont sans doute à prévoir, d'autant que le taux de change du franc CFA a souvent fait l'objet de critiques au motif que sa surévaluation empêcherait le développement de l'industrie ; d'ailleurs, l'UEMOA s'est récemment félicitée de la baisse du taux de change effectif du franc CFA, favorisant ainsi la compétitivité des Etats membres (UEMOA, *Note de conjoncture économique régionale dans l'UEMOA, 3^e trimestre 2019*, n° 452, décembre 2019, p. 20-21). En outre, le compte d'opérations avait pu paraître obsolète à certains observateurs (par exemple Fanny Pigeaud et Ndongo Sambla Sylla, *L'Arme invisible de la Françafrique. Une histoire du franc CFA*, Paris, La Découverte, 2018) dans la mesure où sa convertibilité reposerait pour une large part sur des prêts du FMI auxquels les Etats de l'UEMOA font largement appel (Banque de France, *Rapport annuel de la zone franc*, 2018, p. 39-40). De ce point de vue le recul de l'impérialisme français en Françafrique est évidemment susceptible de favoriser d'autres impérialismes, qu'il s'agisse des Etats-Unis par l'intermédiaire du FMI, ou de la Chine à laquelle Emmanuel Macron a fait référence – implicitement mais sans grande subtilité – dans sa prise de parole du 21 décembre. Toutefois, l'intégration régionale pourrait servir l'indépendance des Etats d'Afrique de l'Ouest par rapport aux influences extérieures.

Il faut dire que le nom « Eco » n'est pas une invention des Etats de l'UEMOA, mais le fruit d'une décision prise par les Etats de la CEDEAO (dont font partie les Etats de l'UEMOA) le 20 juin 2019 à Abidjan (Communiqué de presse du 21 juin 2019, *Consensus sur « Eco » comme dénomination de la monnaie unique de la CEDEAO*). En effet, en son article 51, le traité constitutif de la CEDEAO faisait de la création d'une monnaie commune l'un des objectifs de l'intégration régionale. Cependant, conformément au projet annoncé par la CEDEAO, l'Eco devait être une monnaie convertible avec un régime de change flexible (Banque de France, *Rapport annuel de la zone franc*, 2018, p. 52 ; la Banque de France indique quant à elle la date du 29 juin 2019). Or, c'est bien un système de change fixe qui sera reconduit ici, ce qui semble être un indice supplémentaire du caractère transitoire du maintien de ce système. Le 9 février dernier, la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de la CEDEAO, réunie en session extraordinaire à Addis-Abeba, a pourtant exprimé son accord avec le projet annoncé par le président Ouattara (*Communiqué final : session extraordinaire de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de la CEDEAO*, Addis-Abeba, Ethiopie, 09 février 2020, points 15 à 17).

Dès lors, il ne s'agit pas seulement, avec la fin du franc CFA, de modifier les relations monétaires entre la France et les Etats de l'UEMOA, mais de penser

l'intégration régionale dans le cadre de la CEDEAO. On comprend mieux pourquoi la naissance de l'Eco est censée s'accompagner de l'africanisation des organes de la BCEAO où continuaient à siéger des représentants français (*Communiqué de presse du Conseil extraordinaire des Ministres de l'Union*, 27 décembre 2019). Il s'agit là bien sûr d'une condition pour que des Etats tels que le Ghana ou le Nigéria acceptent de participer à ce projet d'intégration monétaire alors qu'il ne s'agit pas d'anciennes colonies françaises.

Le franc CFA semble par conséquent devoir servir de matrice à l'Eco. Voilà qui doit sans doute permettre aux Etats de l'UEMOA de garder le contrôle de l'intégration monétaire et d'éviter que celle-ci ne soit dirigée par le Ghana et le Nigéria, auxquels ne feraient contrepoids que la Côte d'Ivoire et, à un degré moindre, le Sénégal. Les Etats de la CEDEAO ne feraient alors qu'intégrer une structure déjà existante. De ce point de vue, l'impérialisme français serait en fait quelque peu ménagé : son contrôle se ferait plus lâche, mais son influence pourrait s'étendre à de nouveaux Etats. Il est toutefois encore trop tôt pour l'affirmer, les détails de cette procédure d'intégration monétaire étant encore inconnus.

Par surcroît, les conséquences économiques de la pandémie actuelle pourraient mener à différer la réalisation de ce projet : difficile d'imaginer la création d'une monnaie devant assurer la stabilité des prix dans une période de crise financière, alors que l'euro auquel l'Eco doit être ancré dans un premier temps sera sans doute touché, et que certains Etats tels que la Côte d'Ivoire souffriront particulièrement de la chute du cours du pétrole.

A. LB.

GRÈCE

Fermeture des camps de migrants sur les îles de la Mer Egée au profit de centres fermés

2020/2.33 - La situation de la Grèce à l'égard de la question des migrations offre une illustration de choix de l'impasse dans laquelle se trouve la politique migratoire européenne et de l'insuffisance des instruments juridiques existants en la matière, tant au niveau européen qu'international.

Cette situation, très documentée et que l'on peut rappeler d'un trait, est celle d'un Etat devant faire face à l'arrivée de nombreux migrants, en provenance – notamment – de Syrie et qui, transitant par la Turquie, arrivent sur les côtes des îles grecques de la mer Egée. Sur 65 000 personnes arrivées en Grèce en 2019, près de 60 000 sont ainsi arrivées par la mer (<https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean/location/5179>). Si ces chiffres sont loin de ceux de 2015 – près de 860 000 personnes étaient alors arrivées en Grèce – ils demeurent parmi les plus élevés de l'Union européenne, si bien que la Grèce a récemment – et à nouveau... – rappelé qu'elle avait atteint « la limite » de ses capacités d'accueil (H. Smith, « Greece says it's "reached limit" as arrivals of refugees show no signs of slowing », *The Guardian*, Mon. 16 Dec., 2019). Elle a notamment décidé, en conséquence, de fermer les principaux camps de migrants installés sur les Îles de Chios, Lesbos et Samos, pour les remplacer par des centres fermés (M. Rafenberg, « La Grèce veut enfermer les demandeurs d'asile sur les îles de la mer Egée », *Le Monde* du 23 novembre 2019).

La décision est sur le principe salutaire, tant sont délétères les conditions de vie dans ces camps – allant jusqu'à pousser des enfants au suicide (C. Deschamps et F. Wallemacq, « Grèce : des enfants réfugiés tentent de se suicider pour échapper aux conditions de vie des camps », *RTBF*, 8 décembre 2019). Très largement surpeuplés, puisqu'ils comptent jusqu'à huit fois plus de personnes qu'ils ne peuvent normalement en accueillir, ces camps sont régulièrement critiqués pour leur inadaptation à la situation des personnes qui s'y trouvent (voy. par ex. « Greece must act to end dangerous overcrowding in island reception, EU support crucial », *UNHCR Briefing Notes*, 1st October 2019). Leur fermeture ne s'accompagne pas pour autant d'une amélioration de cette situation, puisqu'elle s'accompagne de l'ouverture de centres... fermés.

Ces « camps » en effet, encore appelés « hotspots », sont des lieux que les migrants peuvent fréquenter librement. Si cela est tout théorique sur des îles de quelques centaines de kilomètres carrés (Samos a une superficie inférieure à 500 km², Chios inférieure à 850 km²...), dont ces personnes ignorent tout, à commencer par la langue, cela est suffisant pour que la Grèce échappe à des condamnations sur le fondement de l'article 3 CEDH, la Cour de Strasbourg estimant plus élevé en ces lieux non fermés le seuil de gravité requis pour qualifier les agissements – ou, plus souvent, les abstentions – des autorités, de traitements inhumains et dégradants (pour un ex. récent, voy. CEDH, *Kaak et a. c. Grèce*, arrêt du 3 octobre 2019, n° 34215/16). La décision récente de fermer ces centres pourrait ainsi avoir des effets contrastés.

Si la Grèce devait s'engager dans cette voie, ce qui n'est pas certain dès lors que les difficultés pratiques sont immenses, elle pourrait en effet s'exposer plus facilement à la censure de la Cour, beaucoup plus attentive aux agissements des autorités dans les centres de rétention (voy. Cour EDH, *F.H. c. Grèce*, arrêt du 31 juillet 2014, n° 78456/11). Ainsi, on voit mal en l'espèce comment les autorités grecques pourraient parvenir à enfermer dans des conditions non attentatoires à leurs droits des personnes qui sont déjà en surnombre dans des centres ouverts. Du point de vue, cependant, du droit de l'Union et du droit international, la décision d'enfermer les migrants arrivant sur son sol de manière irrégulière, et singulièrement les personnes en demande de protection internationale, ne serait pas nécessairement illicite, puisque ni la « Directive Accueil » de 2013 (n° 2013/33/UE), ni la Convention de Genève de 1951, n'interdisent la rétention dès lors qu'elle est justifiée par certains motifs, dont la Grèce pourrait assurément se prévaloir (vérification de l'identité et/ou de la nationalité, ordre public... : voy. art. 8 de la Directive de 2013).

Au regard de ces éléments, la décision de la Grèce apparaît surtout politique, destinée à attirer l'attention sur une situation « intenable » qu'il devrait appartenir à l'Union de résoudre. Or, empêtrée dans le « système Dublin », qui fait peser sur le seul Etat de première entrée la responsabilité de l'examen de la demande d'asile, et sur l'absence de solidarité intracommunautaire, l'UE est en l'état incapable, juridiquement et politiquement, de résoudre ces difficultés.

T.F.G.

INDE, LOI SUR LA NATURALISATION DE 2019**Privilège ou exclusion, les incertitudes du principe de non-discrimination**

2020/2.34 - Le 12 décembre 2019, l'Inde a adopté une nouvelle loi sur la nationalité visant à octroyer une procédure accélérée de naturalisation aux hindus, sikhs, bouddhistes, jains, parsis et chrétiens ayant immigré en Inde depuis le Bangladesh, l'Afghanistan et le Pakistan (<https://www.refworld.org/docid/5e2579274.html>). Cette procédure fait sortir ses bénéficiaires du champ d'application de la loi sur les étrangers de 1946 d'où provient la catégorie de « migrants illégaux » sur laquelle se fonde l'Inde pour expulser les personnes arrivant sur son territoire sans autorisation. Du fait de cette nouvelle loi, ces groupes religieux présents sur le sol indien voient régulariser leur situation.

Dès son adoption, cette loi a suscité un virulent débat. Pour ses opposants, elle serait intrinsèquement discriminatoire, les musulmans étant exclus du bénéfice de cette procédure facilitée de naturalisation. Le bureau des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi qualifié cette nouvelle loi de « fondamentalement discriminatoire par nature » (<https://news.un.org/en/story/2019/12/1053511>), critique à laquelle se sont jointes bon nombres d'institutions et d'organisations internationales. Cette loi ne serait qu'une nouvelle étape de la politique d'exclusion des musulmans du gouvernement de Narendra Modi dans la continuité de la décision de recenser la population de la région d'Assam durant l'été 2019 (voir cette « Chronique » n° 2019/4.73). Du côté du gouvernement indien et des partisans de cette loi, celle-ci serait une mesure de protection des réfugiés en provenance d'Etats – le Bangladesh, le Pakistan et l'Afghanistan – accusés de persécuter leurs minorités non-musulmanes. La nouvelle loi sur la naturalisation aurait pour unique fonction de faire échapper au statut de migrants illégaux les membres de minorités religieuses contraints de fuir leur Etat d'origine. Elle ne serait donc pas orientée *contre* les musulmans mais *en faveur* des autres minorités religieuses (v. l'argumentation de l'avocat à la Cour suprême Harish Salve dans le *The Times of India* : <https://timesofindia.indiatimes.com/blogs/toi-edit-page/caa-is-necessary-why-the-many-arguments-about-its-being-unconstitutional-dont-hold-water/>).

Ce débat s'est rapidement concrétisé dans les rues indiennes où d'importantes manifestations d'opposition ont eu lieu, parfois violentes et sévèrement réprimées par la police indienne qui a ouvert le feu et tué plusieurs dizaines de personnes et blessé des centaines d'autres. Fin février, le nord-est de l'Etat de Delhi a été le lieu d'émeutes entre musulmans et hindus, ravivant la crainte d'une explosion des violences entre communautés, à l'instar des émeutes de Gujarat en 2002 où entre 800 et 2 000 personnes, essentiellement des musulmans, avaient trouvé la mort.

C'est dans ce contexte pour le moins dramatique que le débat juridique autour de la loi s'est installé. Les opposants ont déposé un recours devant la Cour suprême indienne, au motif d'une violation de l'article 14 de la Constitution indienne qui garantit l'égalité devant la loi et le traitement équitable de toute personne sur le territoire indien. Mais en parallèle de cette procédure interne, c'est également la possible violation par l'Inde de ses obligations internationales qui a été avancée. Le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme a notamment invoqué l'interdiction des discriminations dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, ainsi que la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales de 1965 (<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25425&Lan>

gID=E). Cependant, l'accusation d'atteinte au principe de non-discrimination est peut-être moins aisée à démontrer qu'il y paraît de prime abord.

Si le PIDCP garantit bien le principe de non-discrimination (art. 2 § 1 et art. 26), il n'en demeure pas moins que le droit à la nationalité n'y est pas explicitement consacré, sinon pour les enfants (art. 24). Il est vrai que le Comité des droits de l'homme a pu considérer que l'application du principe de non-discrimination n'était pas limitée aux droits consacrés par le Pacte (Observation générale n°18, § 12). Une application au droit de la nationalité n'est donc pas exclue. Cependant le Pacte n'interdit pas toute forme de différenciations mais celles-ci, pour ne pas être considérées comme discriminatoires, doivent être fondées sur des « critères raisonnables et objectifs » et leur but doit être « légitime au regard du Pacte » (Observation générale n°18, § 13). C'est sur ce fondement que cette loi, alors qu'elle était encore à l'état de projet, avait pu être accusée de violation du PIDCP (v. Poddar (M.), « The Citizenship (Amendment Bill, 2016) : international law on religion-based discrimination and naturalisation law », *Indian Law Review*, 2018, vol. 2, pp. 108-118). Reste qu'en l'absence de consécration du droit à la nationalité, le Comité des droits de l'homme est resté silencieux sur les pratiques en matière de nationalité qui relèveraient de la différenciation licite ou de la discrimination illicite. La violation n'est donc pas impossible mais l'appréciation demeure relativement incertaine.

Quant à la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales de 1965, son application au droit de la nationalité n'est pas évidente. En effet, cette convention prévoit explicitement que l'interdiction des discriminations n'affecte pas les dispositions des lois sur la nationalité (art. 1 § 3). Mais, ajoute-t-elle, « à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière » (*idem*). Les lois sur la nationalité ne doivent donc pas cibler une communauté en particulier. En dehors de ce cas, les préférences accordées à un ou des groupes religieux ne sont pas illicites.

Qu'en est-il de la nouvelle loi indienne ? Littéralement, celle-ci n'exclut pas les musulmans de l'acquisition de la nationalité indienne mais octroie une procédure plus favorable aux autres groupes religieux. Certes, dira-t-on, à tous les groupes religieux présents sur le territoire indien *sauf* les musulmans. Encore faut-il démontrer que les musulmans sont les seuls à être privés du bénéfice de la procédure accélérée de naturalisation. En cherchant à démontrer que derrière l'argument humanitaire du gouvernement se cachait en réalité une procédure fort sélective quant à ses bénéficiaires, certains ont pu mettre en évidence que de nombreuses communautés étaient exclues du bénéfice de cette procédure accélérée (<https://www.amnesty.be/infos/actualites/article/inde-projet-amendement-citoyennete>). La plupart sont en effet musulmanes mais certaines d'entre elles, comme la communauté tamoule, ne sont pas majoritairement musulmanes. Si certaines minorités non-musulmanes sont également exclues du bénéfice de la loi, n'est-ce pas justement la preuve que celle-ci n'est pas discriminatoire à l'égard des musulmans *en particulier* ?

Ces incertitudes, loin d'être le propre de ces conventions, traversent l'intégralité du droit international de la nationalité. Celui-ci est en effet le lieu d'une tension entre le caractère intrinsèquement discriminatoire du droit de la nationalité et le droit international des droits de l'homme. En droit international, l'articulation entre le droit de la nationalité et le principe de non-discrimination repose globalement sur l'idée que, si les Etats peuvent privilégier l'accès à leur nationalité à certaines communautés,

l'exclusion complète d'une communauté particulière est quant à elle interdite. Le droit international oscille ainsi entre l'autorisation des *privilèges* et l'interdiction de l'*exclusion*. En matière de privilèges, les procédures simplifiées de naturalisation au profit de ressortissants de certains Etats pour des motifs culturels ont pu être considérées comme licites, tout comme plus généralement l'exigence de maîtrise de la langue comme condition de naturalisation (Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984). A l'inverse, les déchéances de nationalité visant une communauté particulière, tout comme l'exclusion totale d'une communauté du droit de la naturalisation d'un Etat, sont régulièrement citées comme des exemples d'exclusion interdites par le droit international, dans la droite ligne de l'interdiction par la Convention de 1965 des discriminations à l'égard d'une nationalité particulière (art. 1 § 3 précité).

La frontière entre privilège et exclusion n'est cependant pas toujours clairement établie par le droit international. Il semble en effet que certaines lois sur la nationalité relèvent d'une zone d'incertitude dans laquelle le privilège, normalement licite, ressemble fort à une exclusion illicite. Dans cette zone, le droit international ne fournit aucun critère clair de distinction. La loi indienne de 2019 semble bien tomber dans cette catégorie, raison pour laquelle la présentation faite par ses partisans ou ses opposants devient de fait déterminante. C'est cela qui rend pour le moins incertaine l'analyse de sa conformité au droit international. L'originalité de cette loi est de se glisser dans cet espace entre le privilège et l'exclusion où l'on ne sait pas exactement si la procédure prévue viole ou non le droit international. Malgré le flot de critiques sur son caractère discriminatoire, un doute semble malgré tout possible.

En toute hypothèse, c'est bien devant les juridictions internes que les enjeux les plus immédiats de cette loi seront débattus. Peut-être cette procédure interne indienne sera-t-elle cependant l'occasion de clarifier certains points de droit international : le 3 mars, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme a demandé à intervenir lors des débats devant la Cour suprême (<http://opiniojuris.org/2020/03/05/intervention-of-the-un-high-commissioner-for-human-rights-at-the-indian-supreme-court-international-law-and-the-citizenship-amendment-act/>).

M.S.

MAROC

Nouvelles prétentions maritimes à l'égard du Sahara occidental et de l'Espagne

2020/2.35 - Le 22 janvier 2020, la Chambre des représentants du Maroc a adopté à l'unanimité (et sous les applaudissements) deux projets de loi relatifs aux délimitations maritimes du Royaume, des eaux territoriales d'une part (projet de loi n° 37-17) et de la zone économique exclusive (ci-après ZEE) d'autre part (projet de loi n° 38-17). Concernant les eaux territoriales, le premier texte modifie le Dahir portant loi n° 1-73-211 du 2 mars 1973 qui en fixe la limite à 12 miles marins à partir des lignes de base. Le second complète quant à lui le Dahir portant loi n° 1-87 du 8 avril 1981 qui retient la limite les 200 miles marins pour la délimitation de la ZEE. S'ils ne modifient pas les règles de délimitations introduites par les textes antérieurs, ces deux nouveaux textes viennent préciser que ces deux espaces maritimes s'étendent, en ce qui concerne la façade atlantique, de Tanger à Lagouira qui est située à la frontière mauritanienne.

Ils conduisent donc à intégrer les eaux situées au large du Sahara occidental dans l'espace maritime marocain (eaux territoriales et ZEE).

Ces évolutions législatives ont été présentées par le régime comme de simples « mises à jour » destinées à garantir « un arsenal juridique national relatif au domaine maritime moderne, complet, déterminé et clair, englobant l'ensemble des territoires maritimes sous la souveraineté et les droits souverains du Royaume et l'ensemble des côtes nationale, aussi bien en Méditerranée que sur l'Océan Atlantique, sans exception » (discours du Ministre des Affaires étrangères devant la Chambre des représentants : <http://www.maroc.ma/fr/actualites/la-chambre-des-representants-adopte-deux-projets-de-loi-etablissant-la-competence>). Cette volonté d'« extension » du domaine maritime n'est pas nouvelle, les deux projets de loi ayant été adoptés en 2017 par le Conseil de gouvernement (l'année 2017 correspond à l'année d'expiration du délai de dix ans à compter de la ratification de la Convention de Montego Bay permettant au Maroc de déposer un dossier d'extension du plateau continental au-delà des 200 miles marins). Elles n'en soulèvent pas moins plusieurs interrogations au regard du droit international.

L'adoption de ces deux lois ravive naturellement les tensions autour du dossier sahraoui, tant elle réitère la volonté du Royaume d'affirmer sa souveraineté sur ce territoire. Elle intervient d'ailleurs trois mois après l'anniversaire de la Marche verte du 16 octobre 1975 considérée par le régime comme un acte de récupération des provinces du sud, anniversaire au cours duquel le Roi Mohammed VI n'avait pas manqué de souligner l'importance de la « marocanité » du Sahara occidental. D'autres manifestations de la souveraineté marocaine – ou provocations – se sont d'ailleurs multipliées au cours des mois de janvier et février, comme l'inauguration à Laâyoune et Dakhla par le Ministre des affaires étrangères marocain de huit consulats de pays africains acquis à la cause du Maroc (Côte d'Ivoire, Comores, Gabon, Centrafrique, Sao Tomé-et-Principe, Burundi, Djibouti et les Iles Salomon selon le site du Ministère des affaires étrangères). On ne manquera pas également de relever que ces nouvelles délimitations maritimes interviennent quelques mois après l'entrée en vigueur, le 19 juillet 2019, du nouvel Accord de partenariat dans le domaine de la pêche durable entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc, qui vient sans conteste à l'appui des prétentions marocaines (v. cette « Chronique », n° 2020/1.16). On se souvient que ces dernières avaient été mises à mal par l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 27 février 2018 *Western Sahara Campaign UK contre Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs et Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* (Affaire C-266/16 ; sur cette affaire, v. cette « Chronique », n° 2018/2.52), qui avait considéré que l'Accord devait être interprété comme ne s'appliquant pas aux eaux adjacentes du Sahara occidental. Mais le nouvel Accord de pêche inclut quant à lui expressément ces eaux dans son champ d'application (article 1h) qui définit la « zone de pêche », ouvrant un nouveau contentieux devant la Cour de Justice (affaire T-344/19 introduite le 10 juin 2019) qui devra alors, non plus interpréter ledit accord, mais apprécier sa légalité (voir les arguments avancés par l'Union européenne en faveur de la légalité de l'Accord : <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20190207IPR25218/peche-accord-de-partenariat-avec-le-maroc-incluant-le-sahara-occidental>).

Ces nouvelles prétentions maritimes ont également ravivé un autre différend, opposant cette fois-ci le Maroc à l'Espagne. En effet, l'affirmation d'une ZEE sur les eaux adjacentes du Sahara occidental remet en cause les espaces maritimes revendiqués

par le royaume ibérique à travers les Iles Canaries, dont Fuerteventura et Lanzarote qui sont situées à moins de 70 miles marins du littoral marocain. Il en est de même de ceux associés, sur la façade méditerranéenne cette fois-ci, aux enclaves de Ceuta et Melilla ainsi qu'aux îles et d'îlots situés au large dont la qualification juridique est incertaine. Cette question des délimitations maritimes oppose les deux Etats de manière latente depuis de nombreuses années (voir par exemple, R. Casado Raigon, V. Gutierrez Castillo, « Maroc et Espagne, la délimitation de leurs espaces maritimes », *Annuaire international du droit de la mer*, 2001, pp. 195-217). L'adoption des deux lois précitées a naturellement fait réagir le gouvernement espagnol qui exige la conclusion d'un accord bilatéral en conformité avec la Convention de Montego Bay (*El País*, « El Gobierno exige "muto acuerdo" a Marruecos para fijar las fronteras marítimas », 18/12/2019). Même si ces questions juridiques restent complexes, on notera que l'article 74 de la Convention prévoit que « la délimitation de la zone économique exclusive entre Etats dont les côtes sont adjacentes ou se font face est effectuée par voie d'accord », rendant *a priori* inopposable toute délimitation unilatérale. Face à ces contestations, le Maroc s'est montré plutôt rassurant, en rappelant sa volonté de se conformer au droit international et d'entrer en négociation avec l'Espagne sur la question des délimitations maritimes (voir dans ce sens la rencontre qui a eu lieu à Rabat entre les deux ministres des affaires étrangères, *Le Figaro*, « Frontières maritimes : la cheffe de la diplomatie espagnole à Rabat », 24/01/2020). Voilà certainement une nouvelle preuve de ce que ces interventions législatives avaient – exclusivement – pour objet d'affaiblir les revendications du peuple sahraoui. Mais ce qui retiendra également l'attention dans ce dossier est la prudence avec laquelle les autorités espagnoles se sont opposées aux revendications marocaines, plusieurs observateurs y voyant la volonté de ne pas froisser cet Etat qui contrôle en partie les flux de migrants vers le territoire ibérique (dans ce sens, *El País*, précité).

D.B.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Evolution de la situation financière – Développements récents

2020/2.36 - L'Organisation des Nations Unies a envoyé récemment des signaux contrastés sur l'état exact de sa santé financière, que chacun sait fragile (en ouverture d'un article publié en 1976, A. Pellet évoquait déjà « [l]a crise financière subie par l'Organisation des Nations Unies depuis plus de quinze ans [qui] a conduit à mettre l'accent sur le problème des ressources de l'Organisation plus que sur celui de ses dépenses », « Budgets et programmes aux Nations Unies : quelques tendances récentes », *AFDI*, 1976, p. 242). Le 27 décembre 2019 – après donc la date symbolique du 25 décembre que la Cinquième Commission (chargée des questions administratives et budgétaires) s'efforce habituellement de ne pas dépasser pour mener à terme les négociations nécessaires – l'Assemblée générale a adopté un budget-programme pour l'année 2020 à hauteur de 3 073 830 500 dollars des Etats-Unis (A/RES/74/264 A-C, 27 décembre 2019). Symboliquement, ce budget dépasse de 8 millions les demandes formulées par le Secrétaire général (v. « L'Assemblée générale des Nations Unies approuve un budget de 3 milliards de dollars pour 2020 », *ONU Info*, 28 décembre 2019 [<https://news.un.org/fr/story/2019/12/1059031>]). Il est également établi sur une base annuelle (v. la résolution A/RES/72/266, 24 décembre 2017, § 6 ; dans son rapport

annuel, le Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires (CCQAB) soutenait cette réforme à titre expérimental, en expliquant que « [l]e raccourcissement de l'intervalle entre la planification et l'exécution du budget devrait limiter les incertitudes, améliorer la précision budgétaire, permettre une meilleure réactivité face aux changements d'un exercice budgétaire à l'autre et entraîner une diminution du laps de temps qui s'écoule entre la planification des programmes et leur mise en œuvre. En outre, un cycle plus court éliminerait la nécessité de procéder aux quatre phases distinctes de réévaluation des coûts rendues nécessaires par la méthode existante, tout en conférant aux Etats Membres un degré de visibilité plus élevé en ce qui concerne leurs obligations financières » – « Un nouveau modèle de gestion pour l'Organisation des Nations Unies : améliorer et simplifier la procédure de planification des programmes et d'établissement du budget », A/72/7/Add.24, 22 novembre 2017, § 46), et non plus biennale, renouant avec une pratique abandonnée en 1973. Le premier budget couvrait l'exercice 1946-1947 (v. A/RES/68(I), 14 décembre 1946) ; un rythme annuel a été par la suite respecté jusqu'à l'adoption du budget-programme 1974-1975 (v. A/RES/3195(XXVIII), 18 décembre 1973). Cette réforme marque sans doute la volonté de rationaliser davantage et stabiliser la gestion budgétaire de l'Organisation. Elle ne suffit cependant pas à masquer les graves difficultés et tensions auxquelles celle-ci fait face pour assurer un financement pérenne de ses activités. Ces difficultés sont en réalité de plusieurs ordres : aux restrictions budgétaires, connues et désormais chroniques, est récemment venue s'ajouter une crise, sans doute moins attendue, affectant les liquidités dont dispose l'Organisation pour mener à bien ses missions. En outre, et bien évidemment, la contribution financière peut aussi constituer une arme dont certains Etats membres influents entendent user pour tenter d'orienter les choix que les Nations Unies doivent opérer voire contrecarrer leurs plans.

Pour ce qui concerne le cadre budgétaire *stricto sensu*, la lecture détaillée des choix effectués par l'Assemblée générale en décembre 2019 laisse entrevoir l'ampleur des problèmes qui se posent dorénavant à l'Organisation. Sur l'ensemble des « [q]uestions relatives au projet de budget-programme pour 2020 », l'Assemblée a en effet adopté une approche rigoureuse, voire pointilleuse, manifestement inspirée par l'objectif d'une réduction significative des postes de dépenses de l'Organisation. Elle décide ainsi de réductions drastiques – allant de 10 à 12,5% – des ressources affectées au mobilier et matériel (A/RES/74/262, 27 décembre 2019, § 22), au recours aux consultants (*ibid.*, § 24) ou encore aux voyages officiels (*ibid.*, § 26). Sur ce dernier point, des restrictions symboliquement significatives sont imposées : à l'exception du Secrétaire général, du Président de l'Assemblée générale, du Président de la Cour internationale de Justice et des chefs de délégation des pays les moins avancés, « le droit de voyager en première classe » disparaît (*ibid.*, § 28) : les membres de la Cour perdent ainsi le droit, formellement reconnu dans le règlement de 1982 (A/RES/32/240, « Règlement concernant les frais de voyage et l'indemnité de subsistance des membres de la Cour internationale de Justice », 21 décembre 1982, art. 1^{er}, § 2, a), de voir couverts leurs frais de transport en première classe, au profit de « la classe immédiatement inférieure » (A/RES/74/262, 27 décembre 2019, § 29)... La Cour elle-même n'est pas épargnée, puisque l'Assemblée générale décide de ne pas approuver les reclassements qui y étaient envisagés et de réduire sensiblement le montant des ressources affectées aux services de consultants sollicités par des membres de la juridiction (*ibid.*, §§ 42-43). Mais le mouvement de contraction budgétaire ne vise pas uniquement la Cour ou les affaires

juridiques ; les dépenses de communication ou d'impression – réduites de 5 millions de dollars pour les seuls documents financiers et budgétaires, afin d'« atténuer l'empreinte écologique de l'Organisation » (*ibid.*, § 65) – subissent également les effets de cette politique d'économies ciblées, qui conduit parfois à des positionnements peu intelligibles, sinon absurdes : l'Assemblée souligne ainsi « le rôle crucial que joue la formation dans la conduite de la réforme en favorisant les changements institutionnels et culturels [...] et décide de réduire de 700 000 dollars les crédits de formation » (*ibid.*, § 66). Seuls y échappent des besoins précisément identifiés, comme ceux relatifs aux services de traduction en langue chinoise (*ibid.*, § 38) ou à l'assistance aux personnels en situation de handicap (*ibid.*, § 69).

Dans cette cure d'austérité, les Etats membres ont évidemment une influence prépondérante : ce sont eux qui l'imposent, par les choix qu'ils opèrent en amont au sein de l'Assemblée générale, mais ce sont eux également qui l'aggravent en aval, par la grande disparité avec laquelle ils procèdent au versement effectif de leurs contributions. Le problème n'est pas immédiatement perceptible si l'on s'en tient aux critères fixés par l'article 19 de la Charte : au 24 janvier 2020, seuls cinq Etats membres avaient un montant d'arriérés égal ou supérieur à leurs contributions pour les deux années complètes écoulées (A/74/642 et Add.1 à 6 ; v. aussi <https://www.un.org/fr/ga/about/art19.shtml>) ; deux d'entre eux seulement – la République centrafricaine et le Venezuela – étaient privés de la possibilité de prendre part aux votes de l'Assemblée (A/RES/74/1, 10 octobre 2019). Toutefois, les conditions mises par l'article 19 à la suspension du droit de vote sont trop restrictives pour que la liste des Etats soumis à ce régime offre une représentation fidèle de la crise de liquidités affectant l'Organisation. Le « tableau d'honneur » affiché par l'Assemblée générale est à cet égard plus instructif : il montre qu'à la fin de l'année 2019, seuls 146 Etats sur les 193 que comptent les Nations Unies s'étaient complètement acquittés de leur contribution budgétaire [<https://www.un.org/en/ga/contributions/honourroll.shtml>]. Un tiers des membres environ choisit de remplir ses obligations dans les deux premiers mois de l'exercice annuel, un nombre non négligeable les suit lors de l'ouverture de la session plénière de l'Assemblée générale en septembre mais, cet élan une fois dépassé, les versements stagnent ; dans la dernière décennie, le nombre d'Etats à jour de leurs contributions à la fin de l'année civile a oscillé entre 136 et 152. De surcroît, si certains contributeurs essentiels – comme l'Allemagne (169 M\$ en février 2019), la France (123 M\$ en mars 2019), le Royaume-Uni (127 M\$ en avril 2019), la Chine (334 M\$ en mai 2019) ou le Japon (238 M\$ en août 2019) – s'exécutent dans un délai raisonnable, les Etats-Unis comptent parmi les retardataires (avec, notamment, l'Argentine, le Brésil, la République de Corée et Israël), alors qu'ils doivent contribuer environ au quart du budget ordinaire (v. l'évolution de la répartition des contributions : https://www.un.org/en/ga/contributions/Scale%20of%20assessments_1946-2021.pdf). Cette situation n'est pas nouvelle, la part américaine étant traditionnellement versée après la fin de l'exercice fiscal fixé au 30 septembre de chaque année, mais elle s'est nettement aggravée sous l'effet des choix politiques mais aussi des restrictions du personnel diplomatique opérés par l'administration Trump : en 2019, les Etats-Unis se sont essentiellement bornés à régler le solde dû aux Nations Unies pour 2018 (M. Guerrero, « Politics and Understaffing Delay US Funding to the Main UN Budgets », *Passblue*, 3 décembre 2019, <https://www.passblue.com/2019/12/03/politics-and-understaffing-delay-us-funding-to-the-main-un-budgets/>).

Comme l'a rappelé l'Assemblée générale, « le versement tardif des contributions statutaires a eu de graves incidences sur la situation financière de l'Organisation des Nations Unies et a provoqué une crise de liquidités qui a entravé l'exécution des mandats » (A/RES/74/262, 5^{ème} al. du préambule). Le Secrétaire général a été plus explicite encore dans une lettre adressée aux Etats membres suivie d'un rapport dans lequel il souligne que « [l]a crise actuelle est la crise de liquidités la plus grave que l'Organisation ait connue ces dernières années » (A/74/501, 14 octobre 2019, § 7). Plus précisément, il indique que

« Chaque année, les déficits de trésorerie surviennent plus tôt, persistent plus longtemps et se font plus sévères. Pour la deuxième année consécutive, bien que plusieurs mesures aient été prises pour adapter les dépenses aux liquidités disponibles, toutes les réserves de liquidités du budget ordinaire ont été épuisées. Au 9 octobre 2019, le déficit de trésorerie du budget ordinaire avait atteint 386 millions de dollars, et les réserves, dont le montant s'élevait à 353 millions de dollars [...], étaient complètement épuisées. Le déficit (33 millions de dollars) a été couvert par le prélèvement d'avances sur les comptes d'opérations de maintien de la paix terminées. Au moment de l'établissement du présent rapport, les liquidités étaient à peine suffisantes pour couvrir les dépenses du mois d'octobre, même si l'on prenait en compte le reliquat des comptes des opérations de maintien de la paix terminées » (*ibid.*, § 4).

Cet état des lieux n'a rien d'exagéré alarmiste. L'Organisation a dû, dès l'automne, donner la priorité à la préservation de liquidités sur l'exécution du budget planifié ; elle a pris à cette fin des mesures drastiques – des plus anecdotiques (comme l'interruption des escalators menant à la salle de l'Assemblée générale...) aux plus préjudiciables à long terme (annulation ou report de réunions, absence de recrutement sur des postes vacants, etc.) – pour parvenir à maintenir un fonctionnement effectif jusqu'à la fin de l'année civile (v. « Le fonctionnement de l'ONU menacé par une grave crise de liquidités, selon Guterres », *ONU Info*, 8 octobre 2019, <https://news.un.org/fr/story/2019/10/1053632>).

Au-delà de ses effets immédiats les plus tangibles, une telle dégradation de la situation financière de l'Organisation aura des conséquences néfastes à long terme. Elle tend à accroître la dépendance des Nations Unies aux ressources extrabudgétaires, sans que les préventions exprimées par l'Assemblée générale à cet égard paraissent de nature à offrir des garanties d'indépendance suffisantes (A/RES/74/262, §§ 31-32). Elle rend plus sensibles encore les tentatives de « chantage » budgétaire auxquelles les Etats membres se livrent parfois pour orienter ou entraver l'exécution d'un programme onusien : ce n'est qu'au prix de négociations très tendues que le financement sur le budget ordinaire du « Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 et d'aider à juger les personnes qui en sont responsables » (*ibid.*, par. § 46) a été acquis et l'opposition de la Russie finalement surmontée (v. C. Nooten, « La Russie menace de bloquer le budget de l'ONU », *Le Monde*, 13 septembre 2019 [https://www.lemonde.fr/international/article/2019/12/13/moscou-menace-de-bloquer-le-budget-de-l-onu_6022728_3210.html]). Enfin, et surtout rien n'indique que cette crise financière puisse être prochainement enrayerée par une forme de prise de conscience collective. L'année 2020 commençait sous des auspices plus sombres encore que ceux de 2019 (fin février 2020, 62 Etats membres s'étaient acquittés de leurs contributions au budget ordinaire des Nations Unies. Ils étaient 69 fin février 2019, <https://www.un.org/en/ga/contributions/honourroll.shtml>), avant même que la pandémie du Coronavirus vienne à

la fois plonger l'économie mondiale dans une perspective de récession et fragiliser davantage encore les institutions multilatérales, lesquelles apparaissent d'ores et déjà comme des laissées-pour-compte d'une catastrophe épidémiologique majeure à laquelle elles n'ont pas su faire face.

P. B.L.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES - RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE DE SOMALIE

La prolongation de la levée partielle de l'embargo sur les armes comme atteinte au droit naturel de légitime défense de la Somalie ?

2020/2.37 - Le 15 novembre 2019, le Conseil de sécurité adoptait la résolution 2498 (2019) qui prolongeait en son paragraphe 6 un « embargo général et complet sur toutes les livraisons d'armes et d'équipements militaires à la Somalie ». Si la formule laisse percevoir l'imposition d'un embargo *global* à l'encontre du Gouvernement de la République fédérale de Somalie, les exemptions et dérogations décrites aux paragraphes 9 à 19 de ladite résolution témoignent plutôt de sanctions poursuivant une logique *ciblée*. En pratique, l'embargo sur les armes vise seulement à empêcher la fourniture d'armes aux groupes terroristes (principalement les Chabab), et non pas aux forces de sécurité de la Somalie, ni au personnel de la Mission d'assistance des Nations Unies en Somalie (MANUSOM) ou à celui de la Mission de l'Union africaine en Somalie (AMISOM).

Pourtant, lors de l'adoption de la résolution 2498 (2019) le représentant de la Somalie s'est exprimé pour le dénoncer à nouveau (S/PV.8665, pp. 4-5 ; pour des déclarations antérieures en ce sens, v. S/PV.8398, pp. 11 et s.). Ce dernier considère que « [n]on seulement les mesures prévues par ce régime obsolète ne tiennent pas compte de nouvelles réalités positives sur le terrain, mais en plus, elles ne sont pas alignées sur la politique phare du Gouvernement fédéral, qui est de reconstruire une Armée nationale somalienne unifiée et suffisamment équipée, capable de protéger notre peuple et notre territoire » (*ibid*, p. 4). La Somalie considère donc que l'embargo ne permet pas la reconstruction d'une capacité de défense de l'Etat, alors que tel est l'objectif affiché par le Conseil de sécurité depuis sa levée partielle en 2013. Levée partielle reconduite par la résolution 2498 (2019).

Une telle contradiction entre cet objectif (permettre la constitution d'une défense nationale) et ce que soutient la Somalie (l'impossibilité d'une telle constitution) mérite de s'y intéresser pour ses implications quant au droit de légitime défense stipulé à l'article 51 de la Charte. Alors que la démarche du Conseil de sécurité semble chercher à préserver ce droit « *naturel* », qu'en est-il de la réalité ? Pour répondre, on décrira rapidement le régime de l'embargo imposé à la Somalie depuis 1992 ainsi que sa levée partielle en 2013. Il sera ensuite possible de confronter les allégations du Gouvernement somalien à la réponse apportée par les divers rapports du Groupe d'experts sur la Somalie, notamment celui ayant servi de base à la rédaction de la résolution adoptée en novembre 2019 (S/2019/858).

Notons d'abord que la Somalie interdit depuis mars 2019 au Groupe d'experts de se rendre sur son territoire afin de réaliser les inspections requises (*ibid*, § 3 de l'introduction, p. 9). Le rapport de novembre 2019 repose alors sur les observations réalisées par une évaluation technique de l'embargo sur les armes à Nairobi et

Mogadiscio, réalisée par une équipe constituée par le Secrétaire général des Nations Unies en vertu du paragraphe 32 de la résolution 2444 (2018) (*ibid*, p. 32, § 110).

Présentation du régime de sanctions à l'encontre de la Somalie : d'une logique globale (1992) à une logique ciblée (2013) favorable au renforcement de la sécurité nationale – Lors de l'adoption de la résolution 2093 (2013), le Conseil de sécurité a décidé de rompre avec sa logique initiale d'un embargo global telle que décrite dans le paragraphe 5 de la résolution 733 (1992). Celle-ci prévoyait que tous les Etats devaient, en vertu du Chapitre VII de la Charte et « aux fins du rétablissement de la paix et de la stabilité en Somalie, appliquer immédiatement un embargo général et complet sur toutes les livraisons d'armes et d'équipements militaires [...] jusqu'à ce que le Conseil en décide autrement » (nous soulignons). Bien que des exemptions se soient ajoutées au fil des résolutions, elles n'ont profité au Gouvernement fédéral qu'après que le Conseil de sécurité ait constaté la fin de la période de transition en Somalie en 2012 (résolution 2067 (2012), § 6 du préambule).

Ce constat, motivé par la nomination d'un Président par le Parlement fédéral, a incité le Conseil à adopter de nouvelles exemptions favorables aux Forces de sécurité du Gouvernement fédéral somalien. La résolution 2093 (2013) levant partiellement l'embargo insiste dans son préambule sur le fait qu'« il importe de reconstituer, de former, d'équiper et d'entretenir les forces de sécurité somaliennes pour contribuer à la stabilité et à la sécurité à long terme du pays ». En quittant la phase de transition, le Conseil cherche à redonner au Gouvernement les moyens de protéger sa population puisqu'il lui « incombe [...] de protéger ses propres citoyens et de se doter de ses propres forces de sécurité nationales » (*ibid*, § 12 du préambule).

C'est à la lumière de ces nouvelles considérations qu'il est décidé d'assouplir l'embargo sur les armes de manière à ce qu'il ne s'applique pas « aux livraisons d'armes ou de matériel militaire ou à l'offre de conseils, d'assistance ou de formation aux fins exclusives du développement des Forces de sécurité du Gouvernement fédéral somalien et de la sécurité du peuple somalien, sauf en ce qui concerne la livraison des articles visés à l'annexe à la présente résolution » (*ibid*, § 33). La dernière résolution 2498 (2019) reprend en son annexe A les articles devant faire l'objet d'une approbation préalable par le Comité des sanctions (ci-après « Comité ») : missiles surface-air ou encore mortiers ou fusils ayant un calibre supérieur à 12,7 millimètres. La Somalie peut donc obtenir plus facilement des armes légères que des armes lourdes.

Le paragraphe suivant de la résolution 2093 (2013) précise que « les armes ou le matériel militaire vendus ou fournis aux seules fins du développement des Forces de sécurité du Gouvernement fédéral somalien ne sauraient être revendus, transférés ou utilisés par aucun individu ou entité n'étant pas au service des Forces de sécurité du Gouvernement fédéral somalien » (obligation que l'on retrouve au § 7 de la résolution 2498 (2019)). Enfin, le paragraphe 38 impose à la Somalie de « notifier au moins cinq jours à l'avance le Comité créé en application de ses résolutions 751 (1992) et 1907 (2009) pour l'informer de toute livraison d'armes ou de matériel militaire (...) » (repris au § 12 de la résolution 2498 (2019)).

Les Etats peuvent aussi assister les forces de sécurité régionales ou nationales à condition de se soumettre aux procédures de notification ou d'approbation préalables (selon le produit exporté) et « après avoir informé le Gouvernement fédéral somalien de son intention de le faire » (§ 38 de la résolution 2093 (2013)). La résolution adoptée en

novembre dernier insiste sur ce point et précise que lorsque le Comité est notifié ou autorise l'exportation d'armes ou de munitions vers la Somalie, il doit « transmettre à l'organe national de coordination concerné du Gouvernement fédéral somalien les demandes d'autorisation ou notifications préalables reçues » (§ 14 de la résolution 2498 (2019)).

En levant partiellement l'embargo sur les armes, le Conseil de sécurité abandonne sa logique *globale* initiale au profit d'une action *ciblée* favorable au réarmement progressif des forces de sécurité intérieures. On remarque aussi et surtout que ce nouveau régime est soumis à un contrôle plus ou moins fort du Comité des sanctions – allant de la simple notification à l'approbation. Ce contrôle est justifié par la menace que continue de représenter les Chabab, et par le risque que ces derniers détournent des armes destinées aux Forces de sécurité. C'est pourquoi le Conseil ne lève pas complètement l'embargo et qu'il impose au Gouvernement la supervision du Comité. C'est aussi pourquoi il est demandé à la Somalie de communiquer tous les six mois un rapport dans lequel figurent des informations sur « la structure des Forces de sécurité du Gouvernement fédéral somalien » ainsi que sur les mécanismes permettant de garantir la supervision des armes et de leur distribution (§ 39 de la résolution 2093 (2013) repris au § 35 de la résolution 2498 (2019)).

Le respect de ces obligations par la Somalie est crucial puisque « toute décision de maintenir ou de lever la suspension partielle de l'embargo sur les armes [...] sera fonction de l'exhaustivité des mesures prises par le Gouvernement pour satisfaire les prescriptions résultant de la présente et d'autres résolutions du Conseil sur la question » (§ 10 de la résolution 2142 (2014)). Face aux difficultés du Gouvernement à respecter ces prescriptions, le Conseil a renforcé les obligations de notification avec la résolution 2142 (2014). Depuis, le Gouvernement ne doit pas seulement notifier cinq jours à l'avance l'importation d'armes ou de munitions mais il doit aussi confirmer, dans les trente jours suivant la réception des équipements, leur livraison ainsi que leur distribution aux services de sécurité ayant motivés cette acquisition (voyez § 16 de la résolution 2498 (2019)).

Reste à savoir si le régime pose effectivement de réels obstacles au renforcement de la sécurité nationale somalienne.

Réponse du Groupe d'experts : l'impossibilité de lever l'embargo sur les armes sans une meilleure supervision des stocks d'armes et de munitions – Afin d'explicitier clairement un régime d'embargo aussi complexe, il faut raisonner en trois temps. Premièrement, le Conseil de sécurité refuse de lever l'embargo sur les armes parce que le Groupe d'experts défend qu'il ne constitue pas un obstacle au réarmement de la Somalie. Deuxièmement, ce même Groupe recommande au Conseil de n'envisager la levée de l'embargo que lorsque les mécanismes nécessaires à la supervision des stocks d'armes seront respectés. C'est seulement à la lumière de ces éléments qu'il sera possible d'aborder la question de la réalité de l'allégation formulée par la Somalie lors de l'adoption de la résolution 2498 (2019).

- L'absence d'un contrôle rigoureux du Comité des sanctions témoignant d'une liberté d'importation d'armes et de munitions – Rappelons que le régime actuel n'impose qu'une simple *notification* au Comité, « pour information », comme le précise le paragraphe 11 de la résolution 2498 (2019). Le Comité ne dispose donc pas d'un pouvoir de blocage des importations d'armes et de munitions, à l'exception des équipements listés en annexe et mentionnés plus haut (dont nous ne disposons aucune information

dans les rapports). C'est pour cette raison que le Groupe d'experts considère, depuis 2016, que le Gouvernement invoque « un *faux* argument pour demander la levée totale de l'embargo, prétendant que celui-ci l'empêche d'importer des armes et des munitions » (nous soulignons, S/2016/919, p. 4). Il est rapporté qu'en 2018 la Somalie avait notifié l'importation de 20 000 armes, 75 millions de munitions, dont 70 000 projectiles de RPG-7 depuis la levée partielle de l'embargo en 2013 (S/2018/1002, p. 13 ; il est impossible d'obtenir les chiffres à jour de l'année 2019 puisque le rapport de cette année les ont déclaré confidentiels).

La Somalie jouit donc d'une certaine liberté dans l'importation d'équipements militaires, à l'exception toujours des armes de gros calibres listées à l'annexe A de la résolution 2093 (2019). Une évaluation gouvernementale réalisée en 2017 constatait pourtant que « 70% seulement des soldats possédaient des armes et que beaucoup d'entre elles appartenaient à des entités non gouvernementales » (*ibid*, § 22, p. 13). Ce constat semble aller dans le sens de la critique formulée par le Gouvernement, sauf si l'on y regarde de plus près. A la lecture de cette évaluation, le Groupe d'experts a remarqué « un écart considérable entre le nombre d'armes officiellement reçues par le Gouvernement depuis la levée partielle de l'embargo et celui distribué à l'Armée nationale » (*ibid*). Ainsi le problème ne proviendrait pas de l'embargo sur les armes en tant que tel, mais de la mauvaise gestion des stocks par la Somalie. C'est ce dernier point qui justifie le maintien de l'embargo.

Le maintien de l'embargo sur les armes motivé par le non-respect des obligations de notification et l'insuffisance des mécanismes de gestion des stocks militaires – Lorsqu'on évalue la pratique de l'embargo sur les armes, il faut distinguer deux situations : le respect des obligations de notification ou d'approbation d'une part ; et l'établissement de mécanisme de suivi des stocks d'armes et de munitions d'autre part. Le premier permet d'établir clairement la quantité d'équipements importés par le Gouvernement fédéral ; ou exportés par les Etats membres vers la Somalie. Le second concerne quant à lui l'après, c'est-à-dire le suivi des armes une fois qu'elles sont entrées dans le territoire somalien. L'examen de ces deux aspects permet de se rendre compte qu'ils poursuivent une même logique : empêcher le détournement des armes et munitions par les groupes terroristes, principalement les Chabab.

Le Groupe d'experts constate depuis longtemps le non-respect des obligations de notification par le Gouvernement ainsi que par les Etats membres des Nations Unies. On peut citer comme exemple celui des uniformes militaires : en 2018, le Groupe indiquait que la revente d'uniformes des forces de sécurité somalienne sur le marché noir permettait aux Chabab de se déguiser et de réaliser des attaques dans des lieux normalement inaccessibles sans le port de ces uniformes (§29 et s. du rapport S/2018/1002). Le rapport déplorait que « [m]algré l'obligation de notifier le Comité des livraisons de matériel non létal, le Gouvernement fédéral ne l'a plus informé, depuis octobre 2015, des livraisons d'uniformes reçues d'Etats membres ou de donateurs (...) » (*ibid*, § 32).

Face à de telles difficultés empêchant un suivi suffisamment rigoureux des stocks d'équipements militaires, le Groupe relève malgré tout que le Gouvernement ne refuse pas de s'acquitter de ses obligations. L'origine du problème se situerait plutôt dans une « mauvaise communication dans les services de sécurité fédéraux, et entre le Gouvernement fédéral et les Etats Membres » (§ 111, p 38, S/2016/919). De nombreux

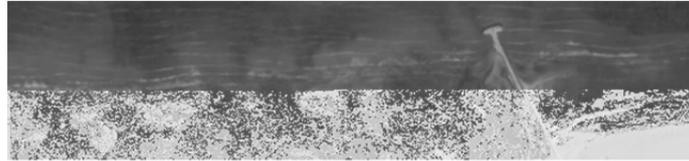
progrès ont été notés, notamment dans le dernier rapport du Groupe. Celui-ci informe que sur les sept notifications communiquées au Comité, cinq répondaient aux exigences (p. 5, S/2019/858). Malgré tout, des progrès continuent d'être requis de la part du Conseil de sécurité.

Aux difficultés de mise en œuvre des procédures de notification par le Gouvernement s'ajoute le non-respect de leurs obligations par les Etats membres. Là encore le problème provient principalement du fait que les Etats ne sont généralement pas au courant des exemptions en vigueur, ni de la nécessité de s'adresser au Comité. Il existe également des Etats violant volontairement l'embargo : en 2019, le Groupe affirme avoir « obtenu la preuve que l'entreprise d'Etat éthiopienne Metals and Engineering Corporation – société d'ingénierie et de fabrication d'armes basée à Addis-Abeba – avait systématiquement violé l'embargo sur les armes pendant au moins dix ans » (§ 120, p. 34 du rapport S/2019/858). Comme le déploraient déjà le Gouvernement en 2017, ces violations « favorisent [la] fourniture désintégrée d'armes et de munitions à de multiples entités du secteur de la sécurité et pourrait contribuer à la fragmentation [du pays] » (S/PV.8099, p. 11).

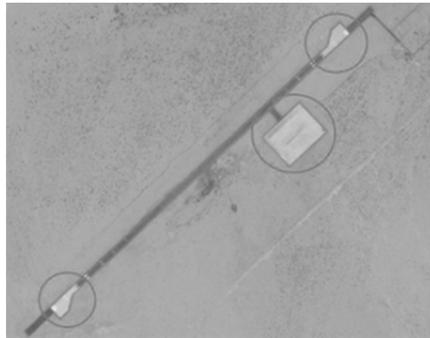
Contrairement à ce qu'allègue la Somalie cependant, le problème ne provient pas du régime de sanctions mais plutôt de la non-coopération de certains Etats membres avec le Comité. Rappelons que ce dernier doit informer le Gouvernement fédéral de toute demande d'assistance lui étant adressée. Il suffirait alors que les Etats membres respectent leurs obligations afin d'éviter cette fragmentation dans la distribution des armes. Un problème persiste cependant : celui de la possibilité pour les Etats d'envoyer des armes en Somalie *sans son consentement*. Là encore, il semble que le Conseil de sécurité n'ait pas d'autres choix que de soumettre ces demandes au contrôle du Comité et non à celui de l'exécutif. Ces demandes concernent généralement des régions se considérant autonomes. L'exemple de la région du Somaliland est frappant : l'Ethiopie justifiait les violations de l'embargo en invoquant la souveraineté de la région, afin d'affirmer que l'embargo lui était inapplicable (§122, p. 35, S/2019/858).

Un autre exemple mérite également d'être évoqué : celui de la base de Berbara, établie dans la région du Somaliland par les Emirats arabes unis. La Somalie considère que la base représente « une violation flagrante de la souveraineté et de l'intégrité territoriale somaliennes et va à l'encontre des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité » (S/PV.8665, pp. 4-5). Chose que le Groupe d'experts constate aussi depuis 2017 en relevant qu' « il est peu probable que les dérogations permanentes à l'embargo sur les armes puissent s'appliquer » aux produits qu'espèrent fournir les Emirats à ladite région *via* cette construction militaire (§ 149, p. 39, S/2017/924). L'accord du Comité serait nécessaire, mais là encore les Emirats arabes unis ont écarté cette obligation en affirmant que « tous les accords signés avec les régions somaliennes l'avaient été dans le cadre des pouvoirs constitutionnels conférés aux présidents de ces régions, en vue de garantir la sécurité, la stabilité et la prospérité du pays et de ses habitants » (§ 42, p. 18, S/2018/1002).

Le Somaliland refuse l'inspection du Groupe au sein de cette base, dont on peut trouver des photos satellites attestant l'avancée des travaux :



(Photo prise le 23/12/2016, p. 140, S/2017/924)



(Photo prise le 08/08/2019, p. 140, S/2019/858; ce qui est entouré en atteste la fin de la construction de la piste d'atterrissage ainsi que d'un hangar)

Sous la pression internationale, les Emirats arabes unis ont indiqué avoir abandonné la construction de la base militaire en septembre dernier (<https://reut.rs/2UOvJGG>). Ces exemples permettent de comprendre l'obstacle que représente la nature fédérale de la Somalie ainsi que les prétentions indépendantistes de certaines régions. Si le Groupe d'experts insiste sur le respect des obligations de notification, c'est en raison des informations que celles-ci doivent contenir en vue de prévenir le détournement des armes et munitions importées : « le numéro de série des armes et du matériel militaire livrés, les données relatives à l'expédition, le connaissance, le manifeste de cargaison ou la liste de colisage, et le lieu précis d'entreposage, et considère qu'il serait utile que les fournisseurs » (§ 16, résolution 2498 (2019)).

Cette exigence s'impose en raison d'un écart considérable entre le nombre d'armes officiellement reçues par le Gouvernement depuis la levée partielle de l'embargo et celui distribué à l'Armée nationale » (cité *supra*). Le Comité s'est par exemple vu notifier la livraison de 3 500 fusils d'assaut en 2014. Or, le Groupe a pourtant constaté la livraison de seulement 2 755 fusils (annexe 6.2, p. 225 du rapport S/2014/726), amenant à la conclusion probable que les 745 fusils disparus ont été revendus sur le marché noir au profit de groupes terroristes. En outre, des témoignages indiquent que des soldats des forces de sécurité somaliennes et des hauts responsables participent à la revente des armes en raison du non-paiement de leurs salaires (v. à la p. 3 du rapport S/2018/1002).

C'est pourquoi le Conseil soulignait en 2015 qu'il importait de verser « les salaires des membres des forces de sécurité somaliennes de manière régulière et prévisible » (§ 12, résolution 2244 (2015)). Un exemple plus récent rapporte la notification en juillet 2016 d'un cargo contenant 113 200 munitions, alors que le Groupe, lors d'une visite à l'armurerie, n'en a décompté que 7 200 (annexe 8.1, p. 129 du rapport S/2017/924).

L'importance d'un système rigoureux de marquage des armes ainsi que l'obligation de ne pas revendre les armes importées par le Gouvernement se fait jour. Cela explique la décision du Conseil de sécurité, sous les recommandations du Groupe d'experts, d'imposer au Gouvernement une notification en trois temps : la commande ; la livraison ; la distribution (§ 16 de la résolution 2498 (2019) précitée). Outre ces obligations de notification, le Gouvernement doit mettre en œuvre des mécanismes permettant « d'assurer de façon sûre et efficace la gestion, l'entreposage et la sécurité de leurs stocks d'armes, de munitions et autre matériel militaire et de leur distribution, notamment la mise en œuvre d'un système qui permet de suivre ce type de matériel et de fournitures militaires jusqu'au niveau des unités » (§ 3, résolution 2498 (2019)). A nouveau le Groupe d'experts n'a cessé de constater les efforts du Gouvernement tout en identifiant les points à améliorer.

Le mécanisme de suivi en vigueur depuis 2017 se déroule en trois temps : 1) un ordre de distribution précisant le type, la quantité, l'objet de la requête, ainsi que l'unité bénéficiaire des armes et munitions est présenté ; 2) un bon de distribution est ensuite signé par le Commandant de l'armurerie d'Halane après réception de la marchandise par le destinataire final ; 3) enfin, l'inventaire laisse une trace de l'entrée et de la sortie du bien (v. l'annexe 8.2, p. 132 et s., S/2017/924). Il faut aussi relever l'existence d'appareils de marquage (huit en 2017, v. p. 36, S/2017/924) ; permettant de sceller l'appartenance des armes au Gouvernement fédéral. Ainsi, près de 20 240 armes ont été marquées depuis le lancement du programme de marquage en 2014 (annexe 2.4, p. 110, S/2019/858).

Malgré ces efforts, les armes continuent d'être détournées du fait des lacunes des procédures de suivi. Le marquage des armes permet de démontrer avec certitude l'existence d'un détournement, puisque le Groupe saisit fréquemment des armes dont le marquage est semblable à celui du matériel importé par le Gouvernement (v. § 24, p. 14, S/2018/1002). Ces détournements constituent le principal obstacle à la constitution d'une Armée nationale, mais est-ce le seul ?

La question de l'impossibilité de constituer une armée nationale – Afin de déterminer précisément si l'embargo ne permet pas de réarmer les Forces de sécurité somaliennes, il faudrait connaître précisément leurs besoins. Le Gouvernement est obligé, en vertu du paragraphe 39 de la résolution 2093 (2013), de communiquer des rapports qui devraient nous éclairer sur ce point. Malheureusement, le Groupe d'experts relève que ces rapports sont « toujours incomplets et incohérents » (p. 5 du rapport S/2019/858). Par exemple, dans son rapport du 15 mars 2019, le Gouvernement indique disposer de 13 874 soldats sur six régions (Galmudug, Sud-Ouest de l'Etat ; Puntland ; Jubaland ; Hirshabelle ; Région du Banadir) dont 4 500 dans la région de Banadir. Pourtant, dans une autre annexe il affirme disposer de plus de 12 032 officiers dans cette région (v. les tableaux p. 134 du rapport S/2019/858). Le Groupe ne peut donc pas évaluer si cette région dispose de suffisamment d'armes pour ses forces de sécurité. La *Joint Verification Team* a déterminé que cette même région disposait de 3 929 armes : s'agit-il d'armes destinées à 4 500 ou à 12 032 agents d'Etats ?

Malgré cette incertitude, il faut remarquer que, quelle que soit la réponse, le nombre d'armes est insuffisant (dans un cas davantage que dans l'autre). Doit-on pour autant considérer que l'embargo est responsable de cet écart ? Malgré la complexité de la situation, on ne peut pas nier qu'à l'exception des armes et munitions soumises à approbation du Comité, le Gouvernement fédéral peut importer les équipements qu'il estime nécessaires. Le problème ne semble pas venir de l'embargo en lui-même, qui préserve la constitution d'une force nationale armée. Il apparaît plutôt que les difficultés internes relatives à la supervision des armes justifient le maintien du constat par le Conseil de sécurité d'une menace à la paix et à la sécurité internationale, ainsi que le maintien de l'embargo. Le droit à la légitime défense n'apparaît pas avoir été retiré définitivement à la Somalie : ce droit est plutôt soumis à un cadre juridique qui permettra son exercice sans restriction lorsque ledit Etat sera dans la capacité de se réarmer de manière à ne pas menacer la paix et la sécurité internationale.

Il est cependant possible de critiquer, à l'instar du représentant somalien, le fait que ces sanctions « continuent d'être imposées à la Somalie sans critères clairement définis en vue de leur levée totale » (S/PV.8665, p. 4). Le Groupe d'experts, suivi par le Conseil, se contentent de souligner l'insuffisance des mécanismes du Gouvernement sans préciser le degré à partir duquel la levée de l'embargo pourra être sérieusement envisagée. Imposer à la Somalie une obligation de résultat – celle d'empêcher tout détournement d'armes – semble irréalisable dans les conditions actuelles. Pourtant, c'est ce que semble attendre le Conseil. Il ressort clairement que l'embargo sur les armes imposé à la Somalie depuis 1992 continuera de s'appliquer pendant une période encore indéterminée. Le caractère « naturel », ou « inhérent » (dans la version anglaise de la Charte) du droit à la légitime défense n'impose-t-il pas de poser des critères clairs à la levée de l'embargo ? De tels critères permettraient d'assurer la précarité d'une restriction d'un droit que l'on imagine difficilement permanente.

A l'image des mesures adoptées par le Conseil de sécurité concernant l'embargo sur les armes imposé à la République centrafricaine (S/PRST/2019/3), pourquoi ne pas adopter des objectifs clairement définis permettant à terme la levée de l'embargo une fois ceux-ci remplis ? Cette question renvoie le juriste face aux caractéristiques bien particulières de l'organe *politique* des Nations Unies.

J.B.D.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ – PANDÉMIE DE COVID-19

La flambée du nouveau coronavirus (2019-nCoV) constitue une urgence de santé publique de portée internationale (Rappel des faits jusqu'à la déclaration du Directeur général de l'OMS du 30 janvier 2020)

2020/2.38 - Depuis la fin de l'année 2019, un nouveau coronavirus (qui sera ultérieurement baptisé SARS-CoV-2) a provoqué une pandémie de maladie qui sera dénommée la COVID-19 et dont l'issue et les conséquences sont encore incertaines. Plutôt que de livrer une synthèse ou une analyse qui se révélerait prématurée, il a paru utile de donner quelques éléments de contexte et d'établir une chronologie permettant de retracer les réactions nationales, européennes et internationales face à l'apparition du phénomène. La présente chronologie couvre, au mieux des informations disponibles, la

période allant jusqu'au 30 janvier 2020, date à laquelle le Directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré que la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCoV) constituait une urgence de santé publique de portée internationale (USPPI). Elle pourra être lue en regard de celle adressée par la Chine à l'Assemblée générale des Nations Unies (A/74/795) et de celle proposée par Paul Benkimoun, Frédéric Lemaître et Marie Bourreau (« Les liaisons dangereuses entre l'OMS et la Chine ont marqué la crise du coronavirus », *Le Monde*, 29 avril 2020, pp. 24-25).

17 novembre 2019 : d'après un rapport officiel consulté par le *South China Morning Post*, le premier cas d'une personne infectée par un virus inconnu aurait été détecté dans la ville de Wuhan, dans la province de Hubei (Chine) (*South China Morning Post*, 13 mars 2020).

12 décembre : la 33^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge se dit « gravement préoccupée par la menace que les épidémies et les pandémies font peser sur la santé, l'économie et la stabilité mondiales » (résolution 33IC/19/R3).

16 décembre : l'Assemblée générale des Nations Unies adopte une résolution dans laquelle elle insiste sur l'amélioration de la préparation aux épidémies et aux pandémies (A/RES/74/118).

30 décembre : le Dr Ai Fen, directrice du département des urgences de l'hôpital central de Wuhan, reçoit des résultats concernant un patient reçu le 27 décembre : « Coronavirus-SRAS. Transmission : par postillons à courte distance ou par le toucher ». Elle transmet ces informations à des collègues. Le Dr Li Wenliang, ophtalmologue, transfère ce message à plusieurs collègues avec la mention : « Sept cas de SRAS confirmés au marché de Huanan ». A 22h.20, le Dr Ai Fen reçoit un message de la Commission de la santé de Wuhan : « Il ne faut pas diffuser cette information au public. Si panique il y a, il faudra trouver le responsable » (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

31 décembre : en application du Règlement sanitaire international (RSI) adopté en 2005, la Chine notifie à l'OMS un groupe de cas de pneumonie à Wuhan dont la cause est inconnue. Taïwan (qui n'est pas membre de l'OMS) impose des contrôles sanitaires à bord des avions en provenance de Wuhan et fait part à l'OMS de ses préoccupations concernant une possible transmission interhumaine (*Taiwan Info*, 3 janvier 2020).

1^{er} janvier 2020 : l'OMS demande plus d'informations aux autorités chinoises (<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/fr/>) et met sur pied une équipe d'appui à la gestion des incidents aux trois niveaux de l'Organisation (Siège, bureaux régionaux et bureaux de pays) (<https://www.who.int/fr/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19>).

Le marché de gros de fruits de mer de Huanan, à Wuhan, est fermé.

Ayant évoqué la possibilité d'une transmission interhumaine du virus, le Dr Ai Fen est accusée de répandre de fausses rumeurs par le bureau de l'inspection de la discipline de l'hôpital où elle travaille (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

3 janvier : la Thaïlande met en œuvre des mesures de dépistage pour les voyageurs en provenance de Wuhan (<https://www.who.int/csr/don/14-january-2020-novel-coronavirus-thailand/fr/>). Le Dr Li Wenliang est entendu par la police chinoise et doit rédiger son autocritique (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

5 janvier : l'OMS publie son premier Bulletin d'information : « [d]'après les informations préliminaires fournies par l'équipe d'investigation chinoise, aucun élément n'atteste une transmission interhumaine significative ». Bien qu'elle dispose de « peu d'informations », l'OMS reconnaît que la situation « devrait inciter à la prudence ». Néanmoins, « [s]ur la base des informations données par les autorités nationales », l'OMS « ne recommande aucune mesure sanitaire spécifique pour les voyageurs » et « déconseille toute restriction des voyages et du commerce avec la Chine » (<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/fr/>).

6 janvier : le US Centers for Disease Control and Prevention (CDC) publie un « Watch – Level 1 travel notice » (<https://wwwnc.cdc.gov/travel/notices/warning/coronavirus-global>).

8 janvier : le US CDC publie un « Health Advisory » dans le Health Alert Network (HAN). On peut y lire que « *local authorities have reported negative laboratory test results for (...) SARS-CoV* ». Le US CDC recommande notamment « *a cautious approach to symptomatic patients with a history of travel to Wuhan City* » (port du masque, examen porte fermée...) (HAN00424, https://emergency.cdc.gov/han/HAN00424.asp?deliveryName=USCDC_511-DM16877).

9 janvier : le Dr Xu Jianguo, de l'Académie chinoise d'ingénierie, annonce que, le 7 janvier, un nouveau coronavirus a été détecté en laboratoire et que son génome a fait l'objet d'un séquençage complet (<http://news.cctv.com>). Ce virus est baptisé provisoirement « 2019 novel coronavirus (2019-nCoV) » (<http://ask.un.org/faq/281723>).

La Commission européenne notifie une alerte dans le Système d'alerte précoce et de réaction (SAPR), conformément à l'article 9 de la décision 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Sur la base de l'article 10, le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) publie son évaluation des risques. Il explique que « *[a]ccording to the Chinese authorities, no significant human-to-human transmission has been observed. No cases among healthcare workers have been reported (...). Chinese authorities have ruled out SARS-CoV* ». L'ECDC relève également que plusieurs régions et pays voisins de la Chine (Hong Kong, Malaisie, Philippines, Singapour, Taiwan, Thaïlande, Vietnam) appliquent des mesures de dépistage pour tous les voyageurs en provenance de Wuhan. Concernant plus spécifiquement l'Union européenne, l'ECDC souligne que l'aéroport de Wuhan offre des liaisons directes avec la France, l'Italie et le Royaume-Uni et il note que l'Italie et le Royaume-Uni ont pris certaines mesures.

Puis l'ECDC, tout en précisant que son évaluation des risques est rendue très incertaine par de nombreux inconnus, indique que « *given that there is no indication of human-to-human transmission, the risk to travellers is considered to be low. For the same reason, and since no cases have been detected outside of Wuhan, the likelihood of introduction to the EU is considered to be low, but cannot be excluded. Consequently, the risk of further spread within the EU should a case be identified is considered low to very low. / (...) the likelihood of nosocomial transmission is low* ».

Enfin, l'ECDC émet des conseils relatifs aux voyageurs et fait expressément référence à l'isolement des cas identifiés et à l'utilisation de mesures de protection personnelle appropriée, ainsi qu'à la bonne information des personnels de santé (« *Threat Assessment Brief: Pneumonia cases possibly associated with a novel coronavirus in Wuhan, China* », 9 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>).

10 janvier : premier avis de l'OMS concernant les voyages et les échanges commerciaux internationaux : « [d]'après les informations actuellement disponibles, l'enquête préliminaire suggère qu'il n'y a pas de transmission interhumaine significative (...). Il faudra davantage d'information ». L'OMS estime qu'il serait « prudent de réduire le risque général d'infection respiratoire aiguë lors de voyages à destination ou en provenance des zones touchées ». A cette fin, elle donne certaines consignes relatives aux voyages internationaux. Pour autant, « sur la base des informations actuellement disponibles sur cet événement, l'OMS déconseille d'appliquer à la Chine des restrictions aux voyages ou aux échanges commerciaux » (https://www.who.int/ith/20200901_outbreak_of_Pneumonia_caused_by_a_new_coronavirus_in_C/fr/).

Le même jour, la séquence du génome aurait été rendue publique auprès du Global Initiative on Sharing all Influenza Data (GISAID), permettant l'élaboration des outils de diagnostic (ECDC, « Rapid Risk Assessment: Cluster of pneumonia cases caused by a novel coronavirus, Wuhan, China », 17 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>).

12 janvier : après celui du 5 janvier, l'OMS publie son deuxième Bulletin d'information : le premier décès serait survenu le 9 janvier ; aucun autre cas n'a été détecté par la Chine depuis le 3 janvier ; la flambée serait associée à des expositions sur un marché aux poissons à Wuhan ; aucune infection n'est à déplorer parmi les agents de santé ; il n'y a pas de preuve évidente de transmission interhumaine. On y lit également que c'est le 12 janvier (et non pas le 10 janvier ?) que la Chine aurait publié la séquence du génome. L'OMS reconnaît que des informations supplémentaires sont nécessaires. Pour l'heure, elle « ne recommande aucune mesure sanitaire spécifique pour les voyageurs » et, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », elle « déconseille toute restriction des voyages et du commerce avec la Chine » (<https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/fr/>).

13 janvier : le coronavirus est évoqué pour la première fois dans le point presse quotidien du Bureau du Porte-parole du Secrétaire général de l'ONU (DBF200113).

L'Institut de virologie de l'hôpital universitaire de la Charité (Berlin) met au point et publie le premier test de dépistage du 2019-nCoV (https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/wuhan-virus-assay-v1991527e5122341d99287a1b17c111902.pdf?sfvrsn=d381fc88_2).

14 janvier : troisième Bulletin d'information de l'OMS indiquant que, la veille, la Thaïlande a notifié son premier cas d'infection par le 2019-nCoV, exporté de Wuhan par une Chinoise ayant pris un vol direct pour un voyage organisé. Celle-ci a déclaré ne pas s'être rendue sur le marché de Huanan. Son affection a été détectée grâce au dispositif de surveillance thermique de l'aéroport thaïlandais. L'OMS continue d'indiquer que « [s]ur la base des informations disponibles, il n'y a pas de preuve évidente de transmission interhumaine. Aucun autre cas n'a été détecté depuis le 3 janvier 2020 en Chine ». L'Organisation reconnaît néanmoins que « [d]es investigations supplémentaires doivent être menées » et elle donne des conseils afin de réduire le risque général de transmission à l'occasion d'un voyage international. Pour finir, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », l'OMS « déconseille toute restriction des voyages et du commerce avec la Thaïlande » (<https://www.who.int/csr/don/14-january-2020-novel-coronavirus-thailand/fr/>).

16 janvier : quatrième Bulletin d'information de l'OMS, où l'on peut lire qu'un deuxième cas d'infection au 2019-nCoV est signalé hors de Chine, par le Japon. La personne infectée (un Chinois d'une trentaine d'années, résidant au Japon) s'était rendue à Wuhan. L'OMS renvoie à ses conseils précédents et « encourage tous les pays à poursuivre leurs activités de préparation ». Mais, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », elle « déconseille toute restriction des voyages et du commerce » (<https://www.who.int/csr/don/16-january-2020-novel-coronavirus-japan-ex-china/fr/>).

17 janvier : le cinquième Bulletin d'information de l'OMS donne des précisions supplémentaires sur le cas signalé par le Japon et sur les mesures prises par cet Etat. L'Organisation précise ses conseils (<https://www.who.int/csr/don/17-january-2020-novel-coronavirus-japan-ex-china/fr/>).

Au sein de l'Union européenne, le Comité de sécurité sanitaire (CSS) tient sa première réunion. Il est présidé par la DG Santé de la Commission et réunit les représentants de 12 Etats membres, du Royaume-Uni, du Centre européen de contrôle des maladies (ECDC), de la DG Recherche et innovation et de l'OMS. L'ECDC y présente une actualisation de son évaluation des risques, accompagnée de possibles mesures de santé publique (« Rapid Risk Assessment: Cluster of pneumonia cases caused by a novel coronavirus, Wuhan, China », 17 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>). D'après cette évaluation des risques, « *person-to-person transmission may have occurred. In the absence of detailed information from the ongoing studies in China, it is impossible to quantify the potential of the 2019-nCoV for human-to-human transmission* ». Il est précisé à plusieurs reprises que certains risques (importation et propagation en Europe) ne sont pas exclus. Après avoir énoncé que le contrôle thermique des voyageurs aux points d'entrée n'est généralement pas considéré comme efficace, surtout pour des symptômes courants et dans un contexte d'activité accrue de la grippe saisonnière, l'ECDC relève que plusieurs pays le pratiquent (Hong Kong, Indonésie, Malaisie, Myanmar, Philippines, Russie, Singapour, Taïwan, Thaïlande et Vietnam). Il admet que plusieurs cas exportés dans ces pays ont été détectés grâce à ces procédures mises en place dans les tous premiers jours de la crise. L'ECDC en conclut que « *a targeted approach focusing on passengers from direct incoming flights may be considered* ». Il renvoie également à l'« operational checklist » qu'il avait élaborée en octobre 2019 pour se préparer à l'importation de cas de maladie infectieuse à haut risque.

En outre, parce que leurs aéroports offrent des liaisons directes avec Wuhan, la France, l'Italie et le Royaume-Uni sont invités à présenter les mesures qu'ils ont prises. On relèvera en particulier que le Royaume-Uni indique que « *in line with recommendations, there is no screening in place in the U.K.* » et l'Italie que « *[n]o restrictions on travel or trade regarding China are applied, according to WHO advice* ». Enfin, la DG Recherche et innovation soulève la question des initiatives de recherche lancées par les Etats membres sur ce virus (https://ec.europa.eu/health/hsc_covid19_fr).

18 janvier : un banquet réunit 40 000 familles de Wuhan.

20 janvier : le Dr Zhong Nanshan déclare à la télévision chinoise que la transmission interhumaine est « avérée » (*Le Monde* en ligne, 20 janvier 2020).

21 janvier : sixième Bulletin d'information de l'OMS, où l'on apprend que le quatrième cas exporté de Wuhan a été signalé par la République de Corée. L'Organisation estime « prudent de rappeler à la population et aux agents de santé les principes de base à appliquer ». Elle continue de ne recommander « aucune mesure sanitaire particulière concernant les voyageurs » et, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », elle « déconseille toute restrictions des voyages et du commerce avec la République de Corée » (<https://www.who.int/csr/don/21-january-2020-novel-coronavirus-republic-of-korea-ex-china/fr/>).

A partir de ce jour, l'OMS publie quotidiennement un rapport de situation (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>).

22 janvier : après une visite à Wuhan les 20 et 21 janvier, une délégation de l'OMS déclare que les données collectées suggèrent qu'une transmission interhumaine a lieu dans cette ville et que plusieurs agents de santé ont été infectés (Mission summary: WHO Field Visit to Wuhan, China 20-21 January 2020, <https://www.who.int/china/news/detail/22-01-2020-field-visit-wuhan-china-jan-2020>).

Le Directeur général de l'OMS convoque le Comité d'urgence visé aux articles 48 et 49 du RSI (2005), afin qu'il donne son avis sur l'existence d'une urgence de santé publique de portée internationale (USPPI). Les membres du Comité d'urgence expriment « des vues divergentes », sur la base desquelles le Comité émet l'avis « que l'évènement ne constitu[e] pas une USPPI » tout en convenant « de l'urgence de la situation » (Déclaration sur la réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (RSI) concernant la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCoV), 23 janvier 2020).

A 20h, les autorités chinoises annoncent le confinement des 11 millions d'habitants de Wuhan et la fermeture de l'aéroport international de Wuhan-Tianhe, à compter du 23 janvier, à 10h. Entre-temps, cinq millions de personnes auraient quitté la ville (*Le Monde*, 7 avril 2020, p. 3).

Dans le cadre de l'Union européenne, le Comité de sécurité sanitaire (CSS) tient sa deuxième réunion. Le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) présente une nouvelle évaluation des risques (« *Rapid Risk Assessment: Outbreak of acute respiratory syndrome associated with a novel coronavirus, Wuhan, China; first update* », 22 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>). Il en ressort que les informations manquent mais qu'en l'état « [t]he potential impact of 2019-nCoV outbreak is high ». On y apprend également que l'Italie vérifie la présence de cas suspects à bord des vols directs en provenance de Wuhan. L'ECDC recommande que des mesures strictes de prévention et de contrôle des infections soient appliquées pour la gestion des personnes faisant l'objet d'investigations et des cas confirmés. Il recommande également que les passagers assis non loin d'un cas confirmé de 2019-nCoV ainsi que les membres d'équipage soient retracés et activement suivis pendant 14 jours.

Lors de cette réunion, la DG Recherche et innovation indique qu'elle envisage de développer un fonds d'urgence. Il est demandé aux Etats membres de fournir des informations sur leurs stocks et sur d'éventuelles pénuries. La Commission annonce qu'elle va notamment : se tourner vers l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA) et les opérateurs de vols aériens afin de partager les données relatives aux passagers ; fournir des lignes directrices pour le dépistage à l'entrée ; diffuser une enquête sur la préparation et les capacités disponibles (https://ec.europa.eu/health/hsc_covid19_fr).

23 janvier : à la demande du Directeur général de l'OMS, le Comité d'urgence se réunit à nouveau. Après que la Chine a présenté de nouvelles informations, la transmission interhumaine du virus et son taux de reproduction de base sont considérés comme étant « d'importance majeure » par les membres du Comité. Néanmoins, « [p]lusieurs membres du Comité ont considéré qu'il est encore trop tôt pour déclarer une USPPPI, compte tenu de son caractère restrictif et binaire ». Il ressort de l'avis détaillé du Comité que le fait qu'il ne recommande pas la déclaration d'une USPPPI ne signifie pas que la situation ne soit pas préoccupante, ce qui justifierait selon lui l'établissement d'un niveau d'alerte intermédiaire. Par ailleurs, le Comité s'appuie sur le RSI (2005) pour rappeler aux pays qu'ils doivent communiquer leurs informations à l'OMS. Il ajoute une référence inhabituelle à l'article 44 du Règlement pour appeler la communauté internationale à la solidarité et à la coopération (« Déclaration sur la réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (RSI) concernant la flambée de nouveau coronavirus (2019-nCoV) », 23 janvier 2020). Sur la base de cet avis, le Directeur général de l'OMS annonce qu'il ne déclare pas l'USPPPI. Il avertit cependant qu'il s'agit d'une urgence en Chine et qu'elle pourrait devenir une urgence sanitaire de portée internationale « Déclaration du Directeur général de l'OMS sur les recommandations du Comité d'urgence du RSI sur le nouveau coronavirus », 23 janvier 2020.

24 janvier : les premiers cas d'infection au virus 2019-nCoV sont signalés dans la Région européenne de l'OMS. Ils sont notifiés par la France et concernent trois personnes en provenance de Wuhan (<http://www.euro.who.int/fr/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/01/2019-ncov-outbreak-first-cases-confirmed-in-europe>).

L'OMS met à jour son avis du 10 janvier concernant le transport international. Elle souligne à nouveau le manque de connaissance quant aux caractéristiques épidémiologiques du 2019-nCoV. Pour autant, elle reconnaît que « *human-to-human transmission has been confirmed largely* ». Dès lors, tout en continuant de recommander, sur la base des informations disponibles, de ne pas restreindre les voyages internationaux, l'Organisation publie des conseils substantiellement différents des conseils précédents. En particulier, elle invite la Chine à pratiquer le dépistage dans les ports et aéroports internationaux, ainsi qu'au niveau des aéroports, gares ferroviaires et gares routières nationales. À l'intention des pays dans lesquels le 2019-nCoV ne s'est pas encore transmis, elle fait remarquer que, si le dépistage à l'entrée fait preuve d'une efficacité incertaine et peut nécessiter des investissements importants, la majorité des cas exportés ont été détectés de cette manière. Elle prend le soin de préciser que les mesures doivent être appliquées en évitant les restrictions inutiles au trafic international (<https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-advice-for-international-traffic-in-relation-to-the-outbreak-of-the-novel-coronavirus-2019-ncov-24-jan>).

25 janvier : la province de Hubei est confinée (60 millions d'habitants).

26 janvier : le Centre européen de contrôle des maladies (ECDC) publie une mise à jour de son évaluation des risques, où l'on apprend que des cas ont été rapportés par la Chine, l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, les États-Unis d'Amérique, la France, le Japon, la Malaisie, le Népal, Singapour, Taiwan, la Thaïlande et le Vietnam. Tous les cas rapportés en dehors de la Chine (sauf un) présentaient un historique récent de voyage dans cet État. Plusieurs pays ont mis en place un dépistage à l'entrée pour tous les voyageurs en provenance de Wuhan (États-Unis d'Amérique, Hong Kong, Inde,

Indonésie, Malaisie, Myanmar, Philippines, Russie, Singapour, Taiwan, Thaïlande et Vietnam). L'ECDC continue d'indiquer qu'un dépistage ciblé sur les passagers des vols directs en provenance des zones touchées peut être envisagé. Il donne également des conseils relatifs à la recherche des contacts (« Rapid Risk Assessment: Outbreak of acute respiratory syndrome associated with a novel coronavirus, China; First cases imported in the EU/EEA; second update », 26 January 2020, <https://www.ecdc.europa.eu/en/threats-and-outbreaks/reports-and-data/risk-assessments>).

27 janvier : l'avis de l'OMS du 10 janvier concernant le transport international est actualisé dans une version française qui n'est pas parfaitement identique à la version anglaise du 24 janvier (https://www.who.int/ith/2019-nCoV_advice_for_international_traffic/fr/).

Lors de la troisième réunion du Comité de sécurité sanitaire (CSS) de l'Union européenne, la Commission indique que « [p]reliminary assessment by SANTE of the information provided by EU Member States indicates a strong level of preparedness, but there are still a number of gaps ». Elle ajoute qu'en réponse à sa demande du 22 janvier concernant l'état des stocks, « [c]ountries did not indicate any support or needs for additional personal protective equipment stock », ce qui ne manque pas, ex post, d'interpeler. Puis l'ECDC renvoie à son évaluation des risques mise à jour le 26 janvier. Il reconnaît à nouveau que l'insuffisance du partage des données épidémiologiques rend difficile l'évaluation des risques. La Belgique demande que la question du rapatriement des citoyens de l'Union fasse l'objet d'une réponse coordonnée au niveau de l'Union. La Commission précise que le Mécanisme de protection civile de l'Union (décision n° 1313/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013) peut être utilisé à cette fin. L'Italie suggère d'organiser une réunion du Conseil sur la question de la flambée (https://ec.europa.eu/health/hsc_covid19_fr).

28 janvier : après que le groupe des Amis de la présidence (croate) du Conseil de l'Union européenne se fut réuni la veille, le Président du Conseil active le mode « partage de l'information » du Dispositif intégré de l'Union européenne pour une réaction au niveau politique dans les situations de crise (IPCR) (décision d'exécution (UE) 2018/1993 du Conseil du 11 décembre 2018).

Le même jour, la Présidente de la Commission active la phase II du système général européen d'alerte rapide (ARGUS) (COM(2005) 662 final). Dès lors, le Comité de coordination de crise (CCC), présidé par le commissaire Janez Lenarčič, suit l'évolution de la situation, recense les problèmes et les solutions en vue de prendre des décisions et des mesures, veille à l'exécution de ces dernières et assure la cohérence de l'intervention de la Commission.

Enfin, le Mécanisme de protection civile de l'Union est activé à la demande de la France, pour assurer le rapatriement de citoyens de l'UE.

30 janvier : le Directeur général de l'OMS convoque à nouveau le Comité d'urgence. Les formules de courtoisie à l'égard de la Chine – il est vrai un peu artificielles et en rupture de style – ont sans doute vocation à ménager la susceptibilité d'un Etat dont la coopération continue est cruciale pour la protection de la santé publique mondiale. Elles ne doivent pas occulter la substance de l'avis très fourni et à large spectre du Comité d'urgence, ce dernier n'hésitant pas à assortir ses recommandations scientifiques de considérations juridiques intéressantes. Ainsi, le Comité recommande à l'OMS de « continuer à étudier l'opportunité de créer un niveau d'alerte intermédiaire entre la

déclaration ou non d'une USPPI, d'une manière qui ne nécessite pas la réouverture des négociations sur le texte du RSI (2005) ». Il insère également quelques références inhabituelles à certaines dispositions spécifiques du RSI, tel l'article 3 (éviter la stigmatisation et la discrimination), l'article 43 (les mesures supplémentaires non recommandées par l'OMS doivent être notifiées à l'Organisation dans les 48h et accompagnées d'une justification) et l'article 44 (solidarité et coopération interétatique).

A ce stade, si le Comité pense « qu'il est encore possible d'interrompre la propagation du virus, pour autant que les pays prennent des mesures fortes », il estime que « la flambée épidémique remplit désormais les critères d'une USPPI ». Il propose donc au Directeur général d'adopter une liste de recommandations temporaires, en excluant expressément, « [s]ur la base des informations actuellement disponibles », la restriction des voyages et des échanges commerciaux.

Sur la base cet avis, le Directeur général déclare que la flambée épidémique due au 2019-nCoV constitue une urgence de santé publique de portée internationale et transforme l'avis du Comité en recommandations temporaires au titre de l'article 15 du RSI (2005) (« Déclaration sur la deuxième réunion du Comité d'urgence du Règlement sanitaire international (2005) concernant la flambée de nouveau coronavirus 2019 (2019-nCoV) », 30 janvier 2020). Depuis l'entrée en vigueur du Règlement, c'est la sixième fois que l'OMS déclare une USPPI.

H.D.P.

ORGANISATION POUR L'INTERDICTION DES ARMES CHIMIQUES
Premier rapport de l'IIT (*Investigation and Imputation Team*)
sur l'utilisation d'armes chimiques en Syrie

2020/2.39 - Le 8 avril dernier, le Secrétariat Technique de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (ci-après OIAC) a publié le premier rapport de son équipe d'investigation et d'imputation des faits (ci-après IIT) sur l'utilisation d'armes chimiques en Syrie. L'IIT a été créée par le Secrétariat Technique sur le fondement de la décision C-SS-4/DEC.3 de la Conférence des Etats Parties du 27 juin 2018. Cette décision a été adoptée après l'échéance du mandat du *Joint Investigation Mechanism* – mécanisme onusien d'attribution des attaques chimiques survenues en Syrie – dont la prorogation par le Conseil de Sécurité avait été bloquée par un veto russe (cette « Chronique », n° 2018/4.83.). La Russie avait, en effet, contesté la partialité et le professionnalisme du *JIM*, accusé d'être instrumentalisé par les Etats opposés au régime de Bachar Al Assad. Les Etats occidentaux du Conseil de Sécurité se sont alors tournés vers l'OIAC pour établir un nouveau mécanisme d'attribution des faits. Cette décision, élargissant considérablement les compétences de l'OIAC, a fait l'objet de vives critiques de la part de la Russie et de la Syrie qui arguaient d'une violation de la Convention et d'un détournement de la compétence du Conseil de Sécurité.

C'est dans ces circonstances que l'IIT a rendu son premier rapport d'attribution des faits. La première partie du rapport comporte un exposé du mandat de l'IIT. Sa nature est explicitée : le mandat ne concerne que l'attribution des faits établis par la Mission d'établissement des faits de l'OIAC (ci-après FFM) et n'emporte pas autorité pour constater une violation de la Convention ni pour engager la responsabilité pénale d'un auteur identifié. Le rapport fait état des difficultés matérielles rencontrées par l'IIT dans

l'exercice de son mandat. Le refus persistant du gouvernement syrien d'autoriser l'accès au territoire de la Syrie – empêchant l'équipe de se rendre sur les lieux des attaques chimiques et de s'entretenir avec des personnes sur place – est dénoncé. Egalement, les difficultés liées à la distance temporelle entre la survenance des événements et l'enquête de l'IIT sont soulignées. Ces difficultés sont en réalité dues aux circonstances de création de la mission. La décision de création de l'IIT étant contestée par le gouvernement syrien, ce dernier allait nécessairement lui refuser l'accès à son territoire. Egalement, l'attribution des faits ne fait pas partie des compétences de l'OIAC telles que déterminées par la Convention. Bien que la décision ait été prise en juin 2018, l'IIT n'a pu être opérationnelle avant juin 2019, le temps de la mise en place des outils nécessaires pour l'exercice de cette nouvelle compétence (cette « Chronique », n° 2019/1.25).

Face à ces difficultés, l'IIT a dû adapter les méthodes de collection de l'information. Le rapport détermine six domaines d'investigations pour permettre d'aboutir à une identification des auteurs : (i) le contexte militaire et les conditions météo du lieu pendant la période considérée, (ii) l'étude des impacts des bombes, (iii) les données des contrôles aériens, (iv) les symptômes des personnes affectées, (v) l'étude des débris collectés de l'arme et (vi) l'étude chimique des échantillons prélevés. L'impossibilité d'accéder aux lieux des attaques limite cependant l'investigation aux informations qui peuvent être collectées par les nouvelles technologies. Le travail de l'IIT repose essentiellement sur les informations disponibles sur internet (réseaux sociaux, médias) et les informations envoyées par les témoins et victimes de l'événement. Les échantillons chimiques et matériels disponibles sur les lieux sont prélevés par des sources, non citées dans le rapport, indépendantes de l'OIAC. Quand l'envoi de ces échantillons est impossible, l'IIT travaille sur les photos prises, encore une fois par des sources non citées, des débris de l'arme et de la scène de l'attaque. La distance temporelle de l'investigation implique pour l'équipe de se reposer largement sur les enquêtes réalisées par la FFM dans un temps plus proche de l'événement. Ces informations sont recoupées par des entretiens à distance avec des témoins de l'événement, ainsi que des informations objectives telles que les images satellites du lieu et les données météorologiques du jour de l'incident.

Cette méthode d'investigation correspond, selon le rapport, aux méthodes adoptées par les missions d'établissement des faits du système onusien de plus en plus confrontées au refus d'accès au territoire étatique. Les conclusions du rapport, issues d'une « combination, consistency and corroboration of all of the information gathered as a whole », se fondent sur le standard du « reasonable grounds ». Ce standard est défini comme « the basis of a sufficient and reliable body of information which, consistent with other information, *would allow an ordinarily prudent person to reasonably believe* ». Les conclusions du rapport sont donc issues d'un choix d'interprétation de la part de l'IIT. Aucun des six domaines d'investigation ne permet à lui seul d'aboutir à une identification incontestable. Les diverses analyses et expertises ne fournissent que des indices dont l'accumulation tend à constituer un « reasonable ground ». L'IIT décide alors quelles hypothèses sur les potentiels auteurs de l'attaque sont compatibles avec l'ensemble des informations recroisées. Ce standard se comprend à la lumière du mandat de l'IIT. Cette dernière n'a pas compétence pour établir une violation de la Convention pour l'interdiction des armes chimiques ni pour engager la responsabilité d'une entité ou d'un individu. Elle laisse les conclusions émises sur le standard du « reasonable ground »

à la libre appréciation des Etats membres de l'OIAC qui pourront, eux, constater un fait illicite susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. Dans le présent rapport, l'IIT considère qu'elle dispose de « reasonable grounds » de croire que les attaques perpétrées à Ltamenah en mars 2017 sont imputables aux forces aériennes de l'armée syrienne. Le rapport n'identifie pas directement un auteur désigné, mais laisse entendre qu'une telle attaque ne peut avoir eu lieu que sur instruction du Commandant en Chef de l'armée syrienne.

Le rapport a été, dès sa publication, vivement contesté par la Syrie et la Russie. Les critiques ont principalement porté sur l'absence de licéité et l'instrumentalisation de l'IIT par les Etats occidentaux. La Russie conteste la crédibilité du rapport délivré « from an entity that was heavily imposed by a narrow circle of "interested" states upon a purely technical body like the OPCW ». Notamment, la Russie pointe du doigt l'importance donnée aux informations collectées par la FFM, mission dans la tourmente depuis la publication de documents confidentiels par Wikileaks. En effet, le 23 octobre 2019, le site internet Wikileaks a rendu publics des documents internes à l'OIAC supposant un possible maquillage du rapport sur l'attaque survenue à la Douma le 7 avril 2018. Les documents publiés consistent principalement en des rapports d'experts qui mettent en évidence d'importantes incohérences entre les dégâts constatés, les témoignages obtenus et l'observation des lieux d'impact des armes. L'analyse des informations collectées démontre que les cylindres (armes potentielles) présents sur les lieux ne peuvent avoir été à l'origine des dégâts. Les rapports relèvent que les échantillons et les symptômes des personnes affectées sont insuffisants pour démontrer une attaque chimique. Les experts en concluent que les cylindres n'ont pu être délivrés par voie aérienne pour causer une attaque chimique, mais ont été placés manuellement sur les lieux. Ces rapports internes, non publiés par l'OIAC, sont accompagnés d'échanges de mails relatant un conflit entre les experts de la FFM et leur supérieur sur la rédaction des rapports officiels. Egalement, Wikileaks a rendu publics plusieurs mails relatifs au renvoi de l'expert ayant rédigé les rapports litigieux. Ces documents jettent ainsi le discrédit sur l'impartialité de la FFM, et ce d'autant plus que l'attaque présumée de la Douma a été suivie d'une réponse armée, non autorisée par le Conseil de Sécurité, des Etats de la coalition (cette « Chronique », n° 2018/2.45). Le Directeur Général de l'OIAC ne s'est pas prononcé sur ces documents. Il a simplement rappelé, dans son discours introductif de la 24^e conférence des Etats parties, qu'il était normal que les membres d'une équipe expriment des vues subjectives divergentes et que le rapport de la FFM sur l'attaque de Douma se fonde sur « la prépondérance de faits objectifs » (Opening Statement, C-24/DG.19, 25 novembre 2019). A la suite de la publication de ces documents, la Syrie a demandé au Secrétariat Technique de modifier les méthodes d'investigation des missions d'établissement des faits, considérant que les assurances du professionnalisme et de l'impartialité des experts n'étaient désormais plus convaincantes.

L'hypothèse d'une mise en scène des attaques chimiques a été appréciée par l'IIT pour chacune des trois attaques survenues à Ltamenah. L'IIT a prêté attention à la cohérence des vidéos, des photos et des témoignages. Elle s'est également intéressée au comportement du gouvernement syrien, notamment à l'existence de poursuites judiciaires à l'encontre des éventuels auteurs des attaques ou encore à la stratégie militaire établie par le gouvernement dans la région. De façon similaire, l'importance médiatique et les conséquences déstabilisatrices pour le régime, soit l'intérêt de groupes infraétatiques à mettre en scène

une attaque, ont été prises en compte. Après avoir démontré que les cylindres retrouvés sur les lieux correspondaient aux armes chimiques déclarées par le gouvernement syrien à l'OIAC lors de son adhésion en 2013, l'équipe a étudié la possibilité que ces armes aient été récupérées par des groupes rebelles. L'IIT conclut que l'analyse de ces diverses informations ne permet pas de soutenir, *de façon raisonnable*, l'hypothèse d'une mise en scène des attaques chimiques par des groupes infraétatiques.

La publication du rapport a été suivie d'une déclaration des représentants des Etats de la coalition intervenue en Syrie après l'attaque présumée de Douma. Aucun de ces Etats n'aborde le sujet des documents publiés par Wikileaks. Tout au plus se bornent-ils à affirmer leur conviction de l'impartialité et du professionnalisme du Secrétariat Technique. Ils se fondent alors sur le rapport de l'IIT pour établir la responsabilité de l'Etat syrien résultant de la violation de la Convention et en appellent aux instances compétences pour adopter des sanctions. Trois types de sanctions sont citées par ces Etats. Dans un premier temps, ils se réfèrent à la compétence du Conseil Exécutif et de la Conférence des Etats parties de l'OIAC. L'article XII de la Convention sur l'interdiction des armes chimiques prévoit la possibilité pour la Conférence, au cas où « un préjudice grave risque d'être porté à l'objet et au but de la convention », de recommander des mesures collectives « conformes au droit international ». L'article rappelle la compétence exclusive du Conseil de Sécurité et précise qu'en cas de situation « particulièrement grave », la question devra être portée devant l'organe onusien. Dès lors, l'OIAC ne dispose pas de la compétence pour prendre des mesures en dehors des voies déjà existantes en droit international et ne constitue pas une alternative au blocage du Conseil de Sécurité (résolution A/55/283 de l'Assemblée générale sur la coopération entre les Nations Unies et l'OIAC). Ensuite, les Etats insistent sur la nécessité de poursuites pénales *nationales et internationales*. Les poursuites pénales internationales relèvent de la compétence de la Cour Pénale Internationale. Or, la Syrie n'est pas signataire du Statut de la CPI et la Russie s'oppose à une saisine par le Conseil de Sécurité. Les poursuites internationales ne sont donc pas envisageables. Restent les poursuites nationales qui ont été lancées par certains Etats sur le fondement de la compétence universelle, dont la France (https://www.lemonde.fr/international/article/2019/02/14/crimes-contre-l-humanite-trois-syriens-arretes-en-france-et-en-allemande_542395_3210.html). L'adoption de sanctions ciblées n'est pas expressément envisagée. Elles restent, par ailleurs, hypothétiques puisqu'aucun auteur n'est individuellement identifié par le rapport. Enfin, la troisième réaction envisagée repose sur la rhétorique de la « responsabilité » de la communauté internationale. La France invite les Etats à considérer le rapport avec « responsabilité » et à se tenir « prêts à agir collectivement ». Les Etats-Unis, critiquant le blocage du Conseil de Sécurité par le veto russe, s'annoncent déterminés à agir avec les autres Etats « responsables ».

On se gardera de tirer des conclusions hâtives sur les desseins des Etats et de spéculer sur leurs futures actions. Cependant, ces déclarations ne sont pas sans rappeler les discours de ces mêmes Etats le lendemain des frappes de la coalition sur le territoire syrien. La publication de ce rapport et les réactions étatiques qui ont suivies démontrent qu'une désescalade des tensions sur la question syrienne n'est pas à espérer dans l'immédiat.

C.C.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

avec les notes de

**Niki ALOUPI, Aude BREJON, Julien CAZALA,
Rémi CÈBE, Julie FERRERO, Sarah JAMAL, Hélène RASPAIL,
Muriel SOGNIGBE SANGBANA, Julie TAVERNIER, Rémy PROUVÈZE**

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

DROIT DE LA MER

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence sur les exceptions préliminaires du 21 février 2020, *Affaire relative aux droits des Etats côtiers dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de la Russie)*371

II. CONTENTIEUX TRANSETATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 30 janvier 2020, *Ahmadov c. Azerbaïdjan*, req. n°32538/10..... 378
Arrêt du 30 janvier 2020, *Saribekyan et Balyan c. Azerbaïdjan*, req. n°35746/11 381
Arrêt du 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres 383
Arrêt du 11 février 2020, *Buturugă c. Roumanie*, req. n° 56867/15 386
Décision du 11 février 2020, *Platini c. Suisse*, req. n° 526/18 387
Arrêt du 13 février 2020 (Grande Chambre), *N.D. et N.T. c. Espagne*, n°8675/15 et 869715 389

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 15 octobre 2019, *Giron et autres c. Guatemala, Série C n° 3*..... 396
Arrêt du 6 février 2020, *Comunidades indígenas miembros de la asociacion Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine* (fond, dommages-intérêts et frais et dépens), Séries C n°400 397

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Ordonnance du 17 avril 2020 sur les mesures provisoires, *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon c. République du Benin*, req. n° 062/2019 et Ordonnance du 22 avril 2020 sur les mesures provisoires, *Guillaume Kigbafori Soro et Autres c. République de Côte d'Ivoire*, req. n° 012/2020 402

R.G.D.I.P. 2020-2

RGDIP 2020 N°2
© Editions A. Pedone

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations adoptées le 24 octobre 2019, <i>Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande</i> , comm. n° 2728/2016	407
--	-----

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS**TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI**

Décision sur la compétence du 7 février 2020, <i>Theodoros Adamakopoulos et autres c. Chypre</i> , ARB/15/49	413
Sentence du 20 février 2020, <i>Staur Eiendom AS, Ebo invest & Rox Holding AS c. Lettonie</i> , ARB/16/38	415
Sentence du 5 mars 2020, <i>Raymond Charles Eyre et Montrose Developments (Private) Limited c. Sri Lanka</i> , ARB/16/25	417
Sentence du 5 mars 2020, <i>M. Ioan Micula, Mr Viorel Micula, S.C. Scandic Distilleries S.A. et autres c. Roumanie</i> , ARB/14/29	418

III. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE**A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL****COUR PÉNALE INTERNATIONALE**

Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense' du 19 février 2020 (Appeals Chamber), <i>Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud</i> (ICC-01/12-01/18 OA).	419
Chambre d'appel, <i>Judgement on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic republic of Afghanistan</i> , 5 mars 2020, ICC-02/17 OA4	421
Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April 2019 du 9 mars 2020 (Appeals Chamber), <i>Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi</i> (ICC-01/11-01/11).	426

**MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ A EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES DES
TRIBUNAUX PÉNAUX**

Decision on Republic of Serbia's Appeal against the Decision re-examining the Referral of a Case du 24 février 2020 (Chambre d'appel), <i>Procédure contre Petar Jojić & Vjerica Radeta</i> (MICT-17-111-R90-AR14.1)	428
---	-----

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE**TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT**

Jugement n° 4207	429
------------------------	-----

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

DROIT DE LA MER

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Sentence sur les exceptions préliminaires du 21 février 2020, *Affaire relative aux droits des Etats côtiers dans la mer Noire, la mer d'Azov et le détroit de Kertch (Ukraine c. Fédération de la Russie)*

(J-H. Paik, président ; B. Bouguetaia, A. Gómez-Robledo, V. Lowe QC, V. Golitsyn, arbitres)

Champ d'application du mécanisme obligatoire de règlement des différends de la Convention de Montego Bay – compétence *ratione materiae* – obligation de non-reconnaissance – résolutions de l'Assemblée générale – eaux intérieures – détroits internationaux – mers fermées – activités militaires – article 298 de la Convention de Montego Bay

La sentence du 21 février 2020 intervient dans un contexte d'escalade discontinue depuis plusieurs années des tensions entre l'Ukraine et la Russie (voir, entre autres, « Chronique des faits internationaux », *Revue*, 2019-1, pp. 290-296, obs. J.-B. DUDANT et cette Chronique, *Revue*, 2019-3, pp. 748-751, nos obs.). Elle concerne les exceptions préliminaires de la Russie quant à la compétence et la recevabilité relativement à la requête introduite par l'Ukraine en 2016 conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay) demandant la constitution d'un tribunal arbitral (mode de règlement des différends choisi par les deux parties comme principal les concernant en vertu de l'article 287 de la Convention) devant se prononcer notamment sur ses droits en tant qu'Etat côtier aux ressources en hydrocarbures et droits de la pêche en mer Noire, mer d'Azov et détroit de Kertch. L'annexion (selon l'Ukraine) ou l'accession à l'indépendance et la subséquente adhésion par traité international à la Fédération russe (selon la Russie) de la Crimée se trouve à l'évidence au centre de la dispute, ce qui suffit pour souligner le caractère fort complexe et délicat du différend devant le tribunal arbitral, dont la tâche est tout sauf aisée. Si la Russie se considère depuis 2014 Etat côtier eu égard aux eaux maritimes adjacentes à la péninsule, l'Ukraine estime que la Fédération s'y livre ou entend s'y livrer ayant adopté la législation nationale y relative à des activités non autorisées de toute sorte (exploitation des ressources biologiques et non-biologiques, pose des câbles et pipelines sous-marins, protection et enlèvement potentiel d'objets archéologiques, construction du pont de Kertch), qui violent sa souveraineté et ses droits souverains sur ses zones maritimes. Le comportement russe constitue selon l'Ukraine une violation flagrante de la Convention de Montego Bay et du droit de la mer, détaillée en vingt faits illicites distincts mais complémentaires énumérés dans son mémoire.

Seuls le professeur Lowe et le juge Golitsyn ont été nommés comme arbitres par l'Ukraine et la Russie respectivement. Les autres membres du tribunal l'ont été par le vice-président du TIDM, conformément à l'article 3, d) de l'Annexe VII de la Convention, puisque les parties n'ont pas pu trouver un accord y relatif dans les soixante jours réglementaires. Contrairement à ce qui fut le cas pour l'affaire *Arctic Sunrise* (voir *Pays Bas c. Russie*, sentence du 14 août 2015, cette Chronique, *Revue*, 2016-1, pp. 143-145, nos obs.) et celle relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens (voir cette Chronique, *Revue*, 2019-3, pp. 748-751, nos obs.), la Russie a

décidé de participer à cette procédure et a présenté le 21 mai 2018 ses exceptions préliminaires invitant le tribunal à se déclarer incompétent.

Les exceptions russes sont examinées à tour de rôle par le tribunal dans six chapitres consécutifs, dont le premier vise la question essentielle de savoir si le différend en cause est bel et bien relatif à l'interprétation et à l'application de la Convention de Montego Bay (cf. article 288, par. 1, qui constitue en l'espèce le fondement de la compétence du tribunal pour la requête introduite par l'Ukraine). En effet, selon la Russie il concerne avant tout et à titre principal les prétentions contradictoires de souveraineté territoriale eu égard à la Crimée, ce qui échappe au champ d'application de la Convention et donc à la compétence du tribunal. Cette exception est décomposée en trois arguments distincts, concernant la nature et la caractérisation du différend tout d'abord, le champ matériel de la compétence du tribunal selon les articles 286 et 288 et l'existence ou non d'une revendication de souveraineté eu égard à la Crimée, ensuite. Les arguments des parties – notamment pour ce qui concerne le contenu et les destinataires de l'obligation de non-reconnaissance, ainsi que la valeur et portée des déclarations de l'Assemblée générale des Nations unies ou encore l'étendue réelle du mécanisme obligatoire de règlement des différends et ses exceptions selon la Convention de Montego Bay – sont passionnants et soulèvent pléthore de questions juridiques cruciales et, pour certaines, inédites. Bien que lesdits arguments soient très longuement exposés dans la sentence (§§ 43-145), ils ne sont malheureusement pas adressés en détail, un par un, par le tribunal, qui fait plutôt le choix de se positionner de manière assez sommaire face à chacune des trois grandes questions qui se posent et de ne répondre qu'à certains des points – certes les plus importants, mais d'autres méritaient sans doute une analyse davantage approfondie – soulevés par les parties.

Il commence ainsi par rappeler qu'il lui appartient de déterminer la nature réelle du différend porté devant lui en identifiant, sur une base objective, l'objectif véritable de la requête (§ 151). Il constate alors que plusieurs des demandes ukrainiennes sont fondées sur la prémisse qu'elle exerce sa souveraineté sur la Crimée, condition *sine qua non* pour qu'elle soit considérée en l'espèce comme l'« Etat côtier ». L'Ukraine elle-même semble l'admettre dans la mesure où elle souligne que la prétention de souveraineté russe est inadmissible et non-plausible. Or, il demeure, à moins de considérer – comme le soutient l'Ukraine – que le statut de la Crimée constitue un simple élément de fait et donc de contexte incontestable, que répondre aux demandes ukrainiennes présuppose pour le tribunal d'examiner et si nécessaire rendre une décision sur la question de la souveraineté eu égard à la Crimée (§§ 152-153). De cette première conclusion découlent nécessairement les deux interrogations suivantes qui vont conditionner la compétence du tribunal, *i.e.* celle relative à l'article 288, paragraphe 1 et celle concernant l'existence ou non d'un différend quant à la souveraineté (§ 154).

La question de savoir si un différend qui implique une détermination de souveraineté territoriale peut relever du champ d'application de l'article 288, paragraphe 1 ne trouve pas de réponse expresse dans le texte. Néanmoins, une interprétation systémique à la lumière des articles 297 et 298, paragraphe 1, qui rendent possible l'exclusion de ce type de différends du mécanisme de règlement obligatoire, permet au tribunal de conclure rapidement que, lorsque la souveraineté est contestée, le différend ne concerne pas l'interprétation ou l'application de la Convention (§ 156). Le tribunal considère que les précédents de *Chagos* (voir CPA, *Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos*

(*Maurice c. Royaume-Uni*), sentence du 18 mars 2015, cette Chronique, *Revue*, 2016-1, obs. L. TRIGEAUD, pp. 138-143) et de la *mer de Chine méridionale* (voir CPA, *Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (La République des Philippines c. La République populaire de Chine)*, 12 juillet 2016, cette Chronique, *Revue*, 2016-4, pp. 875-882, nos obs.), longuement discutés par les parties, appuient cette conclusion (§§ 157-160). L'argumentation du tribunal sur ce point est d'autant plus lapidaire qu'il ne pense pas en réalité qu'il y ait une véritable divergence entre les parties quant au sens de l'article 288, paragraphe 1 : les arguments ukrainiens portent principalement selon lui sur le fait qu'il n'y ait pas en l'espèce de différend territorial de souveraineté contestée ; ce n'est qu'accessoirement que l'Ukraine soutient que même dans le cas contraire le tribunal demeure compétent car ledit différend est auxiliaire à celui de l'interprétation et de l'application de la Convention. C'est donc sur ces deux derniers points que portent en réalité les prétentions contradictoires des parties (§ 161).

A cet égard, le tribunal estime qu'il existe indéniablement un différend – dans le sens classique d'une opposition de vues sur des questions de droit et de fait – entre les parties quant à la souveraineté en Crimée et par conséquent sur la question de savoir si l'Ukraine est un Etat côtier en l'espèce (§ 165). Ce n'est alors que si la prétention territoriale russe s'avère inadmissible et non-plausible que le tribunal peut être compétent (§ 166). Quant à son inadmissibilité, le tribunal rappelle brièvement les arguments des parties concernant l'obligation de non-reconnaissance et la portée des résolutions de l'Assemblée générale relatives au statut territorial de la Crimée rappelant ladite obligation (l'Assemblée générale « demande à tous les Etats, organisations internationales et institutions, spécialisées de ne reconnaître aucune modification du statut de la République autonome de Crimée », par. 6 de la résolution 68/262 du 27 mars 2014 ; §§ 167-171), avant de souligner qu'eu égard à leur potentiel en tant qu'attestation d'existence d'une coutume internationale et étant donné leur caractère non obligatoire *per se* (§§ 172-173), les effets de leurs affirmations juridiques ou factuelles dépendent largement des conditions et du contexte de leur adoption. Il en va de même, comme les précédents de la Cour internationale de Justice en témoignent, pour le poids qui doit être accordé à une telle résolution par une juridiction internationale (§ 174). Or, le langage incitatif de la résolution, tout comme le fait qu'elle n'a pas été adoptée à l'unanimité ou par consensus, mais avec plusieurs abstentions et oppositions (§ 175), combinés au fait que le tribunal ne peut accepter que l'interprétation ukrainienne de la résolution s'impose à lui, ni que cette dernière lui interdise de reconnaître l'existence d'un différend territorial concernant la souveraineté sur la Crimée (§§ 176-177) conduisent les arbitres à rejeter l'argument ukrainien quant à l'inadmissibilité de la prétention russe, tout en soulignant – preuve s'il en faut que leur position n'est pas si anodine que cela ! – que cette conclusion n'équivaut guère à une reconnaissance quelconque de la mutation territoriale de la Crimée ou de la licéité du comportement russe (§ 178).

La position du tribunal n'a certes rien de choquant ; bien au contraire elle reste prudente et cohérente avec les limites du pouvoir et de la compétence du juge international, tout comme avec celles du caractère « obligatoire » de tout règlement des différends en droit international. Or, il n'en demeure pas moins qu'elle met en lumière une fois encore la relativité intrinsèque de toute notion de « nullité », même absolue, en droit international et l'impossibilité de passer outre les prétentions contradictoires mais égales des Etats. Si l'on enseigne à nos étudiants que face à deux prétentions

étatiques opposées, le droit international se trouve dans une impasse à moins qu'un tiers impartial soit saisi pour se prononcer, ce qui est inhérent à la nature décentralisée de l'ordre juridique international, force est de constater que souvent le tiers impartial ne saura que prendre acte de l'existence desdites prétentions opposées et se déclarer par conséquent incompétent. Mais alors, la notion de « nullité absolue » comme effet juridique d'une contrariété à une norme de *jus cogens* perd tout intérêt, puisque les conséquences d'une telle situation ne pourront être constatées par tout tiers impartial, s'il n'est pas en l'espèce compétent. L'obligation de non-reconnaissance et le principe selon lequel aucune mutation territoriale ne saurait survenir à la suite d'un usage illicite de la force ne seront dans un tel cas d'aucune aide. L'on comprend aisément les raisons pour lesquelles le tribunal arbitral n'a pas voulu (ne pouvait pas ?) se montrer plus audacieux. L'on comprend également le caractère fort ambigu de la situation examinée, à propos de laquelle la violation ou non du *jus cogens* ne va peut-être pas de soi. Mais l'on ne peut que regretter malgré tout ce que la position du tribunal révèle *in abstracto* quant aux limites de l'obligation de non-reconnaissance et de la nullité comme conséquence de la violation du *jus cogens*.

Quoiqu'il en soit, le tribunal ajoute que ni la bonne foi, ni l'*estoppel* invoqués par l'Ukraine n'empêchent la Russie à considérer qu'un différend territorial est né depuis mars 2014. Sur ce point l'argumentation est étonnamment succincte. Le tribunal se contente en effet de faire sienne en une seule phrase la position de la Russie selon laquelle les développements matériels et substantiels – à propos desquels il n'a aucune compétence – justifient le changement de son comportement à partir de mars 2014 (§ 181).

Quant à la non-plausibilité, le tribunal – qui n'est pas convaincu qu'un « test de plausibilité » existe en tant que tel (§ 187) – précise que son pouvoir d'appréciation de la prétention russe, tel qu'il découle du principe de la compétence de sa compétence, doit se limiter à la seule vérification l'existence d'un différend de souveraineté territoriale, toute autre détermination échappant à sa compétence (§ 186). A cet égard, le seuil pour l'identification d'un différend est relativement bas (§ 188), et il est en l'occurrence satisfait puisque depuis mars 2014, les deux parties ont des positions divergentes quant au statut de la Crimée, ce qui prouve que la Russie n'a pas « fabriqué une prétention de souveraineté » uniquement pour échapper à sa compétence (§ 189).

Quant à la possibilité, enfin, fondée sur le précédent *Chagos*, que la compétence soit maintenue nonobstant l'existence d'un différend territorial, en raison du caractère accessoire (« *ancillary* ») de celui-ci par rapport au différend principal relevant de la Convention de Montego Bay, le tribunal estime que la question de la souveraineté n'est ni mineure, ni accessoire, mais constitue tout à l'inverse un prérequis conditionnant sa décision relativement à un grand nombre des demandes ukrainiennes (§ 195). Fort de l'ensemble de ces considérations, le tribunal conclut qu'en vertu de l'article 288, paragraphe 1 de la Convention de Montego Bay, il n'est pas compétent pour se prononcer sur toute demande ukrainienne qui dépend de la prémisse selon laquelle ce pays exerce sa souveraineté sur la Crimée (§ 197). Etant donné que cette conclusion affecte plusieurs mais pas la totalité des demandes ukrainiennes, pour de raisons de « *procedural fairness and expedition* » l'Ukraine doit désormais modifier son mémoire en prenant en compte les limites de la compétence du tribunal telles que découlant de cette sentence, avant que la Russie ne soit appelée à présenter son contre-mémoire (§ 198).

Cette décision d'incompétence n'épuisant toutefois pas l'ensemble des demandes ukrainiennes, le tribunal se tourne ensuite vers les autres exceptions préliminaires russes. S'ensuit une litanie d'arguments, de prises de position divergentes et d'analyses du tribunal, dont l'intérêt juridique est grand d'un point de vue tant substantiel que procédural, bien que leur intérêt pratique soit *in fine* moindre eu égard à ce qui précède.

La Russie fonde l'incompétence du tribunal pour les demandes concernant la mer d'Azov et le détroit de Kertch sur leur qualité d'eaux intérieures (de l'URSS avant 1991, de la Russie et de l'Ukraine depuis), qui, en tant que telles, ne sont pas régies par la Convention de Montego Bay (§ 199). Selon l'Ukraine en revanche, la mer d'Azov est une mer fermée ou semi-fermée et le détroit de Kertch un détroit servant à la navigation internationale, tous deux relevant du champ d'application de la Convention (§ 200). Les statuts juridiques de la mer d'Azov et du détroit de Kertch ne vont en effet guère de soi et ils ont beaucoup varié en fonction du contexte historique. De nouveau, le tribunal arbitral passe longuement en revue les arguments des parties (§§ 202-285), qui sont nombreux et une fois encore fort intéressants juridiquement, notamment en ce qui concerne l'importance des précédents relatifs à la baie de Fonseca et, surtout, celle de Piran en tant qu'eaux intérieures appartenant à plusieurs Etats simultanément ou à l'articulation entre la *lex generalis* de la Convention de Montego Bay et la *lex specialis* des accords bilatéraux, tel le Traité entre la Fédération de Russie et l'Ukraine sur la coopération pour l'utilisation de la mer d'Azov et du détroit de Kertch de 2003. Plusieurs questions, non seulement essentielles pour le différend en cause, mais également importantes et peu étudiées en droit de la mer – relativement notamment aux détroits internationaux, aux baies historiques et aux eaux intérieures – sont adressées par les parties. Or, il faudra attendre la sentence sur le fond pour connaître la position du tribunal quant à ces interrogations cruciales. La brièveté de son analyse (§§ 286-297) en l'espèce est inversement proportionnelle à la longueur de la présentation des arguments des parties. Il se contente en effet de noter que les statuts juridiques de la mer d'Azov et du détroit du Kertch dépendent largement du comportement global des parties depuis l'indépendance de l'Ukraine (§ 291), ainsi que – eu égard à la qualification d'eaux historiques – de l'existence et du contenu d'un titre historique avant et après 1991 (§ 292). Dès lors, affirme le tribunal sans vraiment le démontrer, l'exception préliminaire russe ne peut être examinée sans empiéter sur le fond de l'affaire (§ 293). Et ce d'autant plus que le tribunal n'est pas convaincu par l'argument russe selon lequel les eaux intérieures échappent au champ d'application de la Convention de Montego Bay (§ 294), puisque celle-ci régit pour partie celles-là, comme le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) l'a déjà laissé entendre (§§ 295). Il convient donc de ne pas considérer que toute question liée aux eaux intérieures tombe automatiquement en dehors du champ d'application de la Convention, mais plutôt d'examiner au cas par cas si telle ou telle question particulière soulevée par les parties dans le cadre de leur différend relève de l'interprétation ou de l'application de celle-ci (§ 296).

Vient ensuite une autre exception préliminaire relative à une série d'obstacles à la compétence du tribunal prévus par l'article 298 de la Convention de Montego Bay, qui permet aux Etats parties d'émettre une déclaration afin de soustraire certains différends au mécanisme obligatoire de règlement des différends. Le premier d'entre eux, prévu par le paragraphe 1b) de cet article, vise les différends relatifs aux activités militaires (voir TIDM, *Affaire relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens*

(*Ukraine c. Fédération de Russie*), mesures conservatoires, ordonnance du 25 mai 2019, cette Chronique, *Revue*, 2019-3, pp. 749-750, nos obs.). Les deux parties ont déposé des déclarations dans ce sens, mais la définition de ce que constitue une « activité militaire » demeure ambiguë. Absente de la Convention, elle n'a été envisagée que par deux affaires antérieures, celle de la *mer de Chine méridionale* et celle *relative à l'immobilisation de trois navires militaires ukrainiens* (voir nos obs. précitées). Comme le TDIM avant lui, et dans la même lignée que celui-ci sans pour autant le citer dans le texte mais uniquement en note de bas de page, le tribunal arbitral cherche à son tour à créer un précédent quant à ladite définition. Il note que le terme « relatifs à » (« *concerning* » dans l'original) au lieu de « relevant de », « portant sur » ou « découlant » (« *involving* », « *arising out of* », « *arising from* » dans l'original), circonscrit l'exception en la limitant aux seuls différends dont l'objet même sont les activités militaires. Un simple lien causal ou historique entre les activités objet du différend et des activités militaires ne saurait suffire pour empêcher la compétence du tribunal selon l'article 298, paragraphe 1b) (§ 330). Dès lors, en l'espèce, l'exception ne peut être déclenchée du fait que le contexte de l'affaire trouve ses origines dans un conflit armé. Il faudrait que certains des objets précis des demandes ukrainiennes constituent des activités militaires (§ 331). Dans une réflexion plus générale sur la signification du terme, le tribunal indique que les activités militaires peuvent être entreprises par tout engin d'Etat impliqué dans des activités non-commerciales (§ 333), mais qu'inversement la simple présence d'engins de guerre ne saurait suffire pour déclencher l'application de l'exception (§ 334). En l'absence d'une pratique étatique uniforme en la matière (§ 335), le tribunal apprécie à sa manière quelles activités doivent être considérées comme militaires. L'utilisation de la force ne rend pas automatiquement l'activité militaire, lorsque celle-ci vise des activités civiles telle l'exploitation des hydrocarbures ou les pêcheries (§ 336). Bien que des engins de guerre russes sont impliqués dans les divers incidents en cause (qu'il s'agisse de l'interférence avec la navigation des navires ukrainiens ou d'expéditions archéologiques), que le capitaine d'un navire de pêche ukrainien est détenu par des militaires russes et que des hommes armés surveillent les plateformes pétrolières (§ 337 et § 340), le tribunal considère que les activités en cause ne peuvent pas être objectivement qualifiées de militaires dans leur nature. Il s'agit plutôt d'opérations des forces de l'ordre ou des agents de sécurité privée (§ 338). L'exception préliminaire est donc rejetée.

Le même article 298, paragraphe 1b), combiné à l'article 297, paragraphe 3, permet la soustraction au mécanisme obligatoire de règlement des différends impliquant des actes d'exécution forcée accomplis dans l'exercice de droits souverains de l'Etat émettant la déclaration – ce que la Russie a fait – dans sa zone économique exclusive (§§ 353-356). Or, dans la mesure où le tribunal a déjà affirmé l'existence d'un différend territorial et le statut incertain de la Crimée en découlant, la condition que les actes soient entrepris dans la zone économique exclusive de l'Etat émettant la déclaration ne peut par définition être satisfaite (§§ 357-358).

Toujours en vertu de ce même article, paragraphe 1a) cette fois-ci, et sa déclaration y relative, la Russie invoque également l'exception portant sur les différends relatifs à la délimitation maritime. Bien qu'il aille de soi que le différend devant lui ne vise pas directement une délimitation maritime, le tribunal doit se demander s'il peut être amené dans sa décision à implicitement opérer une délimitation des zones à propos desquelles les demandes des parties se chevauchent et si le cas échéant cela constitue un obstacle à

sa compétence en raison de l'exception de l'article 298, paragraphe 1a) (§ 377). L'applicabilité de ce dernier dépend de l'implication ou non d'une opération de délimitation, qui à son tour présuppose l'existence d'une zone faisant l'objet de titres qui se chevauchent (§§ 379-381). Or, dans la mesure où le tribunal décline sa compétence pour toute question relative à la souveraineté en Crimée, il ne sera pas amené à se prononcer sur des demandes susceptibles de conduire à une délimitation implicite et déclencher par conséquent l'application de l'exception examinée (§§ 383-383). Enfin, ce même paragraphe vise également les différends qui portent sur des baies ou titres historiques. La Russie invoque également cette exception, mais le tribunal note que celle-ci est intrinsèquement liée à ses arguments relatifs au statut d'eaux intérieures de la mer d'Azov et du détroit de Kertch, qui seront examinés avec le fond n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire (§§ 388-389).

Outre cette série d'obstacles à la compétence du tribunal fondés sur l'article 298 de la Convention, la Russie soulève une exception d'incompétence découlant de l'article 297, paragraphe 3, qui permet aux Etats de soustraire au mécanisme de règlement obligatoire les différends relatifs à leurs droits souverains sur les ressources biologiques de leur zone économique exclusive. L'exception est rapidement et facilement rejetée par le tribunal, qui a déjà souligné dans le cadre de l'examen de l'exception précédente que la zone où sont survenus les incidents relevant du différend porté devant lui ne peut être considérée comme la zone économique exclusive ni de la Russie ni de l'Ukraine (§§ 401-402).

La Russie allègue également que le tribunal constitué en vertu de l'annexe VII n'est pas compétent pour les demandes relatives aux pêcheries, à la protection et la préservation de l'environnement marin et à la navigation, puisque l'annexe VIII prévoit la possibilité d'un tribunal arbitral spécial pour ces catégories de questions et que les deux Etats parties ont accepté en vertu de l'article 287 de soumettre leurs différends de cette nature à un tel tribunal spécial. Or, les tribunaux de l'annexe VIII ne sont compétents que pour les différends qui relèvent exclusivement de l'une des quatre catégories prévues dans cette annexe (il s'agit des trois catégories invoquées par la Russie et de la recherche scientifique marine) et ne sauraient se pencher sur des différends qui vont au-delà de ces questions (§§ 436-439). Le tribunal arbitral doit dès lors se demander s'il peut exercer sa compétence eu égard à l'ensemble du différend porté devant lui ou s'il doit refuser de se prononcer sur les questions relevant des quatre catégories en cause et demander aux parties de saisir pour elles un tribunal spécial (§ 439). Dans la mesure où tous les aspects de l'affaire devant lui relèvent d'un seul et même différend introduit par l'Ukraine et constituent la manifestation d'un désaccord général entre les parties et non des incidents isolés regroupés dans une même affaire (§ 441) et dans l'intérêt de la bonne administration de la justice qui serait compromise par la fragmentation du différend (§ 442), le tribunal rejette cette exception préliminaire (§ 443). Certes, il semble contradictoire que le tribunal se soucie de ne pas fragmenter le différend, alors que c'est précisément ce à quoi conduit sa décision d'incompétence à propos de la partie essentielle des demandes ukrainiennes, mais celui-ci affirme de manière assez péremptoire que « *the fact that the Arbitral Tribunal has decided, above, that it does not have jurisdiction over certain aspects of that dispute does not mean that the remaining aspects should be considered in a piecemeal fashion* » (§ 441).

Pour finir, la Russie avance une dernière exception préliminaire fondée sur le caractère subsidiaire du mécanisme de règlement des différends de la Convention de Montego Bay, en vertu de l'article 281, qui prévoit que lorsque les parties « sont convenues de chercher à régler [le différend] par un moyen pacifique de leur choix, les procédures prévues (...) ne s'appliquent que si l'on n'est pas parvenu à un règlement par ce moyen et si l'accord entre les parties n'exclut pas la possibilité d'engager une autre procédure ». Selon la Russie, les traités de 2003 sur la coopération pour l'utilisation de la mer d'Azov et du détroit de Kertch d'une part, et sur les frontières russo-ukrainiennes d'autre part, excluent la compétence du tribunal puisqu'ils prévoient tous deux que les différends entre les parties seront résolus par accord international. Le tribunal considère toutefois que la conclusion d'un accord international, quelle qu'en soit la forme, peut être le *résultat* d'un moyen pacifique de règlement de différends mais n'est pas *per se* – contrairement à ce qui est le cas pour les négociations – identifié comme un mode de règlement de différends dans l'article 33, paragraphe 1 de la Charte des Nations unies (§ 482) ; que, dès lors, une disposition relative à la conclusion d'un accord international ne peut être considérée comme une clause de règlement de différend excluant le mécanisme de la Partie XV de la Convention de Montego Bay (§§ 483, 486-489). La dernière exception préliminaire russe est donc rejetée. Ce rejet, comme tous ceux qui le précèdent, importe néanmoins peu puisque la première exception préliminaire a, elle, été retenue. L'Ukraine devra se livrer à un véritable exercice d'équilibriste pour parvenir à présenter un mémoire qui respecte les limites de la compétence du tribunal ainsi identifiées, *i.e.* qui n'introduit que des demandes n'impliquant pas pour le tribunal de devoir se prononcer directement ou implicitement sur la souveraineté en Crimée. Outre la difficulté de la tâche, se pose également la question de son absurdité éventuelle, autrement dit celle de savoir si la résolution d'un différend dénoué de tout aspect relatif à la Crimée conserve un intérêt quelconque pour l'Ukraine...

NIKI ALOUPI

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 30 janvier 2020, *Ahmadov c. Azerbaïdjan*, req. n°32538/10

Droit à une nationalité – conditions d'octroi de la nationalité – refus de délivrance d'une carte d'identité – double nationalité – apatridie – révocation de la nationalité

L'affaire *Ahmadov c. Azerbaïdjan* porte sur le refus des autorités azerbaïdjanaises de délivrer au requérant une carte d'identité et met indirectement en jeu le contrôle européen des modalités d'octroi de la nationalité par les Etats parties à la Convention. M. Ahmadov, d'origine azerbaïdjanaise, est né en Géorgie. Dans le cadre de la poursuite de ses études, il s'est installé sur le territoire azerbaïdjanais qu'il ne quittera plus. Il y deviendra notamment militaire de réserve et y aura un enfant de nationalité azerbaïdjanaise. Or, alors même qu'il était initialement détenteur d'un passeport géorgien délivré par les autorités soviétiques de l'époque, les autorités azerbaïdjanaises y avaient apposé un tampon indiquant qu'il était citoyen azerbaïdjanais, ce que confirmaient par ailleurs la mention de sa nationalité sur le certificat de naissance de son

fils ainsi que son inscription depuis son arrivée sur les listes électorales de cet Etat. En dépit de ces éléments, sa demande de délivrance d'une carte d'identité fut refusée au motif qu'il ne satisfaisait pas aux conditions d'octroi de la nationalité établies par une loi de 1998. Celle-ci prévoyait en effet que toutes les personnes résidant en Azerbaïdjan au moment de sa promulgation pouvaient en devenir des citoyens mais le service des migrations, interprétant restrictivement son article 5, estimait qu'il exigeait une résidence permanente alors que le statut du requérant à l'époque où il était étudiant n'était que temporaire. Le tribunal de district auprès duquel le requérant contesta cette décision retint quant à lui une interprétation plus compréhensive de la loi de 1998, qui n'établissait pas clairement cette distinction entre résidents temporaires et permanents avant d'être clarifiée par une modification en 2008, et fit droit à sa demande. Néanmoins, la juridiction d'appel comme la Cour suprême en cassation endossèrent l'interprétation stricte de l'administration et la demande du requérant fut ultimement rejetée.

L'attribution de la nationalité et ses conditions figurent parmi les manifestations les plus symboliques de la souveraineté de l'Etat en ce qu'elles touchent au lien qui l'unit à sa population, elle-même condition de son existence. En conséquence, le droit international s'en tient traditionnellement à l'écart – la Convention de La Haye de 1930, entre autres, affirme la liberté de l'Etat en matière de détermination des conditions d'octroi de sa nationalité – et se borne tout au plus à exiger l'effectivité du lien de nationalité pour en constater l'opposabilité (voir notamment CIJ, Affaire *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Rec.* 1955, p. 4) ou à encourager les Etats à ne pas créer de situation d'apatridie (voir par ex. Convention de 1954 relative au statut des apatrides et la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie). Pour autant, si la composante étatique et même politique de la nationalité est évidente, l'internationalisation et le développement des droits de l'homme génèrent à cet égard une tension en ce qu'ils conduisent à envisager la nationalité dans sa dimension individuelle. Elle devient alors, dans cette perspective, un aspect identitaire et même parfois le déterminant de certaines libertés de l'individu. Ce versant individuel se manifeste notamment par l'inclusion dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme d'un droit à la nationalité à l'instar de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 20 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, de l'article 24, paragraphe 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou encore de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Ce mouvement est encore confirmé par le projet de Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples sur le droit à la nationalité et l'éradication de l'apatridie en Afrique. Sur le continent européen, la Convention européenne sur la nationalité signée en 1997 affirme le droit à une nationalité, quoique de manière relativement discrète puisqu'à ce jour moins de la moitié des membres du Conseil de l'Europe l'ont ratifiée. Alors que ni la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ni aucun de ses protocoles additionnels n'en font mention, la Cour s'est, sans surprise, également intéressée à la question de la nationalité avec une prudence dont elle semble toutefois prête à se défaire. Si elle reconnaît évidemment, dans sa jurisprudence antérieure comme en l'espèce (§ 42), qu'aucun droit à la nationalité en tant que tel n'existe au sein du système européen, elle a néanmoins pu contrôler certaines procédures de retrait ou de déchéance à l'aune de l'interdiction des discriminations (voir par ex. CourEDH, *Genovese c. Malte*, arrêt du 11 octobre 2011, req. n°53124/09), du droit à la vie privée (voir par ex. CourEDH, *Ramadan c. Malte*, arrêt du 21 juin 2016,

req. n°76136/12) voire même des droits à la liberté de pensée, de conscience et de religion, de la liberté d'expression et d'information et de la liberté de réunion (voir par ex. CourEDH, *Boudelal c. France*, décision d'irrecevabilité du 13 juin 2017, req. n°14894/14). Pour autant, sa conception des exigences attachées à l'attribution de la nationalité sont relativement modestes et semblent ménager à l'Etat une ample marge d'appréciation, qui l'a conduite à admettre l'imposition d'une condition de loyalisme à la réintégration dans la nationalité précédemment acquise (CourEDH, *Boudelal c. France*, précitée) ou même à en accepter la déchéance (CourEDH, *K2 c. Royaume-Uni*, décision d'irrecevabilité du 7 février 2017, req. n°42387/13). Cette réserve, qui tranche avec la virulence de la Cour interaméricaine en ce domaine (voir par ex. CourIDH, *Yean y Bosico c. République Dominicaine* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 8 septembre 2005, *Série C* n°130 ; CourIDH, *Expelled dominicans and haitians c. République dominicaine* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 28 août 2014, *Série C* n°202), témoigne d'une certaine déférence envers la prérogative souveraine de l'Etat dans la détermination du lien qui l'unit à son « patrimoine humain » (M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *R.C.A.D.I.*, t.277, 2000, p. 47) mais contraste avec le raisonnement qu'elle développe dans l'affaire *Ahmadov*.

La Cour distingue deux critères qui doivent guider son analyse de la conformité du refus d'octroi de la nationalité ou *a fortiori* de sa révocation à l'article 8 de la Convention. Il s'agit, selon elle, d'évaluer d'abord si la décision revêt ou non un caractère arbitraire et ensuite ses répercussions sur la vie privée du requérant (§§ 43-44). Le cadre ainsi posé montre d'emblée la perspective retenue par la Cour : celle des droits de la personne humaine et non de la prérogative discrétionnaire de l'Etat qu'envisage traditionnellement le droit international, témoignant par là même de la force de l'internationalisation des droits de l'homme. Débarrassée de cette conception souverainiste, la Cour repousse ici les limites traditionnelles de son analyse jusqu'à un point jamais atteint puisqu'elle requalifie purement et simplement la procédure menée par les autorités nationales. Alors qu'il était, sans équivoque, question d'un refus de délivrance d'un document d'identité, qui traduisait *in fine* un refus de reconnaissance de la nationalité, la juridiction considère laconiquement que la qualification interne n'est pas « un élément crucial » (§ 45) et y applique les principes qu'elle a dégagés en matière de révocation de la nationalité. Si cette inclinaison, mue par la volonté d'exercer le degré maximal de contrôle possible, est compréhensible, elle peine à masquer ses véritables motivations tant l'argument paraît incongru et n'est finalement que peu convaincant. C'est, pour autant, ce cadre d'analyse que calque la Cour sur la procédure menée par les autorités azerbaïdjanaises pour constater que, certes, elle ne conduit pas *a priori* à une situation d'apatridie mais qu'elle affecte néanmoins l'exercice des droits du requérant – sans toutefois s'embarrasser de leur description – ainsi que son identité sociale (§ 46). Passant ensuite à l'évaluation de l'arbitraire de la procédure requalifiée en révocation et relevant l'existence d'une divergence d'interprétation des termes de la loi relative à la nationalité, elle rappelle, non sans ironie, qu'elle ne saurait se substituer à l'interprétation de la loi par les juridictions internes (§ 49). Elle relève néanmoins que les juridictions d'appel et de cassation, dont les interprétations n'ont visiblement pas sa faveur, n'ont pas adéquatement étayé leur conception stricte de la loi de 1998 et ont omis de prendre certains faits qu'elle juge, elle, déterminants, en considération (§ 52).

La Cour brouille ici dangereusement la frontière qui sépare son office de celui d'un quatrième degré de juridiction. Pour autant, forte de ces constats, elle considère que le refus opposé à M. Ahmadov est entaché d'arbitraire, ce qui lui permet de conclure à la violation de son droit à la vie privée en raison du refus de délivrance d'une carte d'identité. Du point de vue individuel, la décision est défendable en ce qu'elle attache plus d'importance à l'effectivité indéniable du lien qui unissait le requérant à l'Etat qu'à ses aspects procéduraires, particulièrement flous en l'espèce. Tout se passe comme si elle constatait l'existence d'une nationalité *de facto*, née de l'attitude de l'Etat, qu'elle s'arroge le pouvoir de sanctionner. Pour autant, au-delà de la présente affaire, ce raisonnement semble peu solide et peut résulter en une immixtion inédite mais maladroite de la Cour dans les modalités d'octroi de la nationalité.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 30 janvier 2020, *Saribekyan et Balyan c. Azerbaïdjan*, req. n°35746/11

Droit à la vie – torture – détention – enquête effective – obligation de coopération – conflit armé – rupture des relations diplomatiques – assistance judiciaire – Convention de Minsk – droit international humanitaire

L'affaire *Saribekyan et Balyan* fournit à la Cour EDH l'opportunité de préciser l'étendue et les modalités d'application des obligations conventionnelles dans le contexte de tensions interétatiques, voire d'hostilités, qui n'atteignent toutefois pas le seuil de qualification du conflit armé. Les requérants sont les parents d'un ressortissant arménien arrêté par les autorités azerbaïdjanaises après avoir franchi la frontière et décédé ensuite au cours de sa détention sur le territoire de cet Etat. Alors que ni la famille ni les autorités arméniennes n'avaient été informées de son arrestation, les médias nationaux révélèrent sa capture et le présentèrent comme un espion arménien appréhendé alors qu'il était sur le point de commettre un attentat terroriste en Azerbaïdjan. L'enquête criminelle des autorités locales relative à ces faits fut close peu après sa mort et l'enquête sur les circonstances de sa survenance conclut rapidement à un suicide. Le corps fut rapatrié en Arménie où une nouvelle autopsie fut diligentée qui conclut, elle, à l'infliction de multiples sévices et donna lieu à l'ouverture d'une enquête pour meurtre. Dans ce cadre, le Procureur général arménien saisit son homologue azerbaïdjanais d'une demande d'assistance sans jamais obtenir de réponse. Le recours au Conseil de coordination des Procureurs Généraux mis en place par la Convention de Minsk relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale de 1993 ne fut pas davantage fructueux. Devant la Cour européenne, le gouvernement arménien a participé à la procédure en tant que tiers intervenant, soutenant en substance les arguments des requérants, sans être directement mis en cause (voir *a contrario* CourEDH (Grande Chambre), *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, arrêt du 20 janvier 2019, req. n°36925/07).

Les premières clarifications apportées par la Cour interviennent sur le terrain de la recevabilité de la requête. La première exception soulevée par défendeur consiste en effet en une remise en cause de la compétence de la Cour en raison d'une prétendue inapplicabilité de la Convention à l'espèce. Selon le gouvernement, l'état de tension durable entre l'Azerbaïdjan et l'Arménie, manifesté notamment par la fermeture des

frontières entre ces deux Etats, induit l'applicabilité des règles de droit humanitaire et non de droit international des droits de l'homme à la situation en cause. A ce titre, le statut du requérant en territoire azerbaïdjanais était celui d'un prisonnier de guerre et échappait en conséquence à l'application de la Convention. Naturellement, la Cour oppose à cet argument le principe désormais bien établi de la complémentarité entre les deux corps de règles (voir par ex. CourEDH, *Varnava et al. c. Turquie*, arrêt du 18 septembre 2009, req. n^{os}16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, § 185) qui, loin de s'exclure mutuellement, doivent être appliqués de concert (§ 37). Pourtant, et sans que cela soit véritablement nécessaire à ce stade, elle s'attache ensuite à contredire cette première allégation en démontrant, à partir de la définition de l'article 2 commun aux trois Conventions de Genève, que la situation entre les deux Etats n'atteint pas le seuil de qualification d'un conflit armé, endossant pour ce faire les Commentaires de 2016 du Comité International de la Croix Rouge qui s'y rapportent (§ 38). Si l'historique du conflit entre les deux Etats est rappelé, la Cour précise toutefois que ni l'absence de relations diplomatiques, ni les violations épisodiques du cessez-le-feu (§ 39), ni le défaut d'accord de paix formel (§ 40) ne suffisent à caractériser l'existence d'un tel conflit, confirmant qu'elle en retient, conformément au droit international, une définition non formaliste. Elle rejette ainsi la première exception d'incompétence soulevée par l'Azerbaïdjan. La seconde objection avancée par l'Etat défendeur concerne le défaut allégué d'épuisement des voies de recours internes, les requérants n'ayant pas entamé de démarches auprès des autorités nationales mais uniquement en Arménie. La Cour balaie là encore l'argument et confirme l'une des conséquences principales des situations de rupture des relations diplomatiques. Elle considère en effet, à l'instar des requérants et du tiers intervenant, que le contexte précédemment mentionné, s'il ne suffit pas à caractériser la situation de conflit armé, constitue néanmoins un obstacle procédural insurmontable rendant impossible l'engagement de procédures adéquates en Azerbaïdjan par des ressortissants arméniens (voir à ce propos CourEDH (Grande Chambre), *Sargysan c. Azerbaïdjan*, arrêt du 16 juin 2015, req. n^o40167/06, § 117). Le refus d'assistance opposé par les autorités au cours de l'enquête arménienne confirme d'ailleurs à ses yeux l'ineffectivité des voies de recours azerbaïdjanaises pour les requérants (§ 47). En somme, la rupture des relations diplomatiques entre deux Etats ne suffit pas à caractériser une situation de conflit armé mais elle justifie l'impossibilité d'épuiser les voies de recours internes par les ressortissants de l'un d'entre eux sur le territoire du second.

Quant au fond de l'affaire, les requérants invoquent la violation des articles 2, 3, 13 et 14 CEDH. Le contrôle des obligations étatiques découlant du droit à la vie retient particulièrement l'attention de la juridiction en ce que les arguments des parties à cet égard sont diamétralement opposés. Le gouvernement défendeur, prenant appui sur la brève enquête réalisée et le rapport d'autopsie qu'elle contient, entend faire écarter sa responsabilité au motif que le décès du requérant résulte d'un suicide. Les requérants invoquent quant à eux la seconde autopsie réalisée par les autorités arméniennes, largement étayée devant la Cour et faisant état de multiples sévices infligés *ante-mortem*. Ils affirment en conséquence que le décès de leur fils doit être analysé comme un meurtre particulièrement cruel commis en détention dans un contexte de haine ethnique. Face à ces divergences, la Cour rappelle le standard de preuve « au-delà de tout doute raisonnable » qu'elle retient en matière d'atteinte au droit à la vie, précise que dans la situation où la victime se trouve placé sous le contrôle de l'Etat c'est à ce dernier

qu'incombe la charge de la preuve et, enfin, constate le caractère superficiel des éléments avancés par le défendeur au soutien de ses arguments. Elle écarte par conséquent la thèse du suicide et conclut sans surprise à la violation de l'article 2 dans son volet substantiel (§ 70). Sur le terrain procédural, elle considère évidemment que l'enquête est insuffisante et y ajoute la violation de l'obligation de coopération en raison du refus d'assistance opposé à la demande du Procureur Général arménien. Elle écarte à ce titre l'argument du défendeur selon lequel la rupture des relations diplomatiques justifie la non-coopération et considère même, à l'inverse, que le contexte général et la nature des accusations formulées à l'encontre de la victime auraient dû donner lieu à une enquête d'autant plus soignée (§ 86). En revanche, la Cour ne semble pas ici faire de l'obligation de coopération une exigence autonome à la différence de son raisonnement dans l'affaire *Güzelyurtlu* (Cour EDH, *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, précitée, §§ 232-233). Elle l'analyse plutôt comme l'un des éléments déterminants du caractère effectif et adéquat de l'enquête. Enfin, si la Cour reconnaît la violation de l'article 3 en raison des traitements subis par la victime qu'elle qualifie de torture elle écarte sa violation à l'égard des parents requérants, estimant qu'ils n'apportent pas la preuve d'une souffrance spéciale qui dépasserait la détresse émotionnelle inhérente à la perte d'un proche (§§ 90-91). Elle rejette également les arguments fondés sur les articles 13 et 14 de la Convention, considérant qu'ils ont été envisagés en substance dans son examen de la violation des articles 2 et 3. Si cette conclusion s'entend concernant l'article 13, elle conduit néanmoins à occulter le motif ethnique qui aurait été selon les requérants, comme le gouvernement arménien, à l'origine de l'arrestation et des sévices infligés à la victime.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres

Conditions de détention – surpopulation carcérale – traitement dégradant – recours effectif – référé-liberté – indication de mesures générales.

La Cour EDH a été saisie par 32 personnes détenues dans les établissements pénitentiaires de Ducos, Baie-Mahault et Faa'a Nuutania ainsi que dans les maisons d'arrêt de Nîmes, Nice et Fresnes. Les requérantes et requérants allèguent notamment, sous l'angle des articles 3 et 13 de la Convention, que leurs conditions de détention dans des prisons surpeuplées sont inhumaines et dégradantes. Ils dénoncent également l'inexistence d'un recours préventif effectif, de nature à faire cesser et à améliorer les conditions de détention contraires à l'article 3. La Cour, dans un arrêt de plus de 100 pages, constate la violation des articles 3 et 13 CEDH et, sans déclencher la procédure de l'arrêt pilote pourtant régulièrement mobilisée lorsqu'est en cause un problème structurel concernant les conditions de détention (par ex. Cour EDH, *Rezmives et autres c. Roumanie*, arrêt du 25 avril 2017, req. n° 61467/12 et autres), recommande à l'Etat l'adoption de mesures générales en vue de remédier à la situation des prisons françaises. Le nombre élevé des tiers intervenants, parmi lesquels figurent la Commission nationale consultative des droits de l'homme et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, est également à souligner.

Recevabilité. Le jeu des voies de recours internes préventives – ayant vocation à faire cesser une violation – et indemnitaires – de nature à permettre la réparation d'un préjudice – dont la Cour rappelle à plusieurs reprises la nécessaire combinaison (§ 167 et § 175), a une incidence sur la recevabilité des griefs. La Cour EDH considère en effet que le recours indemnitaire (en responsabilité de l'Etat) est un recours « disponible et adéquat au sens de l'article 35§1 de la Convention », qui doit être exercé « par les requérants qui ont été mais ne sont plus détenus dans des conditions de détention susceptibles de porter atteinte à leur dignité » (§ 158 ; voir aussi, CourEDH, *Lienhardt c. France*, décision du 13 septembre 2011, req. n° 12139/10). Ainsi, les requérants se trouvant dans cette situation et n'ayant pas exercé – ou mené à son terme – le recours indemnitaire devant les juridictions administratives, voient leur grief tiré de l'article 3 déclaré irrecevable (§ 163). La Cour considère en outre que les requérants qui n'étaient plus détenus dans des conditions prétendument contraires à l'article 3 au moment de l'introduction de leur requête et qui ont obtenu, devant le juge administratif, la reconnaissance du caractère indigne de leur détention et une indemnisation pour l'intégralité de leur période de détention, ont perdu la qualité de victime. Néanmoins, la Cour précise qu'elle aurait pu parvenir à une conclusion différente si les requérants s'étaient plaints de l'effectivité du recours indemnitaire et des montants alloués (§ 168). En revanche, les requérants encore détenus au moment où le juge administratif a statué en leur faveur, se sont trouvés, ou se trouvent encore au moment où la Cour se prononce, dans « une situation continue au regard des conditions de détention qu'ils dénonçaient » (§ 169). Par conséquent, le recours indemnitaire « ne leur a pas permis d'obtenir un redressement direct et approprié de leurs droits garantis par l'article 3 de la Convention, à savoir la cessation ou l'amélioration de leurs conditions de détention » (§ 169). Ces requérants conservent donc leur qualité de victime. Enfin, la Cour joint au fond l'exception de non-épuisement des voies de recours internes du Gouvernement, tirée du fait que les requérants encore détenus dans des conditions prétendument contraires à l'article 3 au moment de l'introduction de leur requête n'ont pas exercé les recours préventifs, à savoir le référé-liberté et le référé mesures-utiles. La Cour souligne en outre que, sous réserve du respect du délai de six mois, tous les requérants, et pas seulement ceux qui étaient encore détenus, peuvent alléguer une violation de l'article 13, lu en combinaison avec l'article 3, en raison de l'absence de recours préventif effectif (voir sur ce point l'opinion concordante de la juge O'Leary, qui explique son désaccord avec le raisonnement de la chambre).

Violation de l'article 13 : le référé-liberté n'est pas un recours préventif effectif. L'allégation de violation de l'article 13 de la Convention amène la Cour à évaluer si le référé-liberté constitue un recours préventif effectif, c'est-à-dire un recours susceptible de faire cesser ou d'améliorer des conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention. Dans l'arrêt *Yengo c. France*, la Cour, bien qu'ayant relevé « avec intérêt l'évolution jurisprudentielle ayant conduit les juridictions administratives (...) à prononcer des injonctions sur le fondement des articles 2 et 3 de la Convention, en vue de faire cesser rapidement des conditions de détention attentatoires à la dignité », avait néanmoins jugé que le référé-liberté ne pouvait être considéré comme une voie de recours que le requérant avait l'obligation d'épuiser (CourEDH, *Yengo c. France*, arrêt du 21 mai 2015, req. n° 50494/12, § 68). Dans l'arrêt *J.M.B. c. France*, la Cour parvient à un constat similaire d'ineffectivité du référé-liberté. D'abord, le pouvoir d'injonction du juge « a une portée [trop] limitée » puisqu' « il ne lui permet pas d'exiger la

réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale portant atteinte aux droits des détenus énoncés par l'article 3 de la Convention » (§ 217). Deuxièmement, « le juge du référé-liberté fait (...) dépendre son office, d'une part, du niveau des moyens de l'administration et, d'autre part, des actes qu'elle a déjà engagés », approche qualifiée d' « incompatible avec le caractère intangible du droit protégé par l'article 3 » (§ 218). Troisièmement, l'exécution des mesures prononcées par le juge des référés-libertés soulève des problèmes en termes de délais et de résultats, les mesures ne produisant pas toujours les effets attendus (§ 219). En somme, il ressort de l'examen de la Cour que si le référé-liberté présente en théorie un cadre propice au redressement des violations graves des droits des détenus, il voit son effectivité ruinée, en pratique, par la situation de surpopulation et de vétusté des prisons françaises (§ 220).

Violation de l'article 3. Les principes à appliquer dans les affaires de surpopulation carcérale et ceux concernant les autres conditions matérielles de détention ont été systématisés par la Cour EDH dans les arrêts *Muršić c. Croatie* (CourEDH (Grande Chambre), arrêt du 20 octobre 2016, req. n° 7334/13) et *Rezmiveş et autres c. Roumanie* (précité). Dans le premier arrêt, la Cour avait notamment posé le principe suivant lequel la « norme minimale pertinente en matière d'espace personnel est de 3m², à l'exclusion de l'espace réservé aux installations sanitaires » (§ 255). En deçà de ce seuil minimum, il existe une forte présomption de violation de l'article 3 CEDH. Entre 3 et 4 m² d'espace personnel, « le facteur spatial demeure un élément de poids dans l'appréciation du caractère adéquat ou non des conditions de détention » (§ 256). Au-delà de 4m², le facteur spatial n'est pas problématique, en soi, au regard de l'article 3 de la Convention. L'espace personnel dévolu à chaque détenu n'est évidemment pas l'unique facteur pris en compte par la Cour lorsqu'elle est amenée à examiner les conditions de détention sous l'angle de l'article 3. Sont également pertinents des éléments tels que l'accès à la lumière et à l'air naturel ou le respect des « exigences sanitaires de base » (§ 256). C'est donc au regard de cette « grille » que la Cour évalue la situation des requérants. Les requérants détenus dans les centres pénitentiaires de Ducos, Baie-Mahault et Faa'a Nuutania, certains requérants détenus à la maison d'arrêt de Fresnes et les requérantes détenues dans la maison d'arrêt de Nice, ont disposé de moins de 3m² d'espace personnel, dans des conditions qui ne permettent pas le renversement de la forte présomption de violation de l'article 3, les réductions de l'espace personnel en cause n'étant pas « courtes, occasionnelles et mineures » (§ 262). La Cour qualifie par conséquent leurs conditions de détention de dégradantes, sans examiner les autres conditions matérielles de détention (§§ 262-270 ; §§ 296-298 ; § 299). La Cour considère que les détenus de la maison d'arrêt de Nîmes, même durant les périodes où ils ont disposé de plus de 3m² d'espace personnel, ont subi des conditions de détention dégradantes (§§ 271-295). En effet, la Cour relève, en s'appuyant notamment sur les constatations du CGLPL, du CPT et du juge des référés, que les requérants ont disposé d'une liberté de circulation et d'activité en dehors de leurs cellules insuffisantes et que les conditions de détention étaient, de manière générale, indécentes (§ 277). Enfin, l'un des requérants détenus à la maison d'arrêt de Fresnes avait disposé d'un espace personnel d'environ 4m². La Cour qualifie également ses conditions de détention de dégradantes, relevant notamment la vétusté de la maison d'arrêt de Fresnes, la présence récurrente de nuisibles, l'humidité et le manque de luminosité des cellules et l'état des

cours de promenades (§ 300). La Cour parvient donc à un constat de violation de l'article 3 CEDH à l'égard de l'ensemble des requérants dont le grief a été déclaré recevable.

Article 46. Indication de mesures générales. Un constat de violation de la Convention implique pour l'Etat défendeur l'obligation d'adopter, si nécessaire, des mesures générales afin de remédier à la violation constatée et/ou d'en empêcher la répétition. Si le principe est celui de la liberté de l'Etat de choisir, sous la surveillance du Comité des Ministres, les mesures générales à adopter, il arrive que la Cour décide d'indiquer, voire d'ordonner dans le dispositif de son arrêt, les mesures à prendre. En l'espèce, la Cour opte pour la première voie, celle de l'indication des mesures générales. Partant du constat d'un « lien direct entre la surpopulation carcérale et la violation de l'article 13 » se traduisant par le fait que « l'exécution des décisions du juge administratif se heurte à un phénomène structurel, attesté par les requêtes, les statistiques, les nombreux rapports nationaux et internationaux ainsi que par les tierces interventions » (§ 315), la Cour recommande à l'Etat d'adopter des mesures générales « afin de garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention » (§ 316). Cette mise en conformité avec les exigences conventionnelles « devrait comporter la résorption définitive de la surpopulation carcérale » (§ 316) et pourrait porter sur « la refonte du mode de calcul de la capacité des établissements pénitentiaires » et « l'amélioration du respect de cette capacité d'accueil » (§ 316). La Cour recommande également à l'Etat d'établir un recours préventif effectif (§ 316). Souhaitons, avec la juge O'Leary, que l'arrêt *J.M.B. c. France* « jouera un rôle important de catalyseur des changements qui doivent être opérés par l'Etat défendeur » (§ 1 de l'opinion concordante de la juge O'Leary).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 11 février 2020, *Buturugă c. Roumanie*, req. n° 56867/15

Droits des femmes – cyberviolence – violences domestiques – nouvelles technologies – protection de la correspondance – obligations positives

Dans l'arrêt *Buturugă c. Roumanie*, la Cour EDH reconnaît que la cyberviolence à l'encontre des femmes peut constituer une forme de violence domestique. Elle y défend une approche globale de la violence conjugale, qui doit être appréhendée dans toutes ses formes, y compris la cyberviolence. La requérante allègue une violation des articles 3 et 8 de la Convention en raison du manque d'effectivité de l'enquête sur des faits de violence conjugale ainsi que sur les violations de sa correspondance par son ex-époux, qui aurait accédé sans son autorisation à ses comptes électroniques (Facebook) et aurait fait des copies de ses conversations privées, de ses documents et photos. Depuis l'arrêt *Opuz c. Turquie* (CourEDH, arrêt du 9 juin 2009, req. n° 33401/02) il est clairement établi dans la jurisprudence de la Cour EDH que les femmes victimes de violences domestiques ont droit à la protection de l'Etat, sur lequel pèsent des obligations positives de prévention et d'enquête (§§ 60-62). Le traitement des plaintes pour violence domestique appelle une « diligence particulière » des autorités et « les spécificités des faits de violences domestiques telles que reconnues dans la Convention d'Istanbul (...) doivent être prises en compte dans le cadre des procédures internes » (§ 67). Or, en l'espèce, les autorités roumaines n'ont pas traité l'affaire comme un cas de violence

conjugale, mais comme un cas de violence entre particuliers, moins sévèrement réprimée (§ 66). Concernant l'absence d'enquête sur les faits de violation de la correspondance, la Cour commence par rappeler que « tant en droit interne qu'en droit international, le phénomène de la violence domestique n'est pas perçu comme étant limité aux seuls faits de violence physique mais qu'il inclut, entre autres, la violence psychologique ou le harcèlement » (§ 74). Se référant aux travaux sur la cyberviolence à l'encontre les femmes du *UN Broadband Commission for digital development working group on broadband and gender*, du Groupe de travail du Conseil de l'Europe sur le harcèlement en ligne et les autres formes de violences en ligne, en particulier contre les femmes et les enfants, et de l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes, cités dans la partie consacrée au droit international de son arrêt (§§ 36-42), la Cour souligne que « la cyberviolence est actuellement reconnue comme un aspect de la violence à l'encontre des femmes et des filles et peut se présenter sous diverses formes dont les violations informatiques de la vie privée, l'intrusion dans l'ordinateur de la victime et la prise, le partage et la manipulation des données et des images, y compris des données intimes » (§ 74). Ainsi, « des actes tels que surveiller, accéder à ou sauvegarder sans droit la correspondance du conjoint peuvent être pris en compte lorsque les autorités nationales enquêtent sur des faits de violence domestique » (§ 74). En l'espèce, les autorités nationales n'ont pas examiné au fond les plaintes de la requérante, avançant notamment que ces faits étaient sans lien avec les infractions de violences et menaces reprochées à son ex-époux et que les données en cause étaient publiques. Or, « de telles allégations de violation de la correspondance appellent de la part des autorités un examen sur le fond afin de pouvoir appréhender de manière globale le phénomène de violence conjugale dans toutes ses formes » (§ 76). En outre, en l'absence d'examen au fond, les autorités ne pouvaient pas qualifier de « publiques » les données en cause. La Cour conclut donc que les autorités internes ont fait preuve « d'un formalisme excessif » et « qu'elles ont failli à prendre en considération les diverses formes que peut prendre la violence conjugale » (§ 78).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 11 février 2020, *Platini c. Suisse*, req. n° 526/18

FIFA – TAS – compétence *ratione personae* – droit au respect de la vie privée – obligations positives

La décision *Platini c. Suisse* amène la Cour EDH à se prononcer sur la responsabilité de la Suisse au regard de la CEDH en raison d'une sanction infligée par la Fédération internationale de football amateur (ci-après, « FIFA »), une association de droit privé suisse, à l'issue d'une procédure s'étant tenue devant les instances de celle-ci, puis devant le Tribunal arbitral du sport (ci-après, « TAS ») et enfin devant le Tribunal fédéral suisse. La question n'est pas totalement nouvelle puisque dans l'arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse* (CourEDH, arrêt du 2 octobre 2018, req. n° 40575/10 et 67474/10), la Cour avait reconnu que les manquements au droit à un procès équitable survenus au cours de la procédure devant le TAS pouvaient engager la responsabilité de la Suisse. La décision *Platini c. Suisse* porte surtout, quant à elle, sur l'étendue des obligations de la Suisse au titre d'une garantie substantielle : le droit au respect de la vie privée.

A la fin de l'année 2015, la Commission d'éthique de la FIFA a infligé à Michel Platini une sanction d'interdiction d'exercice de toute activité en lien avec le football d'une durée de 8 ans ainsi qu'une amende de 80.000 francs suisses, pour diverses violations du Code d'éthique de la FIFA. Cette sanction a été confirmée par la Commission de recours de la FIFA puis par le TAS, qui a toutefois ramené la sanction à 4 ans d'interdiction de toute activité en lien avec le football et à 60.000 francs suisses d'amende. Le requérant a saisi le Tribunal fédéral suisse d'un recours tendant à l'annulation de la sentence du TAS. Se reconnaissant compétent pour connaître d'un tel recours, le Tribunal fédéral le rejeta au motif que le TAS n'avait « pas versé dans l'arbitraire » ni commis « une violation manifeste du droit » (§ 22).

La sanction prononcée contre Michel Platini ayant été infligée par une association de droit privé suisse, la FIFA, à la suite d'une procédure qui s'est déroulée devant les instances de cette association puis devant le TAS, qui n'est, comme le rappelle la Cour, « ni un tribunal étatique, ni une autre institution de droit public suisse mais une entité émanant du [Conseil international de l'arbitrage en matière de sport], c'est-à-dire d'une fondation de droit privé » (§ 36), se posait dans un premier temps la question de la compétence *ratione personae* de la Cour et de la responsabilité de la Suisse au regard de la Convention. Réitérant sa jurisprudence *Mutu et Pechstein c. Suisse* (précité, §§ 66-67), la Cour estime que les actes et omissions du TAS sont susceptibles, parce qu'ils ont été entérinés par le tribunal fédéral suisse, d'engager la responsabilité de la Suisse au regard de la CEDH (§ 38). En effet, « la loi suisse prévoit les effets des sentences arbitrales du TAS ainsi que la compétence du Tribunal fédéral pour connaître leur validité » et, en l'espèce, le tribunal fédéral « a rejeté le recours du requérant donnant, de ce fait, force de chose jugée à la sentence arbitrale en question dans l'ordre juridique suisse » (§ 35).

La Cour en vient ensuite à l'examen de la recevabilité des différents griefs du requérant. Les griefs tirés de l'article 6 sont déclarés irrecevables pour non-épuisement des voies de recours internes (§§ 39-42) et celui tiré de l'article 7, incompatible *ratione materiae* avec la Convention. La Cour considère en effet qu'aucune infraction pénale n'a été retenue contre le requérant et que les sanctions qui lui ont été infligées sont des « mesures particulières prises à l'encontre d'un membre d'un groupe d'individus relativement petit, dotés d'un statut particulier et soumis à des règles spécifiques » (§ 48).

Les développements les plus importants sont consacrés au grief tiré de l'article 8 de la Convention. Le requérant, qui rappelle avoir consacré toute sa vie professionnelle au football, allègue que la sanction qui lui a été infligée porte atteinte à sa liberté d'exercer une activité professionnelle. Après avoir conclu à l'applicabilité de l'article 8 (§ 56), la Cour délimite le cadre de son contrôle en précisant la nature et l'étendue de l'obligation imposée à la Suisse. D'une part, la Cour décide de se placer sur le terrain des obligations positives de l'Etat. En effet, la sanction ayant été prononcée par une association de droit privé – la FIFA – la Cour considère qu'elle ne peut examiner la mesure litigieuse « sous l'angle de la théorie de l'ingérence » (§ 59), autrement dit, du devoir d'abstention de l'Etat. En l'espèce, « la question principale qui se pose (...) est donc de savoir si l'Etat était tenu et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, (...) de protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée contre la mesure infligée par la FIFA, confirmée, même si réduite, par le TAS » (§ 62). La Cour va circonscrire l'obligation positive de l'Etat à une obligation essentiellement procédurale consistant en l'existence de « garanties institutionnelles et procédurales suffisantes, soit un système de juridictions devant

lesquelles [le requérant] a pu faire valoir ses griefs, et [...qui] ont rendu des décisions dûment motivées et tenant compte de la jurisprudence de la Cour » (§ 62). D'autre part, la Cour insiste sur les « particularités de la situation concrète du requérant » (§ 64). Elle souligne que celui-ci « a librement choisi une carrière particulière dans le domaine du football (...) dans des fonctions officielles des associations du football, qui sont des acteurs privés et, en tant que tel, pas directement soumis à la Convention. Si une telle carrière offre sans doute de nombreux privilèges et avantages, elle implique en même temps la renonciation de certains droits » (§ 63). Aux yeux de la Cour, « de telles limitations contractuelles sont acceptables au regard de la Convention lorsqu'elles sont librement consenties ». En l'espèce, et contrairement à l'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* (précitée), le requérant ne prétend pas avoir été contraint à signer des clauses d'arbitrage obligatoire et il a expressément accepté la compétence du TAS (§ 63). A l'issue d'un examen des sentences prononcée par le TAS et le Tribunal fédéral, et « compte tenu de la marge d'appréciation considérable dont jouissait l'Etat défendeur en l'espèce » (§ 70), la Cour déclare le grief tiré de l'article 8 manifestement mal fondé. Elle relève notamment que le TAS, « dont l'indépendance et l'impartialité, en tant que tribunal, n'ont pas été mises en doute par la Cour dans l'affaire *Mutu et Pechstein* » (§ 65), a répondu « de manière exhaustive et détaillée » aux griefs du requérant et « a procédé à une mise en balance convaincante des intérêts en jeu en tenant compte de la spécificité de la procédure d'arbitrage sportif » (§ 66). Ensuite, le Tribunal fédéral « a entériné avec un raisonnement plausible et convaincant la sentence du TAS », estimant notamment que la durée de la sanction prononcée contre le requérant n'était pas « manifestement excessive » (§ 69). Par conséquent, la Cour est d'avis « que le requérant disposait en l'espèce de garanties institutionnelles et procédurales suffisantes, soit un système de juridictions privée (TAS) et étatique (Tribunal fédéral) devant lesquelles il a pu faire valoir ses griefs, et que celles-ci ont procédé à une véritable pesée des intérêts pertinents en jeu et ont répondu à tous les griefs du requérant dans le cadre de décisions dûment motivées » (§ 70).

JULIE TAVERNIER

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 13 février 2020 (Grande Chambre), *N.D. et N.T. c. Espagne*, n°8675/15 et 869715

Etrangers – immigration – asile – juridiction – frontière terrestre – interdiction des expulsions collectives – non-admission à la frontière – usage de la force – légitime défense

Rendu sur renvoi en vertu de l'article 43 CEDH, le présent arrêt de Grande Chambre avait effectivement à régler une « question grave d'interprétation ou d'application de la présente Convention et de ses Protocoles », en l'occurrence l'article 4 du Protocole n°4 (ci-après « art. 4 P.4 ») En effet, la Cour avait à répondre à l'épineuse car éminemment politique question de la licéité au regard des exigences du droit européen des droits de l'homme de la pratique des « renvois à chaud » d'un Etat membre à sa frontière terrestre au regard dudit article et plus précisément lors du franchissement d'une frontière extérieure de l'espace Schengen puisqu'il s'agissait de l'enceinte espagnole de Melilla, enclave en territoire marocain. Alors que l'arrêt rendu en 2015 par la troisième chambre avait certes déclaré irrecevables les griefs issus de la violation de l'article 3 CEDH mais

avait conclu à la violation de l'art. 4 P.4, la position de la Grande Chambre jugeant conforme au droit européen des droits de l'homme la pratique espagnole de « *push back* » par la force des candidats à l'immigration ou à l'asile a été très critiquée par la doctrine, apparaissant même « *shocking* » à certains (M. PICHL, D. SCHMALZ, « “Unlawful” may not mean rightless. The Shocking ECtHR Grand Chamber Judgment in case N.D. and N.T. », disponible sur : <Verfassungsblog.de>). Si certaines branches de son raisonnement mais surtout certaines incises de la Cour peuvent en effet être choquantes, l'arrêt, en quête d'une introuvable solution d'équilibre politique, apparaît aussi bancal et déconnecté de la réalité.

Choquant. Au stade des exceptions préliminaires, la décision démarrait bien et de manière prévisible, la Grande Chambre a considéré que la demande était toujours recevable malgré la disparition des deux requérants dans la nature – l'un retourné dans son pays d'origine le Mali, l'autre en Espagne mais en situation irrégulière, les deux vivants dans une grande précarité et sans domicile fixe (§ 69). Il a en effet été mis en avant qu'ils avaient toujours des contacts avec leurs conseils ; il n'était donc pas établi qu'ils n'entendaient plus maintenir leur requête au sens de l'article 37, paragraphe 1 de la Convention. Quand bien même, l'affaire soulevait des questions juridiques suffisamment importantes pour que l'examen de ces demandes soit poursuivi au nom d'une protection plus générale du respect des droits de l'homme (art. 37, paragraphe 1 *in fine*). Malheureusement, dès la formulation de ladite question juridique par la Cour, on comprend que l'occasion n'est pas saisie pour renforcer la protection des droits des personnes migrantes aux frontières de l'UE mais bien au contraire pour donner une interprétation plus restrictive du « champ d'application et [des] exigences de l'article 4 du Protocole n°4 à l'égard des migrants qui utilisent l'effet de masse pour tenter de pénétrer irrégulièrement sur le territoire d'un Etat contractant » (§ 78, nous soulignons). Cette rhétorique de l'invasion – « en masse » et même « par la force » – sera utilisée tout au long de l'arrêt. La Cour entend faire comprendre qu'elle prend pleinement en considération « les “nouveaux défis” auxquels font face les Etats européens dans le domaine de la gestion de l'immigration » (*ibidem*), se plaçant d'emblée sur un terrain éminemment politique. L'opinion individuelle concordante du juge Pejchal, qui divergeait sur ce point précis de la recevabilité de la demande, fait apparaître que l'acceptation-même de l'affaire n'était pas une évidence pour tous. Il révèle à cette occasion une vision très particulière de la protection conventionnelle qui selon lui doit bénéficier à « une communauté de citoyens libres [des] Etats membres du Conseil de l'Europe » (p. 108 et 110) et non à des « ressortissants de deux Etats africains » : les premiers (« libres », on le rappelle) « s'acquittent de leurs obligations fiscales à l'égard de leurs pays respectifs », lesquels financent ensuite le Conseil de l'Europe et la Cour. Les seconds (qui ne seraient pas « libres » ?) ne respecteraient même pas leurs « devoirs élémentaires » à l'égard de leur pays d'origine (p. 110) et viendraient profiter d'un système de protection européen payé par d'autres, au mépris de considérations d'« équité » (p. 111). Sans même soulever la question des limites à la liberté d'expression de juges de la Cour supposés « jouir de la plus haute considération morale » (art. 21 CEDH) lorsque leurs propos flirtent ouvertement avec le racisme, on se contentera ici de vivement regretter qu'un juge se permette de proposer une telle restriction du champ d'application de la Convention, usant d'arguments plus adaptés au café du commerce qu'au prétoire européen.

Fort heureusement, la Cour n'avait pas même effleuré cette perspective d'interprétation de l'article 1. Elle a d'ailleurs, répondant sur ce point à un argument fort spécieux soulevé par l'Espagne, considéré que les trois clôtures barbelées érigées sur le territoire espagnol de Melilla faisaient bien partie de la « juridiction » de l'Espagne car « la Convention ne saurait s'appliquer de manière sélective à des parties du territoire d'un Etat par l'effet d'une réduction artificielle de l'étendue de sa juridiction internationale » (§ 110). L'extension de la notion de juridiction à des espaces non territoriaux mais soumis au contrôle effectif d'un Etat partie n'a donc pas pour effet de lui faire perdre son sens originel. Sur le territoire de l'Etat pris dans son ensemble s'appliquent donc les exigences conventionnelles, quelle que soit la nationalité des personnes en cause et quelle que soit la situation à laquelle doivent faire face les autorités, dès lors qu'elles ont encore un pouvoir exclusif sur l'espace en question. La Cour trouve ici l'occasion de faire un peu de droit international en précisant fort justement que rien « ne saurait habiliter un Etat à exclure, modifier ou limiter unilatéralement sa juridiction territoriale, laquelle commence à la ligne frontalière » (§ 109). En effet, une frontière bilatérale n'étant établie que par le pouvoir de deux Etats exercé en commun, seul le fruit de cet accord de volonté est opposable aux tiers et donc à la Cour européenne. A l'argument de l'Espagne qui invoquait l'inapplicabilité de la Directive « Retour » du droit de l'Union européenne à la frontière, la Cour répond justement que « cette législation de l'UE n'affecte pas la juridiction espagnole en droit international » et précise qu'en tout état de cause qu'elle ne saurait justifier de l'inexécution d'un traité. Pour la Cour, le droit de l'UE est ici incidemment assimilé à du droit interne (§ 109, où il est fait référence à l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), ce qui semble quelque peu en rupture par rapport à sa jurisprudence traditionnelle. Mais cette assimilation lui servira surtout à passer sous silence le poids joué par l'Union européenne et son droit dans le drame migratoire actuel.

Dans la continuité du champ d'application général de la Convention s'étendant jusqu'aux limites du territoire, l'interdiction des expulsions collectives de l'art. 4 P.4 se verra étendu. Ce premier point du raisonnement de la Cour paraissait prometteur. La CDI avait quant à elle écarté les non-admissions à la frontière du champ de son « Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers » adopté en 2014, distinguant entre « les mesures adoptées par un Etat afin de contraindre un étranger déjà présent (...) sur son territoire à quitter celui-ci » et celles « liées à la non-admission » qui ne relèveraient que du champ du non-refoulement du droit des réfugiés (art. 2 du projet et son commentaire ; §§ 65 et 174 de l'arrêt). Mais la Cour, qui ne s'était encore jamais prononcée sur cette distinction entre non-admission et expulsions, défend ici une interprétation autonome de la Convention et non formaliste (§ 184) : l'expulsion ne peut pas ne concerner que les individus qui auraient été admis au préalable sur le territoire de l'Etat. Elle lie ainsi l'interprétation de l'interdiction du refoulement de l'article 3 (lorsqu'il est appliqué « par ricochet » en cas de renvoi vers un pays tiers) et de l'interdiction d'expulsion collective de l'art. 4 P.4, élargissant le champ d'application de cette dernière disposition aux mesures prises à la frontière. Ceci est en parfaite cohérence avec l'interprétation extensive qu'elle avait jusqu'alors initié dans sa jurisprudence relative aux éloignements forcés à partir de la mer, où cette même disposition était en cause (voir CourEDH (Grande Chambre), *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, n°27769/09 ; CourEDH, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, 21 octobre 2014, n°16643/09 et CourEDH (Grande Chambre), *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, n°16483/12).

Mais cette interprétation généreuse est au prix, trop élevé, d'une analyse particulièrement large d'une circonstance exonératoire à sa violation : celle du « propre comportement du requérant », lorsqu'il a lui-même contribué à l'absence de décision individuelle à son égard (§ 200). Certes, ce raisonnement avait déjà été appliqué par la Cour, mais uniquement en cas de « défaut de coopération active à la procédure d'examen individuel », mettant l'Etat dans l'impossibilité de prendre une décision individuelle (voir CourEDH, *Berisha et Haljiti c. l'ex-République Yougoslave de Macédoine*, (déc.), 16 juin 2005, n°18670/03, ou encore CourEDH, *Dritsas et autres c. Italie*, (déc.), 1^{er} février 2011, n°2344/02). Mais il est ici étendu à la situation que la Cour décrit ainsi : « lorsque le comportement de personnes qui franchissent une frontière terrestre de façon irrégulière, tirent délibérément parti de l'effet de masse et recourent à la force, est de nature à engendrer des désordres manifestement difficiles à maîtriser et à menacer la sécurité publique » (§ 201). C'est essentiellement sur le fait que les requérants n'auraient pas pris la peine d'utiliser des voies légales d'immigration existantes que la Cour se fonde pour faire usage de cette exception et écarter la violation de l'art. 4 P.4 dans le cas de l'espèce (§§ 206 et s., cf. *infra*). Cependant, elle emploie à de nombreuses reprises des formules renvoyant au caractère hautement répréhensible de ceux qui n'apparaissent plus comme des individus mais comme des membres d'une dangereuse horde barbare. Que la Cour fasse usage d'une telle sémantique dans son raisonnement, alors même que cela ne sert aucunement ce dernier, nous apparaît dangereux. Tout comme le concept d'« afflux massif » a été largement dévoyé pour justifier le durcissement de la politique migratoire de l'Union européenne, la Cour utilise le concept de franchissement « en masse » comme une forme de fait justificatif de limitations des droits humains. Cela ne s'explique aucunement : l'art. 4 P.4 a été considéré comme applicable aux situations de renvois « à chaud » à la frontière et cette disposition est très exactement conçue pour s'appliquer aux cas d'expulsions *collectives* – la Cour a d'ailleurs dû déterminer si le cas de deux requérants pouvait être considéré comme « collectif ». On voit mal l'intérêt d'inclure une situation dans le champ d'une disposition protectrice pour aussitôt la considérer comme une cause d'exonération de sa violation. Cela n'est en outre absolument pas approprié à la situation de l'espèce. Tout au plus, les requérants faisaient partie d'un groupe de 600 personnes ayant tenté le franchissement des clôtures de Melilla au même endroit et à peu près au même moment. Or Melilla n'est pas un micro-Etat qui pourrait éventuellement être menacé par une telle entrée ; il s'agit du territoire de l'Espagne et, plus loin, de l'Union européenne, espace de liberté, de sécurité et de justice de près de 4 millions de km² et 450 millions d'habitants. Tout comme en droit des réfugiés, la notion de « masse » ne doit être utilisée que proportionnellement aux moyens dont l'Etat et l'ensemble fédératif auquel il appartient disposent. En outre, la Cour relève elle-même dans son rappel des faits que le franchissement « en masse », à tout le moins collectif, n'est pas le fait des individus mais des passeurs qui l'organisent (§ 24). Il était donc injuste de le leur reprocher.

Quant à la notion de force, on peine toujours à percevoir de quoi il s'agit réellement. Certes, certains passages de la clôture des enclaves espagnoles ont par le passé été le théâtre de certaines violences, avec notamment usage de chaux vive projetée sur les forces espagnoles. Mais on devrait alors aller plus loin en rappelant également que des tirs des dites forces sur ces civils désarmés ont pu causer des morts (pour un rappel du contexte et des faits, voir notamment Y. ZURLO, « Ceuta et Melilla : villes espagnoles ou dernières colonies en Afrique ?, disponible sur : <vie-publique.fr/parole-dexpert>).

Quoi qu'il en soit, de telles violences ne sont aucunement avancées dans le cas de l'espèce et il demeure difficile de savoir à quoi la Cour fait référence quand elle évoque à de si nombreuses reprises la « force » employée par les requérants. En outre, la juridiction européenne n'a écarté qu'un peu trop mollement l'argument tiré de la légitime défense, soulevé par l'Espagne comme une limite à l'application de l'art. 4 P.4. Sans craindre le ridicule, l'article 51 de la Charte des Nations Unies avait été invoqué, comparant ainsi le franchissement, par deux hommes nus, d'une clôture barbelée de 6 mètres derrière laquelle attendaient des forces de l'ordre espagnoles, à une agression armée. Pour répondre à cet argument, la Cour n'a pas pris la peine de dire s'il était ou non, dans l'absolu, invocable mais s'est contentée de dire que les conditions de la légitime défense ne lui semblaient pas remplies. C'est malheureusement avec une justification plus que décevante qu'elle a abouti à cette conclusion, notant que l'Espagne n'avait pas saisi le Conseil de sécurité des Nations Unies comme prévu à l'article 51 de la Charte (§ 167). Cela relève, premièrement, d'une lecture erronée de l'article 51 qui ne soumet aucunement l'usage du droit naturel de légitime défense à une saisine du Conseil mais oblige seulement les Etats qui en font usage à tenir le Conseil de sécurité informé des mesures prises à ce titre. Tout au plus, l'information du Conseil en tant qu'obligation procédurale corollaire à l'usage de la légitime défense pourrait être un indice de l'existence d'une telle situation, au sein du mécanisme de l'ONU. Sans doute la Cour cherche-t-elle ainsi à renvoyer à une pratique onusienne et, relevant l'absence de toute pratique, écarte-t-elle en conséquence la légitime défense. Mais ce faisant, elle manque une occasion d'analyser de manière parfaitement autonome une telle situation, comme elle l'aurait pu. La Cour serait en effet tout à fait habilitée à déterminer si un usage de la force pouvait ou non être qualifié d'agression armée déclenchant un droit de légitime défense, selon ses propres critères, si cela devait conditionner l'applicabilité de certaines dispositions de la CEDH. Son appréciation, autonome, ne dépasserait pas le champ du droit européen sans concurrencer l'éventuelle appréciation onusienne de la même situation. La Cour aurait, ainsi, au moins pu préciser qu'il n'était ici nullement question d'usage de la force armée mais tout au plus d'un « passage en force » autrement dit contrevenant à un ordre donné par les autorités de l'Etat.

Bancal. D'autres passages de l'arrêt laissent interrogateur parce que le raisonnement utilisé n'apparaît pas parfaitement limpide. A l'analyse il semble même parfois manquer de cohérence. La Cour a en tout cas failli à assurer une articulation convaincante entre droits de l'homme et droit des réfugiés. Ainsi qu'on l'a déjà mentionné, l'interprétation de prime abord extensive de l'art. 4 P. 4 est opérée en calquant le champ d'application de cette disposition sur celui de l'article 3 de la Convention en tant qu'il protège contre le refoulement (§ 185). La Cour vient d'ailleurs préciser que la protection de la CEDH « englobe l'interdiction du refoulement au sens de la Convention de Genève » du droit des réfugiés (§ 188) et toutes ces dispositions apparaissent imbriquées (§ 184). Examinant ensuite le respect de l'interdiction d'expulsion, elle affirme que l'interdiction des expulsions collectives sans examen individuel est une manière de garantir l'effectivité du non-refoulement vers un pays où la personne courrait des risques de torture ou de traitement inhumain et dégradant (§ 198). C'est bien la première fois que ces dispositions sont à ce point liées, alors même que la requête n'était pas recevable sur le terrain de l'article 3 et ce depuis l'arrêt de Chambre. Cela va rendre la suite du raisonnement quelque peu bancal. Comme le relève fort justement la juge Koskelo, l'approche « frappe par son caractère quelque peu paradoxal » (§ 72 de son opinion

partiellement dissidente). Comment considérer qu'un Etat puisse être exonéré d'une expulsion collective en raison d'un comportement inopportun du requérant, alors même qu'il s'agirait d'un droit conditionnant l'accès à un droit absolu ? La juge y voit un « changement de cap » dans la jurisprudence de la Cour en raison des « critères inédits » ici dessinés (§ 43). Auparavant en effet, si l'on admettait que le comportement de l'individu puisse être une circonstance exonératoire, l'interdiction des expulsions collectives était plus autonome par rapport à l'interdiction du refoulement (voir arrêt *Khlaifia* précité, §§ 237-242), ce qui ne faisait pas rejaillir la limitation de ce droit sur l'article 3. La juge Koskelo relève en outre que cette imbrication pourrait être dangereuse car elle pourrait conduire à une application différenciée de l'article 3, selon que l'Etat en cause est ou non partie au Protocole facultatif n°4 (§ 39 de son opinion).

L'arrêt peine donc à offrir une solution équilibrée, malgré des promesses faites en ce sens. Rappelant comme à son habitude que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs » (§ 171), la Cour tendait à nuancer ce principe d'interprétation en n'omettant pas de rappeler aussitôt son ancrage en droit international général et sa déférence envers les principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (§ 172). Toujours par déférence envers les Etats membres, la Cour « réitère aussi le droit » de ces derniers « d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration » avant de consacrer l'élargissement de l'art. 4 P.4 à l'admission à la frontière aux fins d'obtenir une décision individuelle sur leur droit au séjour. Cette admission était en effet à condition de respect par l'individu des voies régulières établies par les Etats ce qui aurait pu sembler, en théorie, une solution raisonnable. Il n'en est toutefois rien car l'interprétation de cette limite par la Cour rend l'interdiction d'expulsion collective à la frontière quasiment inapplicable en pratique.

Déconnectée de la réalité. Il faut certes se réjouir de ce que la Cour consacre le principe d'un droit d'accès au territoire de l'Etat, même conditionnel et uniquement aux fins d'examen individuel d'une demande d'entrée, ce que la Cour finit par faire au détour d'une phrase (§ 232). A tout le moins, l'arrêt a le mérite de préciser clairement que « l'effectivité des droits de la Convention exige qu'ils mettent à disposition un accès réel et effectif aux voies d'entrée régulières, et en particulier aux procédures à la frontière » (§ 209), interdisant ainsi l'érection d'une frontière infranchissable, qui ne comporterait aucune possibilité de demander l'asile ni d'arguer d'autres circonstances individuelles pour entrer sur le territoire. Mais la limitation de ce nouveau principe, appliqué au cas de l'espèce, lui fait perdre toute substance tant l'analyse de la Cour semble coupée de la réalité. La violation de ce droit a ici été écartée en raison des possibilités suffisantes d'immigration légale et de demande d'asile qu'auraient offertes l'Espagne, non utilisées par des requérants qui auraient dès lors contribué à la limitation de leur propre droit. Si le raisonnement semble en théorie implacable, son application dans le cas de l'espèce n'avait rien d'évident. Les juges ne passent ainsi pas moins de vingt et un paragraphes à démontrer, tant bien que mal, que les voies d'accès au territoire ouvertes par l'Espagne existaient et permettaient *effectivement* aux requérants de formuler une demande individuelle d'entrée. Dès le recensement des voies d'immigration et de demande d'asile, la Cour se perd quelque peu : elle mentionne les représentations consulaires et diplomatiques comme des lieux de demande de visa mais aussi de demande d'asile (§ 212 ou encore § 221), alors même que la Cour relève elle-même le « caractère limité des pouvoirs des ambassadeurs d'Espagne » (§ 226), qui ne peuvent qu'octroyer une

autorisation d'entrée en Espagne, autrement dit un asile purement territorial, aux fin de déposer une véritable demande de reconnaissance du statut de réfugié. Ces derniers disposent en outre d'un délai de 6 mois pour rendre une décision qui n'équivaut aucunement à une protection internationale, et qui peut d'ailleurs être rendue par le silence gardée, donc sans motivation. Il est donc peu compréhensible que la Cour envisage cela comme des voies permettant de faire effectivement valoir une demande d'asile. Mais la Cour rappelle alors que la Chambre avait rejeté pour défaut manifeste de fondement le grief tiré de l'article 3 : autrement dit, les requérants n'invoquaient aucune crainte permettant de motiver une telle demande de protection internationale. Ce faisant, elle déconnecte donc les analyses de dispositions conventionnelles qu'elle avait contribué à lier juste auparavant. Mais c'est surtout dans son appréciation de la réalité de la demande d'asile au seul poste de Melilla prévu à cet effet, à savoir le poste-frontière de Beni-Enzar, que la Cour semble s'illusionner. Que les seules personnes ayant effectivement réussi à demander l'asile à ce poste soient d'ethnie arabe (principalement syriennes) et que quasiment aucune demande n'ait en revanche été formulée dans une période récente par des individus d'Afrique sub-saharienne, n'apparaît pas pertinent pour la Cour. Elle considère que ces faibles chiffres ne prouvent aucunement que la possibilité n'était pas réelle et effective (§ 216-217). Exiger des requérants qu'ils apportent la preuve indéniable de ce que des procédures ne leur sont pas accessibles, à savoir la preuve du négatif, semble bien excessif. Il devrait au contraire incomber à l'Etat membre de prouver l'existence de justifications à la limitation d'un droit.

La Cour examine ensuite les « raisons impérieuses » avancées par les requérants pour ne pas avoir même tenté d'utiliser les prétendues voies régulières et accessibles d'entrée sur le territoire. Disposant pourtant de sources venant corroborer les propos des requérants qui faisaient état de « profilage racial » au Maroc, conduisant à une impossibilité d'approcher ce poste, la Cour nie l'existence même de telles pratiques, balayant ainsi purement et simplement les tierces interventions, dont celle du HCR, allant en ce sens (§ 218). Le comportement des autorités marocaines envers les personnes originaires d'Afrique subsaharienne, allant jusqu'à la déportation forcée dans le désert, sont pourtant de notoriété publique (voir par ex., pour l'époque concernée : CDH, « Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Maroc », qui demande à cet Etat de « mettre un terme aux arrestations collectives et cesser de participer aux opérations d'expulsions collectives de migrants opérées notamment à proximité des villes autonomes espagnoles de Ceuta et Melilla », CCPR/C/MAR/CO/6, § 36). La position de la Cour touche ainsi à l'aveuglement.

Elle relève enfin, de manière cette fois totalement cynique, que ces obstacles éventuels ne pourraient de toute manière pas être pris en considération car ils ne seraient aucunement du fait de l'Espagne mais d'un Etat tiers, le Maroc. Elle affirme ainsi que l'art. 4 P. 4 n'impose pas à une Etat contractant « une obligation générale de faire passer sous sa propre juridiction des personnes se trouvant sous la juridiction d'un autre Etat » (§ 221), autrement dit pas d'obligation positive permettant de donner effectivité au droit dont elle vient d'étendre le champ d'application à la frontière. Que signifie alors cette obligation d'offrir des voies d'accès effectives au territoire si, lorsque ces dernières sont bloquées par des forces d'un Etat tiers, on accepte que soient repoussés par la force des individus qui tentent d'en emprunter d'autres, irrégulières cette fois, mais seules qui leur soient, tant bien que mal, accessibles ? Le droit d'admission à la frontière est ainsi vidé de sa substance.

On voit mal un Etat supporter qu'un Etat frontalier bloque les accès à sa propre frontière sans réagir ; de toute évidence, une telle situation ne peut que laisser supposer une entente entre les deux Etats. Cette entente existe juridiquement, puisque l'Espagne est liée au Maroc par un accord de réadmission. Mais plus généralement, c'est sur la politique européenne d'externalisation de la gestion de son problème migratoire, pourtant bien connue, que la Cour ferme ici tout bonnement les yeux.

HÉLÈNE RASPAIL

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 15 octobre 2019, *Giron et autres c. Guatemala*, Série C n° 390

Peine de mort – exécution publique – droit à la vie – droit à l'intégrité de la personne.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH) a rendu, au du mois d'octobre 2019, une série d'arrêts concernant la peine de mort au Guatemala (Cour IDH, *Rodríguez Revolorio et autres c. Guatemala*, arrêt du 14 octobre 2019, Série C n° 387 ; *Valenzuela Ávila c. Guatemala*, arrêt du 11 octobre 2019, Série C n° 386 ; *Ruiz Fuentes et autres c. Guatemala*, arrêt du 10 octobre 2019, Série C n° 385). L'arrêt *Giron et autres* retient l'attention puisque cette affaire soulevait la question du caractère public de l'exécution, diffusée à la télévision.

La Convention américaine des droits de l'homme (CADH) n'interdit pas la peine de mort, mais son article 4 encadre strictement son application. D'une part, cette disposition fait obstacle à ce que les Etats qui n'ont pas encore aboli la peine de mort l'étendent à des crimes auxquels elle ne s'appliquait pas au moment de la ratification de la Convention et interdit aux Etats ayant aboli la peine de mort de la rétablir. D'autre part, les paragraphes 2 à 6 de l'article 4 de la Convention encadrent, par des garanties de fond et de procédure, l'application de la peine de mort. En somme, la CADH n'autorise la peine de mort que dans des « conditions exceptionnelles » (§ 63).

Roberto Giron et Pedro Castillo Mendoza ont été condamnés à mort pour le viol d'une fillette de quatre ans, conformément au code pénal guatémaltèque applicable à l'époque des faits qui prévoyait l'application obligatoire de cette peine (§ 71). La Cour interaméricaine, qui juge de longue date que l'application obligatoire de la peine de mort est incompatible avec l'article 4 de la Convention (Cour IDH, *Hilaire, Constantine et Benjamin c. Trinité et Tobago*, arrêt du 21 juin 2002, Série C n° 94, §§ 103-118) en ce qu'elle ne permet pas de prendre en compte les circonstances spécifiques de l'infraction et le degré de participation et de culpabilité de l'accusé (§ 71), constate la violation des paragraphes 1 et 2 de cette disposition (§ 74). La Cour analyse ensuite le grief tiré de la violation du droit à l'intégrité de la personne (art. 5). Elle constate une violation de cette disposition au motif que les requérants ont été exposés au syndrome du couloir de la mort après avoir été condamnés à la peine de mort à l'issue d'une procédure ayant été affectée par de nombreuses défaillances (§ 88). Elle constate également que la diffusion de l'exécution des requérants à la télévision est incompatible avec la dignité humaine et constitue un traitement dégradant, puisque Roberto Giron et Pedro Castillo « ont été traités comme des objets, pour donner l'exemple, à travers de leur exécution, que certains comportements étaient rejetés par la société au Guatemala » (§ 87, notre traduction). Sur ce point, la Cour interaméricaine se réfère aux travaux du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, de la Commission des droits de l'homme et du

Conseil des droits de l'homme qui ont qualifié les exécutions publiques d'inhumaines, de dégradantes ou d'incompréhensible avec la dignité humaine (§ 82 ; voir également, CDH, Observation générale n° 36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, concernant le droit à la vie, § 44). La Cour n'estime en revanche pas nécessaire, en raison des violations déjà constatées, de se prononcer sur la question de savoir si l'exécution par peloton d'exécution constitue un acte de torture.

JULIE TAVERNIER

COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 6 février 2020, *Comunidades indígenas miembros de la asociacion Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine* (fond, dommages-intérêts et frais et dépens), Séries C n°400

Peuple autochtones – droit de propriété collective – droit à un environnement sain – droit à l'alimentation – droit à l'eau – identité culturelle – obligations positives – obligations immédiates – réalisation progressive – droits économiques sociaux et culturels – justiciabilité – *restitutio in integrum*

L'arrêt *Comunidades indígenas miembros de la asociacion Lhaka Honhat c. Argentine* rejoint la série désormais conséquente des grands arrêts de la juridiction interaméricaine sur la protection des peuples autochtones. La Cour y précise et y développe le régime de protection élaboré progressivement et elle y ajoute de nouvelles garanties fondamentales, indispensables à la préservation des traditions et des modes de vie de ces communautés. L'arrêt marque en outre le franchissement d'une étape conséquente en matière de protection des droits économiques, sociaux et culturels que la Cour construit à partir d'une interprétation dynamique des textes interaméricains comme des instruments internationaux pertinents.

Les requérants représentent plusieurs communautés autochtones implantées dans la province argentine de Salta. La présence de ces communautés sur ce territoire est documentée dès le XVII^e siècle. Au début du XX^e siècle, des familles d'ethnie créole s'installèrent sur ces terres qu'elles occupent partiellement depuis. L'installation de ces familles conduisit à plusieurs modifications du cadre de vie des populations autochtones sur leurs terres ancestrales puisqu'elles entreprirent de clôturer certains espaces, de se livrer à des activités d'abattage illégal des arbres et d'élevage de bétail. Par ailleurs, le gouvernement autorisa sur ces mêmes terres la construction d'un pont international impliquant la réalisation de nombreux travaux. Inévitablement, la poursuite à long terme de ces activités conduisit non seulement à restreindre la liberté de circuler des autochtones sur ce territoire mais également à modifier l'écosystème local et, par voie de conséquence, l'accès aux ressources naturelles et le mode de vie traditionnel de ces communautés basé en partie sur la chasse et la pêche. Après plusieurs décennies de réclamations et de procédures nationales infructueuses, les représentants saisirent la Commission interaméricaine dont le rapport ne fut pas mis en œuvre par l'Etat, donnant lieu ultimement à la transmission de l'affaire à la Cour interaméricaine plus de 30 ans après les premières actions intentées au nom des communautés.

La Cour aborde en premier lieu les allégations relatives au droit de propriété collective. Depuis le début des années 2000, la juridiction interaméricaine a bâti une interprétation constructive et évolutive de l'article 21 de la Convention américaine

protégeant le droit de propriété pour y inclure une dimension collective et, ainsi, offrir une protection juridique aux communautés autochtones en reconnaissant leurs droits ancestraux à l'égard de leurs territoires (CourIDH, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni community c. Nicaragua* (fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 31 août 2001, *Série C* n°257, §§ 148 et ss). Forte de cette consécration courageuse, la juridiction s'est ensuite employée à préciser la portée de ce droit et à en enrichir le contenu. Elle y a notamment inclus l'accès aux ressources naturelles du territoire (CourIDH, *Yakye Axa indigenous community c. Paraguay* (fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 17 juin 2005, *Série C* n°125, §137) et la garantie de maintien du droit et de permanence de l'usage des ressources naturelles (CourIDH, *Saramaka people c. Suriname* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 28 novembre 2007, *Série C* n°172, § 112). Les Etats sont ainsi tenus d'enregistrer et de sécuriser ces titres de propriété par des mesures législatives ou administratives (CourIDH, *Xucuru Indigenous people and its members c. Brésil* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 5 février 2017, *Série C* n°346, § 119). Dans la présente affaire, la propriété collective des terres en cause n'est pas contestée par l'Etat. C'est en revanche l'effectivité de la jouissance de ce droit que revendiquent ces communautés dans la mesure où les agissements des tiers, comme certaines activités étatiques, limitent son déploiement. La Cour fait sienne cette argumentation et considère que l'Etat a manqué à ses obligations positives en ne garantissant pas la jouissance intégrale du droit de propriété collective, lui conférant de ce fait une portée horizontale. A cette obligation d'adopter les mesures de protection nécessaires à l'exercice effectif du droit s'ajoute encore une obligation de consultation des peuples autochtones dès lors qu'est envisagée la réalisation d'aménagement de ces territoires, déjà établie dans l'affaire *Saramaka* (CourIDH, *Saramaka people c. Suriname* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 28 novembre 2007, *Série C* n°172, § 133). Or, la Cour considère que l'Argentine n'a pas davantage respecté cette prescription et conclut à une seconde violation pour ces motifs, démontrant une fois encore la sophistication du régime de protection de la propriété collective qu'elle a progressivement élaboré.

En second lieu, la Cour s'aventure sur le terrain des droits économiques, sociaux et culturels sur lequel elle construit les innovations majeures de l'arrêt. La Cour interaméricaine, comme les autres organes internationaux de protection des droits de l'homme, a déjà eu à connaître d'allégation de violation de ces droits dits de deuxième génération et à affronter le problème de leur justiciabilité. Plutôt que des obligations positives substantielles et précises à l'instar de celles requises à propos des droits civils et politiques, les textes internationaux se bornent en effet généralement à imposer aux Etats à cet égard une obligation de « réalisation progressive » de ces « droits-créances » dont les conséquences concrètes pour le justiciable comme l'invocabilité devant le juge sont incertaines. Si de nombreuses évolutions sont à saluer sur ce terrain, notamment grâce à la substitution, sous l'impulsion des organes onusiens, de la division binaire classique obligation de protection/obligation d'abstention par le triptyque des obligations de protéger/ de respecter/ de réaliser, plus adapté en la matière (voir à ce propos D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un Etat de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, vol. 1, 2012) la consécration et la justiciabilité de ces droits dans les systèmes régionaux reste incertaine. C'est précisément à cet égard que la Cour interaméricaine franchit ici un cap décisif, à partir d'un acquis jurisprudentiel audacieux qu'elle pousse à son paroxysme. En effet, alors que la

Convention américaine ne contient pas de référence aux droits économiques, sociaux et culturels hormis l'obligation de « développement progressif » de son article 26, la Cour est parvenue progressivement à consacrer certains de ces droits. Cette entreprise l'a conduite d'abord à consacrer certaines garanties par ricochet, dans la mesure où l'atteinte à un droit social peut entraîner une atteinte à un droit civil et politique (voir par ex. CourIDH, *Gonzalez Lluy et al. c. Equateur* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 1^{er} septembre 2015, *Série C* n°298). Non contente de cette protection juridictionnelle indirecte, elle s'est attelée ensuite à une véritable autonomisation de ces droits à partir de l'article 26, consacrée pour la première fois dans l'important arrêt *Lagos del Campo* (CourIDH, *Lagos del Campo c. Pérou* (exceptions préliminaires, fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 31 août 2017, *Série C* n°340). Dans la présente affaire, la Cour s'engouffre dans la brèche qu'elle a elle-même ouverte et en exploite toutes les potentialités, se prononçant, avec force détails, tour à tour sur le droit à un environnement sain, le droit à l'alimentation et à l'eau et le droit à l'identité culturelle.

Le droit à un environnement sain, d'abord, avait déjà fait l'objet d'une consécration remarquable dans l'avis consultatif 23/17 (CourIDH, *The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity – interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, avis du 15 novembre 2017, OC-23/17, *Série A* n°23). En consacrant son autonomie et son interdépendance avec plusieurs droits humains la Cour interaméricaine a développé les obligations étatiques qui en découlent dont elle fait ici application, illustrant l'importance du premier pas franchi dans l'exercice de sa fonction consultative. Pour étayer son raisonnement, la juridiction se limite d'ailleurs à des renvois à cet avis, démontrant qu'à ses yeux le droit à un environnement a déjà intégré le droit interaméricain des droits de l'homme. Pour préciser son contenu, elle recourt néanmoins au droit international coutumier afin d'insister sur l'obligation de prévention en la matière (§ 208), dont elle tire des obligations spécifiques pour les Etats face à des activités potentiellement dommageables. Enfin, en raison de l'influence de l'environnement sur l'exercice d'autres droits, la Cour rappelle que le droit à un environnement sain doit être protégé avec « plus d'intensité » (§ 209) lorsqu'il s'agit de groupes en situation de vulnérabilité, comme les groupes autochtones dont la subsistance et le mode de vie dépendent de leur environnement naturel.

Sur les droits à l'alimentation et à l'eau, ensuite, la Cour adopte une démarche différente puisqu'elle s'y intéresse ici pour la première fois. Faute d'acquis jurisprudentiel à partir duquel prolonger la protection de ces aspects, elle s'appuie essentiellement sur la pratique internationale, principalement les observations du Comité des droits économiques sociaux et culturels (CoDESC), pour transposer et développer ces garanties dans le système interaméricain. Le droit à l'alimentation bénéficie toutefois de plusieurs mentions dans des textes adoptés sous l'égide de l'Organisation des Etats américains, tels que sa Charte constitutive, la Déclaration américaine ou le Protocole de San Salvador. La Cour mentionne encore sa consécration dans le système universel par la DUDH et le PIDESC, mais également par la Constitution argentine. A partir de ces constats la juridiction renoue avec sa désormais classique doctrine « universaliste » (voir à ce propos H. TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au

service de 'l'humanisation' du droit international public. Propos autour des récents arrêts et avis », *A.F.D.I.*, vol. 52, 2006, pp. 617-640) et considère sans plus de cérémonie que le droit à l'alimentation a déjà intégré le *corpus juris* des droits de la personne humaine (§ 217), lui permettant de l'ajouter à son propre catalogue de garanties à partir de l'article 26, sans plus de précaution quant à la question de son autonomie, qui semble définitivement réglée. Quant au contenu de ce droit, la Cour endosse comme à son habitude la pratique des organes internationaux (voir par ex. CourIDH, *Atala Riffo et filles c. Chili* (fond, réparation et frais et dépens), arrêt du 24 février 2012 *Série C* n°239, §89) et considère à l'instar du CoDESC qu'il recouvre à la fois la disponibilité des aliments et leur accessibilité. Toutefois, elle le complète de composantes cruciales en l'espèce : l'adéquation et la sécurité alimentaire (au sens de sa durabilité), essentielles pour les populations autochtones en ce qu'elles intègrent à la fois leur spécificité culturelle et la dimension intragénérationnelle (§ 220). Le droit à l'eau en revanche ne bénéficie pas du même niveau de consécration en droit international, si bien que la Cour s'appuie sur sa propre capacité à déduire des droits du contenu d'autres garanties (§ 222) comme elle l'a déjà fait à propos du droit à la vérité ou à la santé. Elle considère par exemple que le droit à l'eau peut se déduire du « droit à un niveau de vie adéquat » de la DUDH et du PIDEC et mentionne encore certains travaux des Nations Unies et de l'OEA, dépourvus toutefois de valeur contraignante. La faiblesse de cette consécration internationale ne la prive pas pour autant de reprendre à son compte les conclusions du CoDESC dans son Observation Générale n°15 pour en étayer le contenu. Le droit à l'eau suppose ainsi selon elle la disponibilité, l'accessibilité et la qualité des ressources et elle insiste sur les liens étroits qu'entretient ce droit avec d'autres garanties protégées, en raison de son importance en matière agricole ou hygiénique notamment. Au chapitre des obligations étatiques enfin, la Cour parvient à contourner les écueils de la justiciabilité des droits de deuxième génération en rappelant qu'aux côtés des obligations progressives qu'ils mettent à la charge des Etats figurent des obligations dites « immédiates », à l'instar de la non-discrimination dans l'accès à la ressource, qui sont donc exigibles sans délai par les justiciables et sur lesquelles elle concentre son contrôle (§ 229 et § 272). Là encore, elle achève son examen en insistant, à la suite du CoDESC, sur « l'attention spéciale » qui doit être accordée par les acteurs étatiques au respect de ces garanties à l'égard des peuples autochtones en raison de leurs difficultés particulières (§ 230). La Cour parvient donc non seulement à intégrer de nouvelles garanties au catalogue interaméricain de protection des droits de l'homme, en s'appropriant en partie l'acquis onusien développé par le CoDESC, mais elle réussit également à occulter ingénieusement tout le débat relatif à la nature spécifique des droits économiques sociaux et culturels et à en retenir une conception d'emblée extensive et inclusive.

La dernière création réalisée dans cet arrêt réside enfin dans la consécration d'un droit à l'identité culturelle au profit des communautés autochtones malgré le silence de la Convention américaine à cet égard. Pour arriver à ses fins, la Cour échafaude son raisonnement à partir du droit de participer à la vie culturelle protégé par la Déclaration américaine et le Protocole de San Salvador dont il constitue un aspect (§ 231), ainsi que des droits des groupes minoritaires protégés par la DUDH et le PIDCP. Elle y ajoute à ces fondements la protection de la diversité culturelle par le droit international à partir des travaux de l'UNESCO. A partir de ces éléments épars la Cour élabore un droit à l'identité culturelle qu'elle définit comme une condition de la liberté des personnes, y compris des groupes, à s'identifier en tant que sociétés, communautés ou groupes

sociaux, à poursuivre un mode de vie correspondant à leur culture et à participer au développement de celle-ci. En ce sens, ce droit protège les traits distinctifs qui caractérisent un groupe social, sans pour autant nier le caractère historique, dynamique et évolutif de la culture (§ 240). Elle semble ensuite calquer son contenu sur celui du droit de participation à la vie culturelle tel que l'entend le CoDESC qui y inclut la disponibilité des biens et services culturels, leur accessibilité, l'adaptabilité des politiques publiques et leur idonéité (§ 243) et suppose donc l'adoption d'un ensemble de mesures positives spécifiques de la part des autorités étatiques.

En dernier lieu, après avoir également constaté la violation de l'article 8.1 de la Convention en raison de la durée excessive des procédures engagées en Argentine, la Cour apporte quelques précisions importantes à propos de la responsabilité étatique et des modalités de réparation. Sur le terrain de la responsabilité, outre l'insistance sur l'interdépendance des droits qu'elle consacre en l'espèce et leur adaptation à la protection des peuples autochtones, et alors même qu'elle admet que l'Etat argentin a adopté un cadre législatif protecteur de la propriété collective et du mode de vie des populations autochtones, elle établit sa responsabilité à partir de l'inefficacité des mesures adoptées. L'atteinte portée aux droits des communautés autochtones par des tiers, que l'Etat n'a pas été en mesure de prévenir, constitue une violation des droits protégés qui lui est imputable. Ce raisonnement conduit à considérer *in fine* que les obligations positives « immédiates » que la Cour dégage des droits de deuxième génération sont des obligations de résultats et non de moyen, ce qui tranche radicalement avec la conception modeste et progressive généralement retenue de ces garanties. Quant à la réparation des dommages constatés, la Cour fait application des pouvoirs que lui confère l'article 63 en la matière qui lui permettent, au contraire du principe du libre choix des moyens à mettre en œuvre généralement retenu dans le contentieux international (voir A. BEN MANSOUR (A.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, 622 p.), d'indiquer à l'Etat les mesures d'exécution qu'elle juge adéquates. Affirmant la primauté du principe de la *restitutio in integrum* conformément au droit international (voir CPJI, Affaire relative à l'*Usine de Chorzow*, arrêt du 25 mai 1926, *Série AB*, n°11, p.141) elle impose d'abord la délimitation et l'enregistrement de la propriété collective des communautés requérantes ainsi que la relocalisation des familles créoles installées sur les territoires concernés et fixe à l'Etat un délai déterminé pour accomplir ces obligations secondaires. Par ailleurs, dans une perspective préventive, elle lui enjoint également de lui soumettre dans les six mois suivant le prononcé de l'arrêt un plan d'action concernant la réhabilitation des ressources naturelles nécessaire à l'approvisionnement en nourriture et en eau des communautés et à mettre en place des systèmes de contrôle pour faire cesser les atteintes illégales à la flore locale. Ce type d'injonction confirme le rôle central qu'occupe la juridiction dans l'exécution de ses propres arrêts dont elle entend assurer un suivi minutieux. Enfin, elle impose la création d'un fonds de développement pour la culture autochtone qui se rapproche davantage d'une mesure compensatoire.

La présente affaire offrait à la Cour interaméricaine l'opportunité de formuler un grand arrêt, qu'elle n'a pas manqué de saisir dans toutes ses potentialités en déployant un éventail considérable de techniques interprétatives, développées au fil de sa jurisprudence. Outre l'extension massive de son catalogue de droits garantis, elle perfectionne à cette occasion le régime de protection des peuples autochtones, non

seulement grâce à la protection juridique de la propriété des terres ancestrales mais aussi à celle des modes de vie traditionnels. Plus encore, cet arrêt confirme l'ouverture de la Cour aux droits économiques sociaux et culturels dont la consécration, comme la justiciabilité, semblent désormais acquises dans le système interaméricain.

JULIE FERRERO

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Ordonnance du 17 avril 2020 sur les mesures provisoires, *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon c. République du Bénin*, req. n° 062/2019 et Ordonnance du 22 avril 2020 sur les mesures provisoires, *Guillaume Kigbafori Soro et Autres c. République de Côte d'Ivoire*, req. n° 012/2020

Mesures provisoires – urgence – préjudice irréparable

La réaction du Bénin et de la Côte d'Ivoire à ces deux ordonnances de mesures provisoires rendues à cinq jours d'intervalle à leur rencontre, a été immédiate et radicale. Dès le 21 avril, le Bénin a adressé une lettre notifiant à la Cour le retrait de sa déclaration au titre de l'article 34, paragraphe 6 du Protocole de Ouagadougou portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP), suivie de la Côte d'Ivoire le 29 avril, arguant que les injonctions de la Cour étaient attentatoires à leur souveraineté. Cette défiance des Etats à l'égard de la Cour africaine accusée d'immixtion dans les affaires intérieures, réduit la compétence *ratione personae* de la juridiction continentale. En effet, en comptant la Tanzanie et le Rwanda, le retrait du Bénin et de la Côte d'Ivoire porte à quatre le nombre d'Etats – sur un total de dix Etats ayant émis une telle déclaration, depuis l'entrée en vigueur du Protocole en 2004 – ayant retiré leur déclaration d'acceptation de compétence de la Cour d'examiner les saisines individuelles directes.

Les deux ordonnances sont similaires sur différents points. Elles concernent des hommes politiques de premier plan qui ont déclaré leur candidature aux prochaines élections présidentielles de leur pays. Les demandes de mesures provisoires en l'espèce visent d'ailleurs à protéger leur droit de prendre part à la direction des affaires publiques de leur pays. Dans l'affaire contre le Bénin, le requérant Sébastien Germain Ajavon sollicite le sursis à la tenue de l'élection des conseillers municipaux et communaux du 17 mai 2020, et la suspension de l'application d'un certain nombre de lois et d'arrêtés municipaux qui, selon lui, interdisent les manifestations publiques à caractère revendicatif. La Cour rejette la demande de suspension de l'application des lois et arrêtés municipaux litigieux mais ordonne à l'Etat béninois de surseoir à la tenue de l'élection municipale et communale prévue le 17 mai 2020. Dans l'affaire contre la Côte d'Ivoire, les requérants soutiennent que l'émission du mandat d'arrêt contre Guillaume Kigbafori Soro l'expose à une arrestation et à une extradition vers son pays où il risque d'être détenu, ce qui non seulement l'empêcherait de faire campagne lors de la prochaine élection présidentielle d'octobre 2020, mais aussi lui ferait courir le risque d'être déclaré inéligible à celle-ci. Ils considèrent qu'une arrestation et une détention de Guillaume Soro dans un tel contexte porteraient gravement atteinte à ses droits politiques. De plus, les requérants soutiennent que s'agissant des autres, leur détention illégale et arbitraire au mépris de leur immunité les contraint à cesser leurs activités politiques et les empêche d'exercer leur liberté d'expression. La Cour a fait droit à leur demande et a ordonné à l'Etat ivoirien de surseoir à l'exécution du mandat d'arrêt émis contre Guillaume Soro ainsi que l'exécution des

mandats de dépôts décernés contre les autres requérants. Vu le profil des requérants, la portée politique nationale desdites affaires et les mesures ordonnées par la Cour, cette dernière n'a pas échappé à des critiques, notamment celles selon lesquelles elle aurait outrepassé ses compétences et ainsi mis en cause sa légitimité et sa crédibilité.

C'est en effet la première fois que la Cour ordonne à un Etat partie de suspendre son processus électoral dans l'attente de sa décision définitive au fond. Elle n'est cependant pas à sa première mesure provisoire et elle a usé d'une compétence prévue par le Protocole de Ouagadougou et largement reconnue aux organes internationaux de règlement des différends, qu'il s'agisse de différends interétatiques ou du contentieux des droits de l'homme. Le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires est en effet une pratique courante du contentieux international, ce dernier étant caractérisé par l'absence d'effet suspensif de l'acte litigieux. Les demandes de mesures provisoires introduites parallèlement à la demande principale visent justement à suspendre les effets de l'acte/situation contesté(e) dans l'attente de la décision définitive. Les mesures provisoires sont ainsi des mesures d'urgence qui ne sont adoptées que lorsqu'il y a un risque imminent de dommage irréparable aux personnes. Il s'agit de mesures prises dans le cadre du déroulement de la procédure devant la Cour et qui ne présagent pas de ses décisions ultérieures sur la recevabilité ou sur le fond des affaires en question.

L'article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) a servi de modèle aux dispositions similaires dans les statuts, traités et règlements intérieurs de nombreux cours, tribunaux, tribunaux arbitraux et comités qui connaissent des contentieux internationaux. Il en va ainsi en matière de protection des droits de l'homme pour les comités onusiens et les cours régionales européenne, interaméricaine et africaine. La pratique des mesures provisoires de ces organes juridictionnels et non juridictionnels est toutefois très hétérogène et difficile à systématiser. Pour ne s'en tenir qu'à celle des cours régionales des droits de l'homme, la compétence d'adopter des mesures provisoires est plus ou moins étendue. La pratique la plus restrictive du contentieux du provisoire est celle de la Cour EDH. Elle trouve son fondement normatif dans l'article 39 du Règlement de la Cour. L'examen de la pratique de la Cour européenne révèle que les mesures provisoires ne sont indiquées que dans des domaines limités, concernant la plupart du temps des affaires d'expulsion et d'extradition qui, si elles survenaient, exposeraient le requérant à un risque de violation de l'article 2 et de l'article 3 CEDH. L'indication des mesures provisoires est une technique essentiellement utilisée par le juge européen en matière d'immigration et d'asile, afin de protéger les requérants dont la vie ou l'intégrité physique seraient réellement menacées dans le pays de destination. Contrairement à la pratique européenne des mesures provisoires, la pratique interaméricaine est plus large et plus généreuse. Elles peuvent être édictées tant par la Commission (article 25 du Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme modifié le 25 octobre 2002) que par la Cour (article 63, par. 2 CADH du 22 novembre 1969). Les mesures provisoires n'ont pas ici pour unique but de cristalliser ou de suspendre les effets dommageables d'un acte ou d'une situation afin de garantir la bonne conduite de la procédure d'examen de la requête individuelle, mais visent aussi à protéger préventivement les droits des requérants. Si par leur nature même, les mesures provisoires sont amenées à protéger essentiellement le droit à la vie et l'intégrité physique, les autres droits ne sont pas pour autant exclus. Dans l'affaire *des Haïtiens et Dominicains d'origine Haïtienne en République Dominicaine*, les mesures de la Cour

visaient à protéger la vie et l'intégrité physique des requérants tout en ordonnant l'adoption de mesures permettant la réunification familiale de certains requérants (CourIDH, *Haitiens et Dominicains d'origine Haïtienne en République Dominicaine c. République Dominicaine*, mesures provisoires, résolution du 18 août 2000).

Le contentieux du provisoire n'avait pas été prévu dans la Charte ADHP. Ces mesures apparaissent cependant assez rapidement dans le premier Règlement intérieur de la Commission dans une formule alambiquée qui ne laisse cependant aucun doute sur leur valeur de simple recommandation (voir article 109, Règlement intérieur de la Com. ADHP adopté le 13 février 1988). L'article 98 du nouveau Règlement de la Commission adopté en 2010, après opérationnalité de la Cour, n'a pas révolutionné la valeur juridique des mesures provisoires de la Commission. C'est la création de la Cour africaine avec une disposition du Protocole de Ouagadougou consacrée aux mesures provisoires qui a fait évoluer leur valeur juridique dans le système africain. Le libellé de l'article 27, paragraphe 2 utilise le terme « ordonne » exprimant sans ambages la valeur juridique contraignante des mesures provisoires qui seront adoptées. En ratifiant la Protocole, les Etats parties s'engagent à se soumettre aux mesures provisoires de la Cour. La pratique des mesures provisoires de la Cour africaine s'est enrichie très rapidement avec les premières ordonnances adoptées dans les affaires introduites par la Commission (voir CourADHP, *Com.ADHP c. Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, ordonnance du 25 mars 2011, req. n° 004/2011 ; *Com.ADHP c. République du Kenya*, ordonnance du 15 mars 2013, req. 006/2012 ; *Com.ADHP c. Libye*, ordonnance du 15 mars 2013, req. n° 002/2013). L'article 27, paragraphe 2 est complété par l'article 51 du Règlement intérieur de la Cour qui en précise les contours.

Il faut relever la prodigalité dont a fait preuve la Cour dans les ordonnances qui retiennent ici notre attention. En examinant la quarantaine d'ordonnances de mesures provisoires rendue par la Cour depuis sa création, il apparaît que les largesses des juges ne sont pas en l'espèce exceptionnelles. En effet, dans de nombreuses affaires mettant en cause la Tanzanie, et en lien avec des condamnations à la peine de mort, la Cour, comme le prévoit son Règlement intérieur à l'article 51, paragraphe 1, a imposé *proprio motu* des ordonnances provisoires à l'Etat défendeur, sans que les requérants n'en aient fait la demande (voir CourADHP, *Armand Guehi c. République Unie de Tanzanie*, ordonnance du 18 mars 2016, req. n° 001/2015 ; *Amini Juma c. République Unie de Tanzanie*, ordonnance du 3 juin 2016, req. n° 024/2016). Prenant appui sur les articles 27, paragraphe 2 du Protocole et l'article 51, paragraphe 1 du Règlement intérieur, et à la lumière des circonstances particulières de l'affaire, elle décide d'exercer la compétence que lui confèrent les dispositions précitées. Elle constate par la suite que les circonstances particulières de l'affaire indiquent que la peine de mort pourrait être exécutée, ce qui empêcherait la jouissance des droits du requérant protégés par les articles 3 et 7, paragraphe 1 de la Charte. Bien plus que la préservation du *statu quo* dans l'attente de la décision définitive au fond, les mesures provisoires de la Cour africaine visent à protéger de façon préventive les droits des requérants. C'est bien ce qui se confirme dans sa jurisprudence en la matière. Ainsi, à la demande de la Commission, a-t-elle accordé des mesures provisoires visant à protéger les droits du détenu Saif Al-Islam Kadhafi conformément aux articles 6 et 7 de la Charte (CourADHP, *Com.ADHP c. Libye*, ordonnance du 15 mars 2013, req. n° 002/2013, § 20), ou ordonné des mesures provisoires visant à protéger un éventail de droits du peuple Ogiek : la jouissance de leurs droits culturels (articles 2, 17 par. 2 et la 3 de

la Charte), la protection de la loi (article 3), l'intégrité de la personne, (article 4), le droit à la propriété (article 14), le droit au développement économique, social et culturel (article 22) de la Charte (voir CourADHP, *Com.ADHP c. République du Kenya*, ordonnance du 15 mars 2013, req. 006/2012, § 20). A la demande des requérants, elle a accordé des mesures visant à protéger le droit à un procès équitable (voir CourADHP, *Sébastien Germain Ajavon c. République du Bénin*, ordonnance du 7 décembre 2018, req. n° 013/2017), mais également des mesures pour protéger les biens mobiliers et immobiliers du requérant (voir CourADHP, *Charles Kajoloweka c. République du Malawi*, ordonnance du 27 mars 2020, req. n° 055/2019, § 19).

Les mesures ordonnées dans les affaires ici commentées s'inscrivent dans cette lecture extensive du contentieux du provisoire qui vise à protéger, non pas exceptionnellement certains droits garantis par la Charte, mais manifestement, tous les droits garantis par la Charte. Il est un véritable outil de protection, même provisoire, de tous les droits de la Charte. En l'espèce il s'agit entre autres de la protection de l'article 13 de la Charte. Les conditions requises pour ordonner lesdites mesures sont au nombre de deux aux termes de l'article 27, paragraphe 2 : l'extrême gravité ou l'urgence et la prévention de dommages irréparables à des personnes. La Cour a jusque-là utilisé ces conditions cumulatives sans prendre le soin d'en préciser le sens et les contours. Elle esquisse enfin, dans ces deux affaires, une définition des conditions requises en s'inspirant de la jurisprudence de la CIJ reprise dans l'affaire *Application de la Convention pour la prévention du crime de génocide, Gambie c. Myanmar*, ordonnance du 23 janvier 2020 (voir cette Chronique, *Revue*, 2020-1, pp. 149-155, obs. P-F. LAVAL). Selon la Cour africaine, l'urgence consubstantielle à l'extrême gravité s'entend de ce qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant qu'elle ne rende sa décision définitive. Il y a donc urgence chaque fois que les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent intervenir à tout moment avant que la Cour ne se prononce de manière définitive dans l'affaire (*Sébastien Ajavon c. Bénin*, § 61 ; *Guillaume Soro et autres c. Côte d'Ivoire*, § 33). En ce qui concerne le préjudice irréparable, la Cour a estimé qu'il doit exister une probabilité raisonnable de matérialisation eu égard au contexte et à la situation personnelle du requérant (*Sébastien Ajavon c. Bénin*, § 63). En somme, la Cour définit l'urgence par le risque imminent d'un préjudice irréparable en mêlant les deux conditions. Et l'application qu'elle en fait, par la suite, ne permet pas de lever toutes les ambiguïtés à ce même sujet. En effet dans l'affaire *Sébastien Ajavon c. Bénin*, la Cour a considéré que l'inexécution de l'arrêt du 29 mars 2019 est génératrice d'un préjudice à l'encontre du requérant dans la mesure où, sans un casier judiciaire vierge, il lui est impossible de déposer sa candidature sur la liste de son parti. Elle en conclut que le risque pour le requérant de ne pouvoir se présenter à l'élection du 17 mai 2020 est réel, tant et si bien que le caractère irréparable du préjudice qui en résulte est indiscutable (§§ 67-68). Dans l'affaire *Soro c. Côte d'Ivoire*, la Cour renforce le critère de l'urgence, et partant le caractère réel du préjudice irréparable par un facteur temporel. Selon la Cour, la situation d'urgence est bien établie dès lors que les échéances électorales en question sont prévues pour se tenir dans moins de six mois à compter de la date de la requête (§ 35).

L'analyse de l'argumentation de la Cour dans les affaires où elle a rejeté ou accepté partiellement la demande des mesures provisoires permet d'éclairer sa démarche, s'agissant des conditions requises pour l'octroi desdites mesures. Dans une affaire relative à la Commission Electorale Indépendante (CEI) qui opposait Suy Bi Gohore Emile et autres à

la Côte d'Ivoire, la Cour a rejeté la demande de mesures provisoires tendant à empêcher l'application de la loi portant reconstitution de la CEI au motif que celle-ci est devenue sans objet dès lors que ladite Commission a été mise en place et la désignation de ses membres ainsi que des personnalités proposées par les différents organes de l'Etat défendeur. La Cour a estimé que les circonstances de l'espèce ne relevaient pas d'une situation dont la gravité et l'urgence présentaient un risque de dommages irréparables ou un trouble social immédiat (CourADHP, *Sui Bi Gohore Emile et autres c. République de Côte d'Ivoire*, ordonnance du 28 novembre 2019, req. n° 044/2019, § 33-34). La Cour a noté en l'espèce que les requérants n'avaient pas établi le risque d'un préjudice irréparable du fait de l'application de la loi litigieuse. Dans une affaire opposant l'homme politique Komi Koutché à la République du Bénin, avaient été formulées des demandes de mesures provisoires pour la suspension de sa demande d'extradition, de la procédure pendante devant la Cour de Répression des Infractions Economique et du Terrorisme (CRIET), l'annulation du mandat d'arrêt à son encontre, la révocation de la décision de l'annulation de son passeport et l'autorisation sans délai que son parti politique puisse se présenter aux élections législatives du 28 avril 2019. La Cour a rejeté les demandes de mesures provisoires de M. Koutché en estimant que certaines étaient sans objet, et d'autres devant être rattachées au fond, à l'exception de celle relative à la révocation de la décision de l'annulation de son passeport. Le juge a ordonné la suspension de la procédure d'annulation du passeport du requérant jusqu'à la décision définitive de la Cour, après avoir établi la réalité du risque de préjudice irréparable si son passeport venait à être révoqué avant la décision au fond – ce qui pouvait intervenir à tout moment au regard des circonstances de l'espèce. Il découle de ces différentes affaires que l'élément déterminant justifiant la décision d'ordonner des mesures provisoires est le risque réel (non hypothétique) d'un préjudice irréparable pouvant intervenir à tout moment avant la décision au fond. La nécessité d'éviter un dommage irréparable aux personnes semble expliquer l'application large par la Cour des conditions requises pour ordonner les mesures provisoires. L'approche *pro victima* du contentieux du provisoire développée par la Cour est louable mais peut susciter des interrogations. Les mesures provisoires ne visent pas, en principe, à protéger le requérant contre toutes sortes de préjudice mais uniquement contre les préjudices « irréparables » aux personnes. Autant le risque de subir la peine capitale avant la décision au fond de la Cour en est un, autant cette condition n'apparaît pas nécessairement remplie s'agissant de l'exclusion d'une compétition électorale. De même, dans l'affaire *Charles Kajoloweka c. République du Malawi*, la Cour a ordonné le sursis à exécution d'une ordonnance de condamnation aux dépens rendue par la Cour suprême d'appel de l'Etat défendeur contre le requérant, au motif que celui-ci pourrait perdre ses biens mobiliers et immobiliers sans pouvoir jamais les récupérer, ce qui était susceptible de lui causer un dommage irréparable. C'était la première fois que la Cour ordonnait des mesures provisoires pour protéger des biens dont le préjudice est *a priori* réparable par *restitutio in integrum* ou par indemnisation. Le risque de préjudice irréparable inclut-il le risque de perte de biens ? Si le juge africain se sert de ce type de mesures pour protéger, même provisoirement, les droits garantis par la Charte, il y va de la crédibilité et de la légitimité de la Cour de ne pas s'affranchir du cadre conventionnel défini à l'article 27, paragraphe 2 du Protocole de Ouagadougou.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations adoptées le 24 octobre 2019, *Ioane Teitiota c. Nouvelle-Zélande*, comm. n° 2728/2016

Droit à la vie – obligation de non-refoulement – changement climatique – déplacés climatiques

Par l'adoption de ses constatations dans l'affaire *Ioane Teitiota c. Nouvelle Zélande*, le Comité des droits de l'homme (CDH) s'est prononcé, pour la première fois, sur la protection des déplacés climatiques, révélant que les droits de l'homme constituent un *corpus* juridique mobilisable pour instaurer un régime de protection en faveur de ces victimes du changement climatique.

En effet, alors que les organes des Nations Unies continuent d'alerter les Etats sur l'urgence de la situation pour empêcher une catastrophe climatique (OHCHR, « Open-Letter from the United Nations High Commissioner for Human Rights to Member States on priorities for human rights-based climate action at the 25th Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate change », 27 novembre 2019, disponible sur <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/UNFCCC_COP25_OpenletterfromHCMemberStates_Nov2019.pdf>, p. 1), les conséquences du réchauffement climatique sont déjà ressenties par une partie de la population mondiale, provoquant des déplacements humains. Certaines des personnes touchées par les premières conséquences du réchauffement climatique tentent, ainsi, de quitter leur lieu d'habitation. Si la plupart de ces déplacements sont de nature interne, se produisant au sein du même pays, certaines personnes franchissent les frontières internationales. Pourtant, si cette stratégie constitue une stratégie normale d'adaptation humaine (Jane MCADAM, « Legal and protection policy research series, Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards », 2011, UNHCR, p. 4), elle se heurte aux règles de droit d'entrée des Etats d'accueil, conduisant bien souvent ces personnes à y séjourner de manière irrégulière (OHCHR, « Rapport du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme », 15 janvier 2009, doc. A/HRC/10/61, par. 58).

Plusieurs expressions ont émergé, dès les années 1980, pour désigner ces personnes, victimes du changement climatique : « réfugié climatique », « migrant climatique » ou encore « déplacé climatique » (Christel COURNIL, « Les “réfugiés environnementaux” : enjeux et questionnements autour d'une catégorie émergente », *Migrations Société*, 2010/2, n° 128, pp. 67-68). Mais si cette multitude d'expressions révèle l'attention portée à ce phénomène, elle traduit surtout l'absence de protection juridique attribuée aux personnes victimes du changement climatique et forcées de quitter leur pays. Ainsi, l'expression de « réfugié climatique » porte à confusion, comme l'indique le HCR (UNHCR, « Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective », 2009, pp. 8-9, disponible sur <<https://www.unhcr.org/4901e81a4.pdf>>), car ces personnes déplacées ne peuvent pas bénéficier de cette protection, leur demande ne répondant pas à la définition restreinte posée par la Convention de Genève sur le droit des réfugiés de 1951. En effet, les personnes, franchissant une frontière en raison du changement climatique, ne peuvent pas démontrer, d'une part, qu'elles subissent des persécutions puisque le changement climatique est un phénomène global pour lequel « il est souvent impossible d'établir un lien direct entre les nuisances imputées aux

changements climatiques et les actes ou omissions de certains Etats » (OHCHR, « Rapport du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme », précité, par. 96), et d'autre part, quand bien même elles en subissaient, que celles-ci soient dues à « [leur] race, [leur] religion, [leur] nationalité, [leur] appartenance à un certain groupe social ou [leurs] opinions politiques » (Convention de Genève sur le droit des réfugiés, 1951, article 1^{er}) (Jane McADAM, « Legal and protection policy research series, Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards », précité, pp. 12-13). Si le changement climatique a dorénavant été intégré comme cause des migrations dans des textes de droit souple (AGNU, « Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières », résolution 73/195, 19 décembre 2019, Objectif 2), les déplacés climatiques attendent toujours l'instauration d'un régime de protection juridique.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les constatations du CDH, lesquelles posent une première pierre à l'édifice d'un régime de protection des déplacés, victimes du réchauffement climatique, en leur ouvrant le droit de ne pas être refoulés s'il existe un risque d'atteinte à leur droit à la vie. Mais si cette décision a été saluée (UNHCR, « La décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur le changement climatique est un signal fort, selon le HCR », 4 janvier 2020, disponible sur <<https://news.un.org/fr/story/2020/01/1060501>>), une analyse attentive appelle à plus de prudence.

M. Ioane Teitiota, ayant la nationalité de la République des Kiribati, s'est rendu en Nouvelle-Zélande avec sa femme, car la situation dans son pays était devenue intenable en raison de l'augmentation du niveau de la mer causée par le réchauffement climatique, lequel a provoqué une contamination de l'eau fraîche par l'eau salée, entraînant des pénuries d'eau potable ainsi que l'érosion de terrains habitables, elle-même, à l'origine d'une crise du logement et de violences (§ 2.1). L'auteur de la communication a donc cherché à obtenir l'asile en Nouvelle-Zélande, pays dans lequel il a eu trois enfants. Mais bien que le Tribunal de l'immigration ait ouvert la possibilité d'une application de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés en fonction des particularités du cas examiné, il a refusé sa requête au motif que l'auteur ne faisait pas l'objet d'un risque réel d'être persécuté s'il retournait dans son pays. Il ne pouvait donc pas être considéré comme un « réfugié » au sens de cette Convention (§ 2.8). En outre, le Tribunal releva qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables de croire que l'auteur et sa famille risqueraient de subir une atteinte à leur droit à la vie garanti par l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques (ci-après le Pacte) en cas de renvoi (§ 2.9). La Cour d'appel et la Cour Suprême suivirent le raisonnement du Tribunal et rejetèrent également sa requête (§ 2.2 et § 2.10). L'auteur fut alors forcé à quitter le territoire néo-zélandais le 23 Septembre 2015. Sa famille le suivit peu de temps après (§ 4.4).

M. Ioane Teitiota s'est tourné auprès du Comité en alléguant une violation du droit à la vie. Il appuie cette allégation sur l'existence d'un risque réel d'atteinte à ce droit constituée par deux conséquences de l'augmentation du niveau des mers : d'une part, la rareté des espaces habitables laquelle engendre de violentes disputes sur les terres mettant en danger sa vie et d'autre part, la dégradation environnementale incluant la contamination des ressources en eau fraîche par l'eau salée (§ 3).

L'Etat partie ayant contesté la recevabilité de la communication au motif que l'auteur de la communication n'a pas suffisamment étayé son allégation relative à la violation de l'article 6 du Pacte (§ 4.5), le Comité rappelle sa jurisprudence selon laquelle « une

personne ne peut se prétendre victime au sens de l'article premier du Protocole facultatif que s'il est effectivement porté atteinte à ses droits » (§ 8.4) (CDH, *Mohamed Rabbae, A. B. S. et N. A.*, 14 juillet 2016, comm. n° 2124/2011, § 9.5). Néanmoins, le Comité admet que l'auteur de la communication puisse invoquer à l'appui de son allégation une pratique ou législation qui n'a pas encore été appliquée s'il démontre l'existence d'un risque d'être affecté par cette pratique ou législation (CDH, *Aumeeruddy-Cziffra c. Maurice*, 1984, comm. n° 35/1978, § 9.2). Le Comité relève alors que l'auteur de la communication cherche à prévenir son expulsion imminente du territoire de la Nouvelle-Zélande à destination de la République des Kiribati (§ 8.5). Il appartenait donc à l'auteur non pas de démontrer avoir été victime d'une violation passée d'un de ses droits garantis par le Pacte mais plutôt l'existence d'un risque d'atteinte au droit à la vie en cas d'expulsion (§ 8.5). Le Comité applique, ainsi, sa jurisprudence classique en matière de renvoi d'étrangers du territoire national et conclut en l'espèce que l'auteur de la communication a suffisamment étayé l'existence du risque d'atteinte au droit à la vie en invoquant l'impact du changement climatique (§ 8.6). Aucune autre cause d'irrecevabilité n'ayant été soulevée, il examine alors le fond de la communication, en étendant l'obligation de non-refoulement en droit international des droits de l'homme à l'existence d'un risque porté au droit à la vie par les effets du changement climatique.

En effet, après avoir rappelé l'obligation des Etats parties « de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte » (§ 9.3) (Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 29 mars 2004, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 12), le Comité précise que cette obligation peut avoir une portée plus large que le principe de non-refoulement en droit international des réfugiés puisqu'elle s'applique également à des étrangers n'ayant pas le droit au statut de réfugié au sens de la Convention de Genève (§ 9.3) (Observation générale n° 36, Article 6 – droit à la vie, 3 septembre 2019, doc. CCPR/C/GC/36, par. 31). Les Etats parties doivent donc pour apprécier son champ d'application prendre en compte la situation générale des droits de l'homme dans le pays d'origine afin d'apprécier l'existence du risque d'atteinte au droit à la vie (§ 9.3) (*X c. Suède*, 1^{er} novembre 2011, comm. n°1833/2008, par. 5.18).

Et c'est au titre de la situation relative à l'exercice des droits de l'homme que les conséquences du changement climatique pourront être prises en compte lors de l'appréciation de l'obligation de non-refoulement. En effet, plusieurs organes des droits de l'homme dont le CDH ont reconnu l'interdépendance entre la jouissance des droits de l'homme et l'environnement (OHCHR « Etude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement. Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme », 16 décembre 2011, doc. A/HRC/19/34, p. 8 et s.). L'environnement est, ainsi, considéré comme une condition d'exercice des droits de l'homme, et par conséquence, les dégradations environnementales dont celles causées par le changement climatique peuvent entraîner une entrave dans cet exercice (Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, 1^{er} février 2016, doc. A/HRC/31/52, par. 23 et s.). Le Comité avait reconnu ce lien plus particulièrement à

l'égard du droit à la vie, dès son observation générale n° 36. Il avait, ainsi, affirmé que « [l]a dégradation de l'environnement, les changements climatiques et le développement non durable font partie des menaces les plus urgentes et les plus graves pour la capacité des générations présentes et futures de jouir du droit à la vie » (§ 62). L'atteinte portée au droit à la vie par les dégradations environnementales et le changement climatique justifie l'existence d'obligations positives à la charge des Etats pour assurer le respect des droits de l'homme. Ainsi, dans l'affaire *Norma Portillo Cáceres*, le Comité avait fondé sur l'interdépendance entre l'environnement et le droit à la vie une obligation de prévention des pollutions environnementales à la charge des Etats parties (CDH, *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, 20 septembre 2019, comm. n° 2751/2016). C'est donc en se fondant une nouvelle fois sur le lien unissant l'environnement et l'exercice du droit à la vie que le Comité étend l'obligation de non-refoulement aux étrangers, victimes du changement climatique, révélant que les droits de l'homme constituent un outil de protection à l'encontre des dommages causés à l'environnement, en complément du droit de l'environnement. Cette jurisprudence s'appuie également sur un mouvement jurisprudentiel plus large qui se développe au sein des autres Cours régionales des droits de l'homme puisque le Comité relève que ces juridictions reconnaissent également que la dégradation environnementale constitue une menace à l'exercice du droit à la vie et peut conduire à sa violation (§ 9.5) (CourIDH, *avis consultatif OC-23/17* du 15 novembre 2017 sur l'environnement et les droits de l'homme, *Séries A*, No. 23, par. 47 ; CourEDH, *Tatar c. Roumanie*, arrêt du 27 janvier 2009, req. n° 67021/01, par. 87 ; Comm. ADHP, *commentaire général n°3*, droit à la vie (article 4), 2015, par. 3). En choisissant de se référer au travail jurisprudentiel des autres Cours régionales des droits de l'homme (CDH, *Portillo Cáceres et al. c. Paraguay*, précité, par. 7.4), le Comité entretient un dialogue entre organes des droits de l'homme pour renforcer l'utilisation des droits de l'homme en matière environnementale.

Mais si la possibilité de bénéficier de la protection octroyée par les droits de l'homme à travers l'obligation de non-refoulement est encourageante pour les victimes du changement climatique, le contrôle effectué par le Comité indique que cette obligation ne s'applique qu'aux situations les plus extrêmes. Effectivement, en élargissant la portée de l'obligation de non-refoulement à la menace portée au droit à la vie constituée par les effets du changement climatique, le Comité transpose également les critères de son contrôle sur l'existence d'un risque d'atteinte au droit à la vie en cas de renvoi d'un étranger dans son pays, sans adopter aucune spécificité propre à cette problématique particulière. Il rappelle, ainsi, son rôle subsidiaire puisqu'il appartient, en premier lieu, aux organes de l'Etat partie d'apprécier les faits qui constitueraient un risque réel pour le droit à la vie. En conséquence, le Comité ne sanctionne leur appréciation que si elle apparaît clairement arbitraire, entachée d'une erreur manifeste ou révéler un déni de justice (§ 9.4) (CDH, *M.M. c. Danemark*, 14 mars 2019, comm. n° 2345/2014, § 8.4). Dans cette espèce, le Comité observe que les juridictions internes ont réalisé une évaluation personnalisée du risque encouru par l'auteur de la communication en cas de renvoi dans son pays d'origine et, dans ce cadre, ont pris en compte tous les arguments et éléments factuels qu'il leur a fournis pour apprécier l'existence de ce risque (§ 9.6 et § 9.13). Il relève que bien que l'auteur de la communication soit en désaccord sur l'appréciation des faits, il ne démontre pas que l'appréciation effectuée était clairement arbitraire, entachée d'une erreur manifeste ou révéler un déni de justice (§ 9.13).

Afin de justifier cette conclusion, le Comité analyse chacun des arguments invoqués par M. Ioane Teitiota. En premier lieu, l'auteur de la communication invoquait l'insuffisance de terrains habitables, laquelle provoque des disputes violentes pouvant conduire à des décès. S'inspirant de la jurisprudence de la Cour EDH, le Comité observe qu'une situation générale de violence atteint un degré d'intensité suffisant pour créer un risque réel de préjudice irréparable que dans des cas extrêmes, lorsqu'il y a un risque de subir un tel préjudice par le simple fait d'être exposé à cette violence (§ 9.7) (CourEDH, 4^{ème} sect., *NA. c. Royaume-Uni*, 17 juillet 2008, req. n° 25904/07, par. 115) ou lorsque la personne se trouve dans une situation particulièrement vulnérable (CDH, *Jasin c. Danemark*, 22 juillet 2015, comm. n° 2360/2014, par. 8.8-8.9 ; CDH, *Warsame c. Canada*, 21 juillet 2011, comm. n° 1959/2010, par. 8.3). En appliquant cette jurisprudence peu favorable aux étrangers renvoyés dans un pays marqué par une violence générale, le Comité tente d'opérer une conciliation entre une nécessaire protection et le refus des Etats d'accueillir un afflux massif d'étrangers. En l'espèce, il retient le constat du Tribunal de l'immigration selon lequel l'auteur de la communication ne subirait pas un risque particulier, mais un risque général comme tous les nationaux de la République des Kiribati (§ 9.7).

L'auteur de la communication s'appuyait également sur le manque d'accès à l'eau potable ainsi qu'à l'alimentation. Le Comité prend soin de vérifier si ces faits constituent un risque réel d'atteinte au droit à la vie, reconnaissant, ainsi, l'interdépendance entre les droits sociaux-économiques et les droits civils puisqu'une violation du droit à l'alimentation ou à l'accès à l'eau peut, également, conduire à une atteinte au droit à la vie (CDH, Observation générale n° 36 précitée, par. 26). Si le Comité admet, ainsi, le caractère indivisible et interdépendant des droits sociaux-économiques et des droits civils et politiques (sur la notion d'indivisibilité des droits de l'homme voir Emmanuel DECAUX, « Universalité, indivisibilité et interdépendance des droits de l'homme : les principes et leur application », *Droits fondamentaux*, n° 17, 2019 <<https://www.crdh.fr?p=4716>>), il ne reconnaît pas, en l'espèce, l'existence d'un risque d'atteinte au droit à la vie. En effet, il se fonde sur le rapport et témoignage du chercheur en climatologie John Corcoran, lequel estime que 60% des habitants de l'île de Tarawa obtiennent des rations d'eau fraîche fournies par les autorités publiques, et considère, au regard des éléments fournis, que rien ne démontre que l'auteur de la communication manquerait d'eau fraîche (§ 9.8). De même, alors que l'auteur de la communication alléguait ne plus pouvoir cultiver ses terres en raison de leur salinisation, le Comité relève qu'il n'a pas fourni d'éléments quant à l'accès à d'autres ressources financières (§ 9.9). Par conséquent, si l'intégration de la jouissance des droits sociaux-économiques dans l'appréciation du risque d'atteinte au droit à la vie est à saluer, l'appréciation de leur exercice est plus critiquable. Le Comité semble se contenter de relever des éléments très généraux sans évaluer *in concreto* la situation particulière de l'auteur de la communication. Le Professeur Sancin, membre du Comité, s'est écartée de la majorité en lui reprochant une prise en compte insuffisante de la situation particulière de l'auteur de la communication. Elle indique, ainsi, que « *the notion of 'potable water' should not be equated with 'safe drinking water'. Water can be designated as potable, while containing microorganisms dangerous for health, particularly for children (all three of the author's dependent children were born in New Zealand and were thus never exposed to water conditions in Kiribati)* » (opinion dissidente du membre Sancin, par. 3).

Enfin, l'auteur de la communication considérait subir un risque réel d'atteinte au droit à la vie en raison de la surpopulation, des inondations intenses et fréquentes et des brèches de digues (§ 9.10). Il estime que la République des Kiribati sera inhabitable dans une dizaine ou quinzaine d'années. Néanmoins, bien que le Comité considère que les effets du changement climatique peuvent exposer les individus à des violations des articles 6 et 7 du Pacte, justifiant une obligation de non-refoulement (§ 9.11) et que le risque de submersion d'un pays dans son intégralité est un risque tellement extrême que les conditions de vie dans ce pays deviennent incompatibles avec l'exercice du droit à la vie, il observe, dans cette espèce, que l'intervalle d'une dizaine d'années permet aux autorités, avec la coopération de la communauté internationale, de prendre des mesures pour protéger et même si nécessaire relocaliser les habitants. Et sur ce point, le Comité relève que les juridictions internes ont examiné cette question et observé que la République des Kiribati mettait en place un programme pour renforcer la résilience face aux changements climatiques (§ 9.12). Et ce, alors même que la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, Mme Catarina de Albuquerque a noté lors de sa dernière mission dans la République des Kiribati, en 2012, l'insuffisance du programme mis en place pour lutter contre les effets du changement climatique (Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'eau potable et à l'assainissement, Catarina de Albuquerque, Additif Mission à Kiribati, 2013, doc. A/HRC/24/44/Add.1, par. 49-53). Ainsi, si le Comité ouvre la possibilité que les Etats puissent avoir l'obligation de ne pas renvoyer un étranger dans un pays menacé d'être submergé par les eaux – conséquence du changement climatique –, il fait le choix de limiter la portée de cette obligation aux conditions les plus extrêmes. Autrement dit, ce n'est que lorsque la situation sera intolérable que les « déplacés climatiques » pourront être protégés par l'obligation de non-refoulement, en supposant bien sûr qu'ils parviennent à quitter leur pays à temps et à se rendre dans un autre Etat pour se placer dans le champ d'application de cette obligation (voir dans le même sens, Jane MCADAM, « Legal and protection policy research series, Climate Change Displacement and International Law (...) », précité, p. 25). Par conséquent, si cette décision représente une première étape dans la protection des « déplacés climatiques », elle renforce la nécessité de prévoir un véritable régime de protection à leur égard, en parallèle des obligations déjà souscrites pour atténuer les effets du changement climatique en droit de l'environnement.

SARAH JAMAL

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Décision sur la compétence du 7 février 2020, *Theodoros Adamakopoulos et autres c. Chypre*, ARB/15/49

(D. McRae, président ; A. Escobar, M. G. Kohen, arbitres)

Contentieux intra-européen – arbitrage multipartite – opinion dissidente

Chaque numéro de cette chronique livre son lot de contentieux intra-européens d'investissement. Dans un volume d'affaires toujours plus important, les tribunaux continuent de reconnaître leur compétence malgré les objections des défendeurs. La décision sur la compétence rendue par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Adamakopoulos* mérite pourtant d'être signalée. Elle est certes des plus classiques concernant le

traitement de l'objection relative à la dimension intra-européenne du contentieux présenté sur le fondement de traité bilatéraux d'investissement (Grèce – Chypre et Union belgo-luxembourgeoise – Chypre), mais particulièrement stimulante par ailleurs.

Les objections sont bien connues et s'appuient désormais constamment sur la décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en mars 2018 dans l'affaire *Slovaquie c. Achmea* (aff. C-284/16) et les déclarations adoptées par les Etats membres de l'Union les 15 et 16 janvier 2019 supposées tirer les conséquences juridiques de cet arrêt (notre commentaire, *Cahiers de l'arbitrage*, 2019, n° 4). Le tribunal rappelle que les conditions entourant sa compétence découlent de la combinaison des TBI pertinents et de la Convention de Washington établissant le CIRDI (§ 157) et non du droit de l'Union européenne (UE). Le fait de considérer ce droit régional comme du droit international applicable au différend ne saurait anéantir les effets des TBI et de la Convention de Washington. Le tribunal admet que l'affirmation d'une prévalence du droit de l'UE sur les engagements internationaux des Etats membres puisse être un principe valable dans l'ordre juridique européen et devant la CJUE (§ 162), mais il s'agit pour lui de se prononcer ici au regard du droit international des traités, comme tant de tribunaux arbitraux d'investissement ont pu le faire avant lui. Mobilisant les articles 30 et 59 de la Convention de Vienne de 1969, le tribunal conclut que les traités européens n'avaient pour effet de priver de validité les TBI valablement entrés en vigueur antérieurement (§ 187). Le fait qu'un investisseur obtenant gain de cause devant un tribunal d'investissement dans un différend intra-européen puisse rencontrer des difficultés d'exécution ne peut être sous-estimé mais le tribunal souligne que l'exécution des sentences CIRDI n'est pas limitée aux juridictions de l'Etat défendeur ou des Etats membres de l'Union. L'argument du défaut d'exécution de la sentence n'est donc pas recevable (§ 181).

Tout cela est classique et sur la dimension intra-européenne du différend, c'est sans doute l'opinion dissidente de Marcelo Kohen (arbitre nommé par le défendeur) qui retiendra particulièrement l'attention. Celui-ci considère en effet, à rebours d'un flot jurisprudentiel important, que la dimension intra-européenne du différend prive d'efficacité la clause d'arbitrage figurant dans les deux TBI pertinents. Il souligne qu'il ne s'agit pas de se demander si l'arrêt *Achmea* lie le tribunal arbitral mais simplement, en application du droit des traités de s'interroger sur le conflit d'obligations né de la confrontation des TBI au droit de l'UE avec l'entrée de Chypre dans cette organisation régionale. Il ne s'agit pas non plus de considérer que l'article 59 de la Convention de Vienne (*Extinction d'un traité ou suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur*) remet en cause l'efficacité de la clause d'arbitrage (op. diss. de l'arbitre Kohen, § 10). Il voit en revanche, dans l'article 30 de la Convention de Vienne (*Traités successifs portant sur la même matière*), la possibilité de priver d'effets les TBI intra-européens. Le point essentiel consiste à affirmer que les TBI en question et les traités européens portent sur la même matière (op. diss. de l'arbitre Kohen, §§ 23-39). Il ajoute que la déclaration du 15 janvier 2019 (adoptée notamment par Chypre, la Grèce, la Belgique et le Luxembourg) constitue une interprétation authentique des TBI intra-européens et donc qu'il n'est pas possible de considérer que les clauses d'arbitrage insérées dans ces traités produisent des effets juridiques alors que les Etats parties ont fait une déclaration contraire (op. diss. de l'arbitre Kohen, § 57). Bien que l'on ne partage pas l'analyse, celle-ci a le mérite de renouveler le débat, et

d'éviter l'opposition assez stérile entre raisonnement fondé sur le droit international et raisonnement fondé sur le droit de l'UE (même si celui-ci n'est pas absent de l'opinion rédigée par l'arbitre dissident).

Au-delà de sa dimension intra-européenne, cette affaire est remarquable du fait du nombre des demandeurs (près de 1000) contestant les effets des mesures prises par les autorités chypriotes envers les détenteurs disposant de dépôts supérieurs à 100.000 euros dans certaines banques chypriotes. Cela conduit à qualifier la demande de « *mass claim* ». Le tribunal reconnaît que la formule est discutée et que certains préfèrent parler d'arbitrage multipartite, mais il retient qu'il convient d'utiliser la formule « *mass claim* » dans un sens non technique, pour rendre compte d'un différend réunissant un grand nombre de demandeurs (§ 190). Il nous semble que la formule crée malgré tout une confusion avec les formes de *class action* (ou *class arbitration*) et devrait être écartée. On se souvient que dans trois affaires spectaculaires opposant des détenteurs italiens de bons du Trésor argentin à cet Etat, la question de la possibilité pour un tribunal d'accepter d'entendre un grand nombre de demandeurs et d'adapter les règles de procédure avaient pu se poser (voir notre étude, « L'arbitrage multipartite devant les tribunaux CIRDI », *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, n° 4, pp. 951-965). Le tribunal *Adamakopoulos* retient une conception plus souple que les tribunaux confrontés aux différends entre détenteurs italiens de bons du Trésor et l'Argentine. Ces derniers avaient considéré que l'arbitrage multipartite était possible à la condition que l'instance regroupe des demandeurs initiant une action sur le fondement du même TBI, défendant la même cause et réunis par des éléments factuels communs. Or, le tribunal *Adamakopoulos* retient qu'il est suffisant que les différends entre les demandeurs et le défendeur soient substantiellement semblables pour qu'un arbitrage multipartite puisse valablement être initié, même si c'est sur le fondement de plusieurs TBI (§ 218). Le tribunal retient ainsi sa compétence. Mais la question centrale reste de savoir si une telle procédure peut être gérée en application des règles et procédures du CIRDI. Le tribunal souligne que l'article 44 de la Convention de Washington lui permet certes de décider sur les questions de procédure que ne règlent ni la convention ni le règlement d'arbitrage, mais ne lui donne pas mandat pour inventer son propre cadre procédural (§ 245). En étudiant les diverses difficultés procédurales qui pourraient survenir du fait du grand nombre de demandeurs (collecte de documents, durée des audiences, quantification de la réparation, etc.), le tribunal conclut que la possibilité d'identifier quatre groupes de demandeurs (les déposants dans chacune des deux banques, les titulaires de titres dans chacune des deux banques) permet de réduire sensiblement les difficultés et donc d'écarter l'exception d'irrecevabilité soulevée sur ce point par le défendeur (§ 259).

Le tribunal s'interroge également sur la qualification d'investissement des dépôts bancaires et de la possession de titres. On sait la question controversée, spécialement depuis les procédures *Abaclat c. Argentine* (ARB/07/5) et *Postova Banka & Istrokapital c. Grèce* (ARB/13/8). Minimisant le recours au « test Salini », qu'il qualifie de formulation jurisprudentielle et doctrinale (§ 294), le tribunal décide de retenir la qualification d'investissement pour les avoirs visés par les mesures objets du différend, conduisant une analyse particulièrement intéressante pour les titres attachés à des contrats d'assurance-vie.

Le tribunal se déclare compétent (à l'exception de quelques demandes) et déclare la requête recevable mais il ne fait guère de doute, si elle se poursuit, que la procédure saura de nouveau susciter l'intérêt des observateurs.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 20 février 2020, *Staur Eiendom AS, Ebo invest & Rox Holding AS c. Lettonie*, ARB/16/38

(E. Schwartz, président ; K. Hobér, T. Landau, arbitres)

Attribution – attentes légitimes – déni de justice

Des investisseurs norvégiens ont conclu un contrat de bail de 25 ans portant sur des terrains jouxtant l'aéroport de Riga sur lesquels ils devaient construire des immeubles. Ils dénoncent devant un tribunal du CIRDI de constants changements de la stratégie relative au développement de l'aéroport qui ont abouti en 2015 à une annulation du contrat de bail par le bailleur (la société SJSC qui exploite l'aéroport).

Le défendeur estime que la requête, à l'exception de l'invocation d'un déni de justice, ne relève pas de la compétence du tribunal dans la mesure où elle serait une *contract claim* et non une *treaty claim*. Savoir si une telle objection relève de l'appréciation de la compétence du tribunal ou du fond du différend est une question controversée. Le tribunal retient une position de compromis en affirmant que l'examen de sa compétence doit porter sur la requête telle qu'elle est présentée par le demandeur, il ne lui appartiendrait donc pas de vérifier la pertinence de la qualification de *treaty claim* au stade des exceptions préliminaires, mais il ajoute qu'il peut en aller ainsi lorsque ce qui est présenté comme une *treaty claim* dépasse manifestement les limites de la compétence du tribunal (§ 303). Ce n'est pas le cas en l'espèce, le tribunal peut retenir sa compétence.

Quant au fond, les demandeurs estiment avoir été victimes d'une atteinte au traitement juste et équitable ainsi que d'une expropriation irrégulière et d'un non-respect de la clause parapluie en violation du TBI Royaume-Uni – Lettonie de 1992. Mais il s'agit avant tout de déterminer si les agissements de l'aéroport de Riga sont attribuables à l'Etat letton. Fort classiquement, le tribunal se fonde sur le texte de la codification de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001). Il est établi que la société qui gère l'aéroport de Riga n'est pas *de jure* un organe de l'Etat, mais on le sait, la théorie de l'organe *de facto* peut remettre en cause un tel constat. Le tribunal souligne que la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Bosnie c. Serbie* n'est pas pertinente dans la mesure où l'on ne saurait comparer un groupe paramilitaire à une société ayant notamment pour mission de louer des terrains rattachés à un aéroport (§ 317). Dans le premier cas, les activités menées seraient assimilables à des activités étatiques par nature, tandis que dans le second, il ne s'agirait que d'activités de nature privée. Dans le contexte de l'affaire, la société gérant l'aéroport a une personnalité juridique distincte, un budget et une structure de gouvernance propres et surtout rien ne démontre un contrôle direct de l'Etat sur celle-ci suffisant pour la qualifier d'organe de fait (§ 336). Cela n'épuise évidemment pas les possibilités d'attribution à l'Etat des agissements de la société. Le tribunal s'interroge sur l'exercice par celle-ci de prérogatives de puissance publique (art. 5 de la codification

de 2001). Le tribunal souligne qu'il n'est pas établi que la société se voit conférer de telles prérogatives de puissance publique et quand bien même ce serait le cas, il apparaît que les mesures ayant généré le différend soumis à l'arbitrage ne sauraient recevoir une telle qualification (§ 343) dans la mesure notamment où les terrains dont la location est l'objet du différend ne relèvent pas de l'aéroport au sens strict (qui est un objet d'intérêt national) mais d'activités privées associées à l'aéroport (hôtellerie, parkings, centre d'affaires) (§ 350).

L'allégation de violation du traitement juste et équitable porte sur un défaut de transparence et de stabilité de l'environnement juridique, la frustration des attentes légitimes, un déni du *due process* administratif et judiciaire. Le tribunal considère que ces éléments peuvent être examinés sous l'angle des attentes légitimes des investisseurs (§ 418). Il ne s'agit pas de s'interroger sur le respect vis-à-vis des investisseurs norvégiens des termes du contrat conclu avec la société administrant l'aéroport de Riga, mais ces éléments doivent être pris en compte pour identifier les attentes légitimes de l'investisseur (§ 423). Or, le fait que les investisseurs aient accepté de conclure un nouvel accord en 2010, revenant sur les termes d'un précédent accord conclu en 2006 les empêche de se fonder sur les attentes qui auraient pu légitimement naître de l'accord le plus ancien (§ 441). Les attentes légitimes ne sont ainsi pas statiques ou figées, elles varient au gré des évolutions de l'ordonnement juridique. Mais il apparaît, ce que le tribunal ne fait pas, si l'on devait considérer que les investisseurs avaient des attentes légitimes, leur frustration résulterait d'actes qui ne sont pas attribuables à l'Etat mais uniquement le fait de la société privée administrant l'aéroport. Ce défaut d'attribution des actes à l'Etat a également pour effet de priver d'efficacité la plainte des demandeurs pour expropriation (§ 506).

Quant à la plainte pour déni de justice qui est double, les demandeurs invoquent une violation du *due process* administratif d'une part, judiciaire d'autre part. Il est intéressant de souligner ici le spectre large que le tribunal reconnaît au déni de justice en considérant qu'il recouvre également des aspects administratifs non-contentieux qui pourraient relever d'autres manifestations du traitement juste et équitable. Mais, les faits reprochés n'étant pas établis, ou pas attribuables à l'Etat letton, l'étude du tribunal reste assez brève sur ce point (§ 478). Au sujet des allégations de déni de justice au sens strict, le tribunal souligne que les demandeurs ont omis de saisir la cour suprême lettone contre l'arrêt rendu en appel par la Cour de Kurzeme au motif que l'exercice d'un tel recours serait futile. Or, le tribunal considère qu'il n'est pas possible de conclure à un déni de justice en l'absence non justifiée d'exercice de voies de droit ouvertes aux demandeurs (§ 481). Afin de renforcer la légitimité de sa conclusion, le tribunal ajoute qu'en tout état de cause, les allégations présentées par les demandeurs apparaissent ne pas satisfaire les conditions très exigeantes pour recevoir la qualification de déni de justice (§ 482).

Cet échec total des demandeurs n'est pas sans conséquence. Chose rare, le tribunal décide qu'ils devront rembourser au défendeur l'intégralité des avances faites au CIRDI ainsi que 90 % de leurs frais de défense.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 5 mars 2020, *Raymond Charles Eyre et Montrose Developments (Private) Limited c. Sri Lanka*, ARB/16/25

(L. Reed, présidente ; J.D.M. Lew, B. Stern, arbitres)

Nationalité – investissement

Une personne physique britannique et une société sri lankaise saisissent le CIRDI contre le Sri Lanka au sujet de l'expropriation de terres dont ils seraient propriétaires dans ce pays. Le défendeur soulève un nombre important d'exceptions préliminaires visant à conduire le tribunal à décliner sa compétence *ratione personae* et *ratione materiae* tout en soulignant que la distinction entre les deux dimensions de la compétence n'est pas toujours clairement présentée par le défendeur (§ 249). Nous pouvons évoquer ici les exceptions d'incompétence les plus significatives.

Le défendeur conteste la compétence du tribunal pour entendre la requête de la société Montrose dans la mesure où celle-ci est sri lankaise et que le CIRDI ne saurait régler des différends purement internes. Mais on le sait, l'article 25.2.b de la Convention de Washington dispose que « “Ressortissant d'un autre Etat contractant” signifie : (...) (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». C'est sur ce dernier point que le débat peut s'engager dans la mesure où la société sri lankaise Montrose est intégralement détenue par la société singapourienne Montrose, elle-même détenue à 99% par M. Eyre, de nationalité britannique. Or, l'article 8.2 du TBI Royaume-Uni – Sri Lanka dispose très explicitement que « *[a] company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which before such dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25(2)(b) of the ICSID Convention be treated for such purposes of the Convention as a company of the other Contracting Party* ». Mais cette disposition ne lève pas toutes les difficultés dans la mesure où M. Eyre ne détient pas directement la société sri lankaise, mais uniquement par l'intermédiaire d'une autre société immatriculée à Singapour. Le tribunal considère que malgré cet intermédiaire, M. Eyre contrôle la société sri lankaise, dès lors, les conditions de l'article 25.2.b de la Convention de Washington sont remplies et il est possible, dans le cadre de cette procédure arbitrale, de considérer Montrose Development comme une société britannique (§ 268).

Quant à la compétence *ratione materiae*, la question apparaît plus délicate. Il s'agit de déterminer si chacun des deux demandeurs détient un investissement protégé au Sri Lanka. Le tribunal souligne que les documents présentés sont incomplets, peu précis et traduisent une certaine négligence de la part des demandeurs. Il apparaît que Montrose n'a versé aucun fonds ou contribution pour l'acquisition du terrain objet du différend et qu'un versement est tout aussi douteux de la part de M. Eyre (§ 300). La demande portait non seulement sur le terrain, mais aussi sur l'impossibilité de mener à terme un projet hôtelier sur celui-ci. Le tribunal souligne tout d'abord qu'il n'est pas nécessaire de régler

le débat relatif à l'application *per se* du « test Salini » dans la mesure où de nombreux tribunaux arbitraux ont pu considérer que la notion d'investissement avait un sens objectif impliquant au moins une contribution, une durée et un risque économique (§ 293). Or, à la date de l'acquisition du terrain par l'Etat, le projet d'hôtel était encore très théorique et les opérations menées par M. Eyre (études de faisabilité, expertise relative à la stratégie de développement, etc.) ne peuvent être, au mieux, vues que comme des opérations de préinvestissement (§ 302) (sur la notion voir, T. CIRDI, 3 mai 2018, *ACP Axos GmbH c. Kosovo*, ARB/15/22 ; cette Chronique, *Revue*, 2018-3, p. 747, nos obs.). Le tribunal ne peut dès lors que décliner sa compétence pour défaut d'investissement protégé.

JULIEN CAZALA

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 5 mars 2020, *M. Ioan Micula, Mr Viorel Micula, S.C. Scandic Distilleries S.A. et autres c. Roumanie*, ARB/14/29

(D. McRae, président ; J. Beechey, J. Crook, arbitres)

Contentieux intra-européen – application temporelle d'un TBI – attentes légitimes

Deux frères de nationalité suédoise et dix sociétés incorporées en Roumanie (étant contrôlées par des ressortissants étrangers, celles-ci sont, dans le cadre de la procédure, considérées étrangères), opérant dans le secteur des boissons alcoolisées et non alcoolisées, contestent devant un tribunal arbitral CIRDI une série de mesures prises par les autorités de Bucarest en prétendue violation du TBI Suède – Roumanie de 2002.

Le défendeur soulève plusieurs exceptions préliminaires. Il s'agit tout d'abord de la désormais traditionnelle exception d'incompétence relative à la nature intra-européenne du différend. Le raisonnement tenu par le tribunal sur ce point ne s'écarte pas de la position déjà exprimé par nombre de tribunaux d'investissement depuis l'adoption par la CJUE de l'arrêt *Achmea* par lequel le tribunal n'est pas lié (pas plus que par les déclarations des Etats membres adoptées en janvier 2019 visant à tirer les conséquences juridiques de cet arrêt). Classiquement, le tribunal arbitral conclut que l'application des règles codifiées aux articles 30 et 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne conduit pas à priver d'effet le TBI sur le fondement duquel l'arbitrage a été initié (§ 289).

Le défendeur soutient également que le tribunal ne peut être compétent pour examiner la requête concernant la réglementation roumaine relative à la production d'eau minérale dans la mesure où la modification contestée du régime applicable date du 25 février 2002 tandis que le TBI Suède – Roumanie, sur le fondement duquel est initiée la procédure, n'est entré en vigueur que le 1^{er} avril 2003 et dispose qui ne s'applique pas aux différends nés avant cette date (art. 9.1). Le fait que le régime ait été de nouveau révisé à plusieurs reprises après cette date, accroissant prétendument le préjudice subi par l'investisseur, ne constitue pas un nouveau différend sur lequel le tribunal pourrait exercer sa juridiction (§ 299). Si la conclusion à laquelle parvient le tribunal nous semble convaincante, celle-ci est plus le produit d'une affirmation que d'une démonstration qui aurait pu utilement mobiliser les notions de faits continus, composites ou complexes.

Compétent pour examiner les mesures appliquées aux boissons alcoolisées, le tribunal est invité par les demandeurs à constater une frustration de leurs attentes légitimes du fait de la hausse des taxes sur les alcools, couplée aux défaillances de l'Etat

pour endiguer le développement des producteurs irréguliers d'alcool échappant, de fait, à toute fiscalité. Le tribunal considère qu'une « *expectation that a state will enforce its laws is of a high degree of generality, even if it were restricted to an expectation that a state would enforce its tax laws or taxation relating to alcohol* » (§ 364). On sait que le défaut de mise en œuvre d'une législation peut constituer une frustration des attentes légitimes de l'investisseur si l'on constate une remise en cause pure simple de la loi (T. ad hoc (ALENA / CNUDCI), 15 novembre 2004, *GAMI investment Inc. c. Mexique*, sentence finale, § 103), ce qui n'est pas le cas dans le contexte de l'affaire *Micula* (§ 371). Il est significatif que les attentes des demandeurs ne visaient pas le bénéfice des dispositions législatives de l'Etat d'accueil mais leur pleine et effective application à des tiers, concurrents de l'investisseur. En outre l'affirmation selon laquelle les demandeurs auraient subi une discrimination en étant soumis aux taxes auxquelles auraient échappé d'autres producteurs (non-identifiés) d'alcool est trop générale pour constituer une violation du TBI (§ 413).

Il s'agissait enfin pour les demandeurs de se plaindre d'une violation à leur égard de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité pourtant absente du TBI Suède – Roumanie. Le tribunal reconnaît, et cela ne faisait guère de doute, qu'un tel standard peut être appliqué aux investisseurs suédois par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée dès lors que la Roumanie reconnaît un tel standard dans divers TBI conclus avec des tiers (notamment avec l'Albanie ou avec l'Iran) (§ 446). Mais, et sans qu'il soit nécessaire de mener une longue investigation, il n'apparaît pas que la Roumanie ait manqué à son obligation de pleine et entière protection et sécurité vis-à-vis des demandeurs (§ 447).

Le tribunal n'ayant constaté aucune violation du TBI décide de mettre à la charge du demandeur 75% du coût de la procédure et de la défense du défendeur.

JULIEN CAZALA

III. CONTENTIEUX NON-ETATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense' du 19 février 2020 (Appeals Chamber), *Situation in the Republic of Mali in the case of the Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud* (ICC-01/12-01/18 OA).

Procédure – recevabilité – critères – gravité suffisante de l'affaire – Mali

Par cette décision du 19 février 2020, la Chambre d'appel de la CPI rejette l'appel formé par M. Al Hassan contre une décision rendue par la Chambre préliminaire I le 27 septembre 2019. Cette dernière avait estimé que l'affaire concernant l'ancien commissaire islamique de Tombouctou – durant l'occupation de la ville en 2012 et 2013 par les groupes djihadistes Al Qaïda au Maghreb Islamique (AQMI) et Ansar Eddine – était suffisamment grave pour être recevable devant la Cour (CPI (Chambre préliminaire I), Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de

l'affaire soulevée par la défense du 27 septembre 2019, *Situation en République du Mali – Affaire le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud* (ICC-01/12-01/18)).

Rappelant l'article 17-1-d du Statut de Rome (qui prévoit l'insuffisante gravité de l'affaire parmi les critères d'irrecevabilité sans pour autant la définir) et livrant son interprétation de cette exigence de gravité (§§ 52-60), la Chambre d'appel indique que l'analyse et l'évaluation de ce critère doivent être menées au cas par cas (§ 53) et de façon globale ou holistique, sur la base de différents éléments quantitatifs et qualitatifs (§§ 89, 92-94 et 103), conformément à une jurisprudence fournie de la Cour (voir §§ 89-94 ; voir également la Décision attaquée (et précédemment citée), §§ 47-48).

A ce titre, la Chambre d'appel relativise l'importance de deux critères, à commencer par celui du nombre de victimes (§§ 92 et 102) qui, comme d'autres critères quantitatifs, est pertinent sans être forcément déterminant pour apprécier la gravité suffisante d'une affaire (§§ 92, 94 et 97). La Chambre d'appel fait ensuite de même en ce qui concerne le critère du rôle et de la participation de l'accusé aux crimes commis. Cet élément, certes important, n'est pas, lui non plus, déterminant ici. D'ailleurs, si la Chambre d'appel commence par réfuter les allégations de M. Al Hassan qui présentait sa contribution aux crimes poursuivis comme étant minime (§§ 106 et 112) en reprenant à son compte la décision de confirmation des charges le concernant (CPI (Chambre préliminaire I), Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud du 30 septembre 2019, *Situation en République du Mali – Affaire le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud* (ICC-01/12-01/18), § 849), les juges d'appel écartent cette dernière décision au motif que celle-ci est intervenue postérieurement à l'appel formé par l'accusé (§ 114). La Chambre appuie également sa position sur l'existence de différents modes de participation à l'infraction prévus par le Statut de Rome (art. 25) et qui ne reposent pas tous sur une participation essentielle à l'infraction sans pour autant ôter toute gravité aux affaires basées sur ces modes de participations (§ 115).

Si ces deux éléments ne sont pas, à eux seuls, déterminants dans l'appréciation de la gravité d'une affaire, d'autres critères peuvent s'avérer ici tout aussi pertinents. Et la Chambre d'appel de citer ainsi, par exemple, certains des facteurs utilisés pour déterminer la peine d'une personne condamnée (§ 93) – comme « (...) *the nature, scale and manner of commission of the alleged crimes, including the human rights violated as a result, their impact on victims, the role and degree of participation of the accused, and whether the acts were committed on the basis of discriminatory motives* » (§ 92) –, autant de facteurs que la Chambre préliminaire avait retenus (à raison donc) dans sa décision attaquée (§ 102). C'est donc logiquement que la Chambre d'appel rejette les arguments de la Défense et valide ainsi la décision de la Chambre préliminaire.

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Chambre d'appel, *Judgement on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic republic of Afghanistan*, 5 mars 2020, ICC-02/17 OA4

Proprio motu – enquête – indépendance du Procureur – contrôle de la chambre préliminaire – Afghanistan

La saisine de la Cour pénale internationale (CPI) relative à la situation en Afghanistan a donné l'opportunité à la Chambre d'appel de redessiner les contours de l'indépendance fonctionnelle du Procureur, principal point d'achoppement lors des négociations du Statut de Rome. La décision du 5 mars 2020 de la Chambre d'appel, prise à l'unanimité, a ainsi contribué à clarifier la relation entre le Procureur et la Chambre préliminaire à l'occasion d'une saisine *proprio motu*, autrement dit d'un déclenchement de l'action publique internationale par le Procureur. De manière inattendue, mais finalement peu surprenante, la Chambre d'appel a sensiblement limité les pouvoirs de contrôle de la Chambre préliminaire, à l'occasion du rejet de la requête du Procureur d'autorisation à enquêter déposée le 20 novembre 2017.

L'objet de cette demande concernait les crimes prétendument commis en Afghanistan depuis le 1^{er} mai 2003 et les crimes connexes réalisés sur le territoire d'autres Etats parties depuis le 1^{er} juillet 2002, par les talibans, les forces de sécurités nationales afghanes, les forces armées des Etats-Unis ainsi que la CIA (§ 4). Le 12 avril 2019, la Chambre préliminaire II a décidé de rejeter la requête du Procureur. Selon elle, une enquête sur cette situation ne servirait pas les intérêts de justice, malgré le constat de la compétence *prima facie* de la CPI et de la recevabilité de la situation (§ 5). Le Procureur a interjeté appel de cette décision, considérant, d'une part, que la Chambre préliminaire avait commis une erreur de droit en renversant la présomption de l'article 53(1)(c) selon laquelle l'autorisation d'enquête serait la règle et le refus, l'exception, lorsqu'elle n'est pas dans les intérêts de la justice. D'autre part, elle aurait abusé de son pouvoir discrétionnaire dans leur évaluation (§ 6). Au soutien de cet appel, sont intervenues plusieurs victimes et organisations de la société civile (§§ 11, 18), huit *amici curiae* (§§ 15-16), ainsi que le gouvernement afghan (§ 17). A cette occasion, trois éléments majeurs ont été examinés par la Chambre d'appel : l'étendue du contrôle de la Chambre préliminaire dans le cadre de la saisine du Procureur, la portée de l'autorisation d'enquête délivrée par la Chambre préliminaire et enfin la portée de son propre pouvoir d'amendement de la décision attaquée.

La Chambre d'appel a tout d'abord établi la portée du contrôle de la Chambre préliminaire de l'article 15 (4) du Statut de Rome. Selon elle, cet article relatif à la procédure d'autorisation à enquêter dans le cadre d'une saisine *proprio motu*, ne prévoit pas la prise en compte des critères de l'article 53 (1) du Statut dans l'application de l'article 15 (§ 1). Dès lors, les intérêts de justice ne s'appliqueraient pas dans le cadre d'une saisine *proprio motu*.

L'article 15 soumet l'exercice du pouvoir d'enquête du Procureur à l'obtention d'une autorisation délivrée par la Chambre préliminaire. Pour son octroi, l'article 15 (4) liste deux critères cumulatifs : l'existence d'une base raisonnable, exigence commune aux articles 15 (3) et 15 (4), et la compétence *prima facie* de la Cour sur les crimes visés. Le seuil d'autorisation à enquêter de l'article 15 (4) est donc moins élevé que celui de

l'article 53 (1). En effet, ce dernier ne compte pas moins de trois critères, dont le fait qu'« une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ». Or, dans sa décision de rejet, la Chambre préliminaire a estimé qu'elle devait également prendre en compte les critères énoncés aux alinéas (a) à (c) de l'article 53, sur la base exclusive des informations transmises par le Procureur. Cette position est contestée par le Procureur pour qui le rôle de la Chambre préliminaire consiste à examiner le bien-fondé de son évaluation des seuls critères de l'article 15 (4) (§ 21). Cette conception de la portée du contrôle de la Chambre préliminaire est partagée par l'ensemble des observateurs pour qui les intérêts de la justice n'auraient pas dû être pris en compte dans le contrôle de la Chambre préliminaire (§ 22). Néanmoins, dans son appel, le Procureur a adopté une position plus nuancée afin de ne pas brusquer la Cour, qui contrôlait l'application des critères de l'article 53 (1) dans le cadre de l'article 15 (4) pour la première fois (§ 25). Ainsi, l'appel interjeté par le Procureur n'avait pas pour objectif de rechercher une mise à l'écart définitive des critères de l'article 53 (1), mais une limitation de leur application dans le cas d'espèce (§ 23). Cette précaution était nécessaire pour deux raisons. D'une part, la jurisprudence constante des chambres préliminaires assimilait jusqu'ici les deux articles (§ 24). D'autre part, la Cour n'a pas totalement écarté les critères de l'article 53 (1) dans le cadre de l'article. Elle les a simplement réduits à un rôle accessoire.

Toutefois, lorsque le Procureur y a recours, les critères de l'article 53(1) deviennent un instrument de limitation du pouvoir discrétionnaire du Procureur, mais également de celui de la Chambre préliminaire. En vertu de l'alinéa 1 de l'article 15, le Procureur est chargé de déterminer l'existence d'une base raisonnable d'enquête, seule hypothèse prévue pour laquelle le Procureur a l'obligation d'une demande d'autorisation à enquêter. Or, la Chambre d'appel restreint le contrôle que constitue cette demande aux cas d'absence de prise en compte des critères de l'article 53 (1) dans l'évaluation de la base raisonnable par Procureur (§ 32). En effet, selon elle, les rédacteurs du Statut de Rome ont rejeté le contrôle judiciaire des décisions du Procureur de ne pas enquêter, objet de l'article 53 (1), après une saisine *proprio motu*. En effet, dans ce cas, une saisine des Etats et du Conseil de sécurité constituerait une alternative acceptable (§ 31). Par conséquent, le contrôle de l'évaluation du Procureur doit être limitativement entendue. La Chambre d'appel confirme cette analyse en faisant appel à l'intention des rédacteurs du Statut (§ 34).

Ainsi, par cette décision, la Chambre d'appel a mis un terme à une confusion entre les différentes saisines de la Cour prévues à l'article 13 du Statut. Pour ce faire, la Chambre d'appel a rappelé la distinction fondamentale entre l'article 15, relatif au pouvoir *proprio motu* du Procureur et l'article 53 (1) relatif aux enquêtes consécutives aux saisines des Etats parties et du Conseil de sécurité (§§ 28, 33). Toutefois, le raisonnement de la Chambre présente certaines zones d'ombre auxquelles elle n'apporte pas d'explication. Il était en effet malaisé de comparer les articles 53 (1) et 15 (4) pour établir la nature du contrôle réalisé par la Chambre préliminaire dans le cadre de la saisine du Procureur : l'un concerne les pouvoirs du Procureur dans la détermination de la base raisonnable pour enquêter et de la compétence *prima facie* de la Cour tandis que l'autre dispose des modalités de contrôle de la Chambre préliminaire. Il aurait donc été plus pertinent de comparer les articles 15 (3) et 53 (1), qui possèdent un objet similaire. Pourtant, la Chambre persiste dans l'analogie réalisée par la Chambre préliminaire dans sa décision relative à la situation au Kenya (CPI, Chambre préliminaire II, *Situation en*

République du Kenya, 31 mars 2010, ICC -01/09, § 24) en établissant que l'application de l'ensemble des critères de l'article 53 (1) dans son contrôle de l'article 15 induirait une évaluation de l'admissibilité d'un éventuel cas sous l'article 53 (1)(b) (§ 40). Le contrôle dépasserait donc le cadre de l'article 15 (3) puisqu'il exigerait une évaluation par le Procureur de la recevabilité de la situation, impossible à ce stade.

Elle poursuit cette distinction dans le cadre du critère de la base raisonnable, présent dans les deux articles. Ici, la Chambre fait montre d'une approche plus compréhensible en comparant, dans un premier temps les articles 15 (3) et 15 (4). Elle constate que la règle 48 du Règlement de procédure et de preuve exige que le Procureur se fonde sur les critères de l'article 53 (1) dans son évaluation d'une base raisonnable uniquement dans le cadre de l'article 15 (3). Autrement dit, les rédacteurs du Statut n'ont pas étendu le contrôle de la Chambre préliminaire à l'utilisation de ces critères par le Procureur. Elle relève, en outre, que la Chambre préliminaire, dans une décision précédente, a estimé que l'assimilation des deux paragraphes de l'article conduirait à minimiser la différence essentielle entre les standards applicables à l'évaluation et l'objet de l'évaluation (§ 36). Ainsi, l'harmonisation des critères d'évaluation de la base raisonnable entre les articles 15 (3) et 15 (4) n'entraîne pas l'harmonisation de l'objet de la décision du Procureur dans le cadre des articles 15(3) et 53(1) et l'évaluation de la chambre préliminaire de l'article 15(4) (§ 36). Autrement dit, si le Procureur est amené à prendre en compte les critères de l'article 53(1), la Chambre préliminaire n'a pas à en vérifier la bonne utilisation. Certes, il était tentant de faire appel au principe de l'interprétation évolutive, comme s'y est essayée la juge Ibáñez Carranzato dans son opinion séparée (*Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranzato the Judgment* (§ 7-iv), compte tenu de la jurisprudence antérieure des Chambres préliminaires. Cependant, la CPI est institutionnellement fondée sur la *rule of law* et ses corollaires. Par conséquent, le recours à l'interprétation évolutive aurait eu pour résultat de déséquilibrer le fragile équilibre entre système accusatoire et inquisitoire qui caractérise cette Cour.

Par conséquent, la Chambre d'appel estime que la Chambre préliminaire a commis une erreur de droit en se considérant liée par les critères de l'article 53 (1) lorsque la demande d'enquête est réalisée dans le cadre de 15 (4) (§§ 25, 45). *In extenso*, la chambre préliminaire a commis une erreur de droit en décidant qu'une enquête en Afghanistan ne servirait pas les intérêts de la justice (§ 46) puisque l'article 15 n'en fait pas mention (§ 34). Cette conclusion serait confirmée par le caractère général des informations visées par la règle 49-1 du Règlement de procédure et de preuve que le Procureur doit inclure dans sa requête en autorisation d'ouverture d'enquête (§§ 38-39). La précision est en effet une obligation de moyens selon les règles 49 (2) et 49 (3) du Règlement de procédure et de preuve. Par conséquent, le pouvoir de la Chambre préliminaire, sous l'empire de l'article 15 (4), est limité à vérifier l'existence d'une base raisonnable factuelle d'enquête et la compétence *prima facie* de la Cour (§ 39). C'est la raison pour laquelle elle n'a pas défini les intérêts de la justice, bien qu'elle en ait soulevé l'importance (§ 48). Elle s'est en effet contentée de relever l'inclusion par la Chambre préliminaire, dans les intérêts de justice, de la susceptibilité que l'enquête soit faisable et pertinente en de tels circonstances (§ 19) adoptant une vision intégrative. Elle a également constaté que la Chambre préliminaire n'a pas envisagé la gravité des crimes et les intérêts des victimes, pourtant prévus à l'article 53 (1), dans son évaluation. Dans

ces circonstances, elle ne peut être considérée comme ayant correctement évalué les intérêts de justice (§ 49). Ce faisant, elle a rappelé la Chambre préliminaire à son devoir de respecter la lettre du Statut avant d'intégrer de nouveaux critères.

La saisine du Procureur bénéficie donc d'un contrôle plus restreint que celle des autres titulaires du déclenchement de l'action publique internationale. Cette disparité serait, selon la juge Ibáñez Carranzato, incompatible avec la lutte contre l'impunité, objectif essentiel de la Cour (*Separate opinion* précitée, § 7-V). Dans ce but, une assimilation de ces trois titulaires du pouvoir de saisine de la Cour n'est pourtant pas nécessaire, comme en témoigne la disparité statutaire des Etats et des organisations internationales. Surtout, la reconnaissance par la Chambre d'appel de cette disparité est justifiée par le modèle statutaire du Procureur de la CPI. Le Procureur est un « *elected official* » impliqué dans l'administration de la justice. Bien qu'il soit soumis à la séparation des pouvoirs (*Separate opinion* précitée, § 7 -viii), le Procureur demeure une partie à la procédure qui doit demeurer indépendante dans ses stratégies, d'autant que le modèle statutaire du « Procureur de la Nation » auquel il est soumis suppose une indépendance étendue aux autres acteurs du procès pénal international. Dès lors, même si la Chambre préliminaire constitue un élément important de cette séparation, l'extension progressive de son pouvoir de contrôle menaçait l'équilibre subtil entre le pouvoir discrétionnaire du Procureur et le contrôle judiciaire de ce pouvoir par la Chambre (§ 26). Par conséquent, l'opinion séparée de la juge Ibáñez Carranzato révèle une incompréhension du modèle statutaire auquel le Procureur de la CPI est assujéti. Bien que le Procureur péruvien soit également doté du statut de Procureur de la Nation, il appartient à une sous-catégorie différente qui le soumet au contrôle du pouvoir judiciaire (Constitution péruvienne de 1993). Le Procureur de la CPI, en revanche, est élu par l'Assemblée des Etats parties qui opère un contrôle restreint sur le pouvoir discrétionnaire du Procureur. L'inquiétude de la juge quant à une absence de contrôle judiciaire des actes d'un procureur élu par l'organe politique de la Cour est donc compréhensible. La confirmation d'une telle indépendance fonctionnelle du Procureur ravive en effet les craintes d'un Procureur incontrôlable, apparues lors des négociations du Statut. Cependant, les Procureurs de cette juridiction n'ont jusqu'ici démontré aucune intention politique particulière ni aucune utilisation inappropriée de leur pouvoir de saisine. La Chambre d'appel n'avait donc pas à prendre en compte de telles considérations. Surtout, c'est *in fine* un simple contrôle de la légalité des actes du Procureur qui a été retenu en 1998. Dès lors, comme le souligne la juge, le pouvoir discrétionnaire du Procureur de la CPI n'est pas absolu, étant donné l'obligation de demande d'autorisation d'enquête (*Separate opinion* précitée, § 7-vi). Pour protéger l'indépendance fonctionnelle du Procureur (Article 42-1 du Statut), la Chambre d'appel a donc simplement veillé à maintenir la Chambre préliminaire dans son rôle de « chambre de l'instruction », au lieu de la laisser devenir une « chambre d'instruction ». Autrement dit, la Chambre préliminaire constitue un organe de contrôle de la légalité de l'enquête et non de direction de celle-ci.

Ce rappel à l'ordre à l'endroit de la Chambre préliminaire concerne également la portée de l'autorisation à enquêter qui, selon la Chambre d'appel, ne devrait pas être restreinte aux incidents mentionnés ou les incidents connexes (§ 2). Ainsi, elle s'écarte de la jurisprudence précédente de la Chambre préliminaire selon laquelle la Chambre préliminaire devait établir un cadre spatio-temporel dans son autorisation d'enquête

(*Situation en République du Kenya*, § 203). Pour s'affranchir de cette approche directive, la Chambre d'appel a été confrontée à la question du nexus entre le conflit armé non international et le crime de guerre. La Chambre préliminaire a estimé que les faits reprochés à des agents de la CIA tombaient en dehors du champ de compétence de la Cour du fait de leur commission sur des personnes capturées sur le territoire d'un Etat tiers. Elle a donc considéré que le nexus requis par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève était manquant, la lettre et l'esprit de cet article limitant son applicabilité au territoire sur lequel ont lieu les hostilités (§ 71). Pourtant, selon la Chambre d'appel, la phrase concernée dans l'article 3 n'emporte pas une telle interprétation (§§ 73-74). Ainsi, le fait que la capture de la victime invoquée par le Procureur ait eu lieu sur un territoire tiers ne la dissocie pas du contexte de conflit armé en Afghanistan (§ 76). Par conséquent, la limitation du champ d'enquête n'est pas justifiée (§ 77). En outre, afin de remplir son devoir d'établir la vérité selon l'article 54 (1), le Procureur doit pouvoir mener une enquête sur la situation dans son ensemble (§ 60). Or, à ce stade de la procédure, il n'est pas en mesure d'identifier de manière exhaustive ou détaillée chaque incident, crime ou auteur et encore moins les crimes réalisés après sa requête (§ 59). Dès lors, limiter son champ d'enquête aux informations obtenues lors des premières constatations l'empêcherait d'accomplir sa mission de la manifestation de la vérité, d'autant que cette restriction n'est pas nécessaire pour empêcher une enquête frivole ou motivée politiquement (§ 61). Par conséquent, pour la Chambre d'appel, le champ d'application de l'autorisation ne devrait pas se limiter aux incidents signalés dans la requête (§ 61). Surtout, l'alternative proposée par la Chambre préliminaire, à savoir la répétition de la demande d'autorisation pour chaque événement non autorisé par la demande initiale, est inenvisageable dans la pratique d'une enquête de grande ampleur. Cette solution induirait un contrôle continu de la Chambre préliminaire, contraire aux schémas statutaire et fonctionnel de ces deux organes (§ 63) et compromettrait indubitablement l'enquête du Procureur (§ 63).

La Chambre d'appel conclut son entreprise de limitation du contrôle de la Chambre préliminaire en modifiant elle-même la décision afin de réparer l'erreur de droit commise. Selon la règle 158(1) du Règlement de procédure et de preuve, la Chambre d'appel, saisie d'un appel réalisé en vertu de l'article 82 (1)(d) du Statut, peut avoir recours à trois modes de réparation de l'erreur réalisée par la Chambre préliminaire. Elle peut opter pour la confirmation de la décision, son annulation et son renvoi devant une autre chambre préliminaire ou sa modification (§ 52). Dans sa détermination de la solution adéquate, elle part du constat selon lequel l'application des critères de l'article 53 (1) par la Chambre préliminaire relève d'une erreur matérielle que la Chambre d'Appel est en mesure de corriger elle-même (§ 51). Dès lors, l'existence de la base raisonnable et de la compétence de la Cour n'ayant pas été contestée en appel, la Chambre préliminaire chargée de revoir la décision n'aurait d'autre choix que d'autoriser l'enquête (§ 53). Dans ces circonstances et dans l'intérêt de l'économie procédurale, la Chambre d'appel a estimé que la modification directe de la décision était la solution la plus appropriée (§ 54). Elle a donc autorisé le Procureur à commencer une enquête depuis le 1^{er} mai 2003 en Afghanistan concernant les crimes allégués. Il peut, en outre, enquêter sur d'autres crimes suffisamment en lien avec le conflit armé en Afghanistan même s'ils ont été commis sur le territoire d'autres Etats parties depuis le 1^{er} juillet 2002 (§ 79).

En restreignant le contrôle dans le cadre de l'article 15(4), la Chambre d'appel a arrêté la modification progressive *contra legem* de l'indépendance fonctionnelle du Procureur, réalisé par la Chambre préliminaire au fur et à mesure de sa jurisprudence. Ce coup de semonce, nécessaire, a confirmé le statut particulier du Procureur de la CPI en matière de la lutte contre l'impunité. Ce faisant, la Chambre d'appel, a aussi rappelé la véritable raison d'être de la Cour, à savoir l'inaction des Etats en matière de justice pénale internationale. C'est en effet leur immobilisme en matière de poursuites pénales internationales qui a conduit à l'émergence d'un Procureur aussi indépendant. Ce rappel à l'ordre semble avoir été entendu, puisque le gouvernement afghan ayant déposé depuis une demande de suspension de l'enquête autorisée par la Chambre d'appel. En revanche, cette décision risque également d'aggraver les tensions entre les Etats considérant le Procureur de la CPI comme une menace à leur souveraineté. Dès lors, il est à craindre que la décision de la Chambre d'appel, bien que fondamentale, ne soit pas suffisante pour assurer un exercice paisible de son pouvoir de saisine au prochain procureur de la CPI.

AUDE BREJON

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April 2019 du 9 mars 2020 (Appeals Chamber), *Situation in Libya in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi* (ICC-01/11-01/11).

Procédure – complémentarité – recevabilité – Libye – jugement national définitif – *ne bis in idem* – amnistie

Dans son jugement du 9 mars 2020, la Chambre d'appel de la CPI rejette l'appel formé par Saif Al-Islam Kadhafi contre une décision de la Chambre préliminaire I du 5 avril 2019 (Pre-Trial Chamber I, Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute", *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-662). Le fils de l'ancien chef de l'Etat libyen Mouammar Kadhafi contestait en effet la recevabilité de l'affaire le concernant devant la CPI, au motif qu'il avait déjà été jugé par la justice libyenne pour des faits identiques à ceux pour lesquels il est poursuivi devant la Cour, et qu'il avait par la suite bénéficié d'une amnistie de la part des autorités libyennes. Sa requête ayant été rejetée, Saif Al-Islam Kadhafi saisissait la Chambre d'appel le 10 avril 2019, estimant que la Chambre préliminaire avait commis plusieurs erreurs de droit et de fait dans sa décision (§§ 12-13).

D'une part, l'accusé estimait que la Chambre préliminaire avait commis une erreur de droit en interprétant les articles 17, paragraphe 1 c) et 20, paragraphe 3 du Statut de Rome (qui prévoit les cas d'irrecevabilité d'une affaire et le principe *ne bis in idem*) comme ne pouvant être applicables qu'en présence d'un jugement national ayant acquis la *res judicata*, c'est-à-dire devenu définitif, et non simplement d'un jugement en première instance (§ 32). La Chambre d'appel considère à ce propos que les juges préliminaires n'ont commis aucune erreur dans leur interprétation du Statut qui s'appuie sur une jurisprudence internationale consécutive de la Cour, des tribunaux *ad hoc* ainsi que de différents organes de protection des droits de l'homme (§ 35 ; voir également les

§§ 37-47 de la décision de la Chambre préliminaire). M. Kadhafi n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation définitive, compte tenu des recours disponibles, notamment devant la Cour de cassation libyenne, que l'on considère que le procès se soit tenu par contumace (§ 53) – ce que le conseil de l'accusé contestait (§§ 49-52) – ou non (§ 54), la Chambre d'appel conclut que M. Kadhafi n'a pas déjà été jugé (pour reprendre les termes des articles 17, paragraphe 1 c) et 20, paragraphe 3). Par conséquent, « *[i]n light of the overall function of the complementarity principle (...)* » (§58), la Chambre préliminaire n'a pas commis erreur en considérant que seul un jugement définitif rend irrecevable une procédure devant la CPI, ce qui n'est pas le cas avec le jugement de la Cour de Tripoli en l'espèce (§ 63).

D'autre part, l'accusé soulevait un second motif d'appel : la Chambre préliminaire aurait commis une erreur de droit et de fait en considérant que la Loi libyenne n°6 (2015) qui prévoit une amnistie ne s'appliquait pas aux crimes pour lesquels M. Kadhafi a été condamné par la Cour de Tripoli (§ 64). La Chambre préliminaire en était arrivée à cette conclusion en estimant que les crimes dont M. Kadhafi est accusé n'entraient pas dans le champ d'application de cette loi d'amnistie qui, par ailleurs, était incompatible avec le droit international (§§ 65-67). Si la Chambre d'appel souscrit aux arguments de la Chambre préliminaire en ce qui concerne le champ d'application de la loi libyenne d'amnistie et l'exclusion des crimes reprochés à M. Kadhafi (§§ 87-95), elle n'en fait pas de même concernant l'incompatibilité de cette loi avec le droit international. Elle retient ici une approche réservée (pour ne pas dire timide) et refuse de se prononcer de façon définitive sur la question (§ 96). On relèvera ici que la juge Ibáñez Carranza a rendu une opinion séparée beaucoup moins mesurée que la conclusion de la Chambre d'appel à ce propos : conformément à une doctrine et une pratique croissantes (voir, par exemple, F. BELLIVIER, M. EUDES et I. FOUCHARD, *Droit des crimes internationaux*, PUF, Paris, 2018, pp. 339-348), la juge péruvienne considère les lois d'amnistie comme incompatibles avec le droit international et inapplicables aux crimes internationaux les plus graves (*Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza on the Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"'*), ce qui laisse supposer des divergences entre les juges d'appel et explique sans doute la formulation très prudente retenue par la Chambre à ce sujet.

Malgré cela, il n'en demeure pas moins que la Chambre d'appel rejette les arguments de la Défense et confirme la décision de la Chambre préliminaire. Saif Al-Islam Kadhafi devrait donc comparaître devant la CPI, pour la seule affaire restante devant la Cour (après l'annulation en 2011 de la procédure contre Mouammar Kadhafi après sa mort et la reconnaissance de l'irrecevabilité des poursuites à l'encontre de Abdullah Al-Senussi en 2014), en ce qui concerne la situation libyenne soumise en 2011 par le Conseil de sécurité.

RÉMY PROUVÈZE

MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ A EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES DES TRIBUNAUX PÉNAUX

Decision on Republic of Serbia's Appeal against the Decision re-examining the Referral of a Case du 24 février 2020 (Chambre d'appel), *Procédure contre Petar Jojić & Vjerica Radeta* (MICT-17-111-R90-AR14.1)

Outrage – compétences concurrentes – envoi – juridictions nationales – Serbie – réexamen – témoins – intérêt de la justice

Comme annoncé précédemment (voir cette Chronique, *Revue*, 2019-3, pp. 797-798, nos obs.), la Serbie a fait appel de la décision du 13 mai 2019 par laquelle le juge unique a annulé l'ordonnance de renvoi du procès pour outrage au TPIY de Petar Jojić et Vjerica Radeta devant la justice serbe (Mécanisme, Décision portant réexamen du renvoi d'une affaire à la République de Serbie du 13 mai 2019 (Juge unique), *Procédure contre Petar Jojić & Vjerica Radeta* (MICT-17-111-R90)), un renvoi pourtant décidé par le Mécanisme lui-même quelques temps plus tôt mais remis en cause en raison des craintes exprimées par les témoins quant à leur sécurité et de leur refus consécutif de témoigner devant la justice serbe.

Ainsi saisie, et contre l'avis du Procureur, la Chambre d'appel considère tout d'abord que « (...) *it is in the interests of justice to grant Serbia leave to appeal the Impugned Decision* » (§ 10), quand bien même le Règlement de procédure et de preuve du Mécanisme demeure silencieux « (...) *on whether a State, as opposed to a party to the proceedings, may appeal a decision to revoke a referral order* » (§ 8). Parmi plusieurs facteurs à prendre en considération (voir §§ 8-10), la Chambre se fonde ici notamment sur le fait que les accusés ont exprimé leur souhait d'être jugés en Serbie et « (...) *the impact that the present appeal has on Serbia* » (*ibid.*). La chambre précise également (mais « seulement » en note de bas de page cependant) : « (...) *this is the first appeal by a State on a decision on the revocation of a referral order* » (note de bas de page 27, p.4). Par ailleurs, dans la mesure où la Serbie avait déjà été entendue par le Mécanisme dans le cadre de la procédure de renvoi concernant les deux anciens membres de l'équipe de défense de Vojislav Šešelj, il apparaît approprié à la Chambre d'entendre la Serbie en lui donnant la possibilité de faire appel de la décision contestée (§ 10), d'autant qu'il y a un précédent jurisprudentiel en la matière, puisque « (...) *the ICTR Appeals Chamber granted such leave to a State, which had made submissions in the first instance, on an appeal of a decision denying a party's request to refer the case to that State* » (§ 10), voir TPIR (Chambre d'appel), *The Prosecutor v. Michel Bagaragaza*, Case No. ICTR-05-86-AR11bis, Decision on Rule 11bis Appeal, 30 août 2006, §§ 5 et 7)

Se demandant ensuite seulement « (...) *whether in reaching that decision discretion was correctly exercised by the Single Judge or Trial Chamber* » (§12), la Chambre d'appel examine les arguments de la Serbie – qui réfute la volonté des témoins clés de coopérer avec la justice serbe et promet son système de protection des témoins – contredits par l'Accusation (§ 13). Ces éléments étant au cœur de l'affaire et compte tenu des circonstances de l'espèce (à prendre en considération dans la mesure où la décision du Mécanisme dans ce type de procédures est conditionnelle), la Chambre renvoie ici aux conclusions de fait du juge unique dont la décision est contestée : c'est en effet, aux yeux de la Chambre, le seul à même de déterminer ici si le système de protection des témoins en Serbie permet effectivement à la justice de suivre son cours (§ 14), ce qu'il a

fait dans la décision attaquée (§ 15). La Chambre n'ayant trouvé aucune erreur de fait ou de droit de la part du juge unique (§ 18), que ce soit dans l'appréciation du système serbe et de la situation particulière des témoins clés dans cette affaire (§ 16) ou dans l'exercice de sa compétence discrétionnaire en la matière (§ 17), elle rejette l'appel de la Serbie et confirme la décision attaquée (§ 18). Il revient donc au Mécanisme de juger cette affaire, une tâche qui semble loin d'aller de soi car, si la décision ici présentée apporte une réponse à la question des témoins dans cette affaire, elle ne règle pas pour autant le problème des accusés toujours en fuite...

RÉMY PROUVÈZE

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Jugement n° 4207

Au-delà de tout doute raisonnable (*beyond reasonable doubt*) – *in dubio pro reo*

Le principe n'est pas nouveau : la culpabilité doit être prouvée au-delà d'un doute raisonnable. Les germes de ce « standard de preuve » se trouvent dans le droit romain, avec le principe *in dubio pro reo*, qui s'applique tant en matière civile que pénale. Ce principe veut que le juge romain apprécie les preuves selon sa conscience (*ex sententia anima sui*) et que le doute profite à l'accusé. Il cède pourtant le pas, du haut Moyen-Âge au 16^{ème} siècle, aux preuves légales, aux ordalies ou aux preuves obtenues par la torture. A la fin du 16^{ème} siècle, les procès en sorcellerie amènent des voix, comme celle de Montaigne, à réclamer des preuves indubitables. Aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles, l'abandon des preuves légales (sauf en matière civile) et l'*adversarial system* conduisent les juges à apprécier les preuves empiriquement et selon leur raison, indépendamment de leur mode d'administration. Le plus souvent, les juridictions n'expliquent pas les standards de preuve, considérant qu'ils se suffisent à eux-mêmes. Ainsi, elles ne précisent pas ce qu'il faut entendre par « doute raisonnable », pas plus que par « intime conviction », sauf à les paraphraser sans fournir de méthode déductive pertinente. Cela est d'autant plus critique que la liberté d'appréciation du juge n'est qu'apparente, ayant pour corollaire, comme illustré par le procès Calas (1765), l'obligation de justifier du doute. La preuve et le doute raisonnable sont ainsi au cœur du procès ; ils en sont l'essence même. La question posée au juge dans tout procès est ainsi binaire : s'il croit en conscience que la preuve soutenant l'accusation est suffisante, il conclura à la culpabilité. Si, en revanche, il l'ignore, il fera prévaloir le doute et rejettera la culpabilité. L'examen du « doute raisonnable » est donc un exercice subjectif (croyance / ignorance), même s'il est fondé sur la raison. Conscient de cette subjectivité, le juge doit justifier des éléments retenus pour écarter le doute ; il doit être suffisamment convaincu (*firmly convinced*, comme proposé par les cours américaines), donc au-delà d'un doute raisonnable, se forgeant, quand il est français, une intime conviction, et s'appuyant, quand il siège dans une juridiction internationale, sur une certitude raisonnable.

Mais comment définir le raisonnable, le doute ou la certitude raisonnable et selon quelles méthodes ? Le jugement 4207 du Tribunal Administratif de l'OIT (TAOIT), prononcé en assemblée plénière le 10 février 2020 en matière de harcèlement, est l'occasion d'examiner les standards retenus par les juridictions administratives internationales (JAI) étudiées et de tenter de répondre en partie aux questions qu'ils suscitent.

Le droit disciplinaire de la fonction publique internationale ne peut suivre les mêmes principes que le droit pénal, même international, puisque les organisations internationales, comme les JAI, ne sont pas appelées à prononcer de sanction pénale. Pourtant, l'examen des fautes disciplinaires – qui peuvent pour certaines recevoir une qualification pénale, comme le harcèlement sexuel, et qui peuvent entraîner des sanctions parfois équivalentes à des sanctions pénales, comme l'amende –, suit des principes inspirés du procès pénal. Il suffit pour s'en convaincre de lire les jugements des JAI se référant au *due process*, dans une acception très inspirée des cours américaines.

En ce qui concerne la preuve, plusieurs standards coexistent dans la jurisprudence des JAI, dont certains empruntés au droit pénal. On en citera quatre. Le premier, le plus exigeant, est sans conteste celui de la preuve au-delà de tout doute raisonnable (*beyond reasonable doubt*). Le deuxième, dit de la preuve claire et convaincante (*clear and convincing evidence*), demande que les faits soient, en substance, plus susceptibles d'être avérés que de ne pas l'être. Le troisième, dit de la preuve substantielle (*substantial evidence*) demande que les faits soient établis au-delà de simples indices, c'est-à-dire par des preuves pertinentes jugées suffisantes par une personne sensée. Enfin, le quatrième, dit de la prépondérance des preuves (*preponderance of the evidence* ou *balance of probabilities*), demande à ce qu'il soit plus probable que les faits soient avérés que l'inverse.

Les JAI étudiées, à l'exception du TAOIT, n'ont pas recours à *beyond reasonable doubt*. S'opposant clairement au TAOIT, le Tribunal d'appel des Nations Unies estime dans son jugement 2011-164 que les affaires disciplinaires ne sont pas pénales et que le standard ne peut donc être celui de *beyond reasonable doubt*, précisant que le standard retenu par les Nations Unies est celui de la preuve claire et convaincante – *clear and convincing evidence* – (voir aussi jugements 2019-956, considérant 15, et 2019-976, considérant 38). Les JAI étudiées qui se sont exprimées sur la question, comme celle de la Banque mondiale (voir notamment décisions 532, 543, 550 et 568), la Banque asiatique de développement (voir notamment décision 103), la Banque africaine de développement (voir notamment jugements 81 et 95), ou l'Union européenne (voir notamment arrêts dans les affaires F-61/10 et F-42/10), retiennent les standards de *clear and convincing evidence* et de *balance of probabilities* ou *preponderance of evidence*, variant parfois dans leur utilisation selon les affaires en cause. Le Tribunal administratif du FMI considère, de manière générale, que la décision de l'organisation doit être raisonnablement confortée par des preuves – *reasonably supported by evidence* – et, sans s'y référer explicitement, applique le standard de *preponderance of evidence*, en examinant s'il est probable que les faits soient avérés (voir jugement 2015-3, paragraphe 215).

Contrairement aux autres JAI, le TAOIT, quoique reconnaissant que la procédure disciplinaire n'est pas pénale (voir jugement 969, considérant 16), emprunte à la *common law* le standard *beyond reasonable doubt* et estime que cet emprunt n'a aucune incidence juridique sur l'autorité de ses jugements (voir jugement 4047, considérant 6). Il convient de noter à cet égard que le droit de la fonction publique internationale est un droit hybride qui emprunte à tous les systèmes de droit. Le TAOIT n'applique cependant ce standard qu'en matière disciplinaire, retenant pour les autres domaines « la prépondérance des preuves » tel que défini ci-dessus (voir notamment jugement 1971, considérant 15).

Sans plus définir le standard que les autres juridictions, le TAOIT, depuis son jugement 635 (relatif au devoir de réserve), estime que les faits doivent être suffisamment établis et que le doute doit profiter à l'auteur présumé (voir considérants 7 *in fine* et 10, confirmé notamment par jugements 2786, considérant 9, 2879, considérant 11, 3137, considérant 6, et 3725, considérant 15). Le TAOIT indique clairement que « la gravité des accusations et la sanction qu'elles entraînent exigent qu'avant de prendre une décision contre [un agent], on soit raisonnablement convaincu que les accusations sont prouvées » ; dans la version anglaise originale : *the charges must be proved beyond reasonable doubt* (voir jugement 969 – relatif à une menace –, considérant 16, confirmé notamment dans jugements 2786, considérant 9, et 2849, considérants 16 à 19).

Cela dit, le TAOIT n'exige pas toujours une « preuve absolue », au motif que, dans certaines affaires, elle est à peu près impossible à apporter. Si un faisceau de présomptions précises et concordantes est apporté au Tribunal par l'organisation – qui a la charge de la preuve –, le Tribunal ne censurera pas la sanction prononcée (voir jugements 635, considérant 7, et 1384, relatif à un vol, considérant 10). Le Tribunal semble s'être un temps éloigné de cette position, en estimant qu'en cas de faute, le standard n'est pas celui des seules « présomptions précises et concordantes », mais que le standard « veut qu'il ne subsiste raisonnablement aucun doute » (voir jugement 2879, considérant 11). Ultérieurement, le Tribunal est revenu à la possibilité de se référer au standard du faisceau de présomptions précises et concordantes, comme dans son jugement 3297 – relatif à une falsification de documents –, dans lequel il rappelle qu'après que l'organisation a fait part de ses présomptions précises et concordantes, l'auteur présumé n'a pas fourni de preuves pour réfuter les présomptions avancées et que sa position ne peut donc être retenue pour censurer la décision contestée (voir considérant 8).

Ses jugements 3578 (fraude), 3863 (devoir de confidentialité), 3875 (cyber-attaque), 3882 (absence non-autorisée), 3964 (fraude), 4047 (devoir de confidentialité et harcèlement) et 4106 (activités extérieures non-autorisées) permettent de synthétiser sa jurisprudence. L'organisation doit démontrer la réalité des comportements reprochés et la preuve pourra être tenue pour rapportée lorsqu'un faisceau de présomptions précises et d'indices concordants amène l'organisation à la conviction qu'il ne subsiste plus de doute raisonnable sur la culpabilité de l'intéressé. Le standard, le *test* ainsi que le désigne parfois le Tribunal, est donc toujours *beyond reasonable doubt*. Le faisceau de présomptions et d'indices est obtenu après une enquête approfondie et détaillée sur les agissements imputés à l'auteur présumé et sa participation, de manière contradictoire, à l'administration des preuves. Cela ne signifie pas qu'aucun doute ne peut subsister, mais qu'il est raisonnable pour l'organisation de conclure à la culpabilité de l'auteur lorsque des présomptions précises et des indices concordants existent et que l'auteur n'a pas fourni de preuves valides pour les réfuter. L'organisation doit donc expressément se prononcer sur la culpabilité de l'agent présumé en appliquant le standard requis, c'est-à-dire *beyond reasonable doubt*. Elle ne peut simplement exprimer l'opinion que des preuves étayant les allégations existent.

Enfin, compte tenu du fait que l'organisation a un pouvoir discrétionnaire en matière disciplinaire, et que le contrôle du Tribunal est en conséquence restreint, bien que depuis relativement peu, la question n'est pas de savoir si le Tribunal est lui-même convaincu au-delà de tout doute raisonnable. Elle est plutôt de savoir s'il est convaincu que

l'organisation pouvait parvenir à une conclusion de culpabilité, sur le fondement de ce standard. Le Tribunal rappelle ainsi que les avis sur la valeur probante peuvent raisonnablement diverger, mais que cela ne signifie pas que l'avis de l'organisation est nécessairement erroné (voir jugement 3863, considérant 11). En d'autres termes, deux personnes raisonnables, le Secrétaire général d'une organisation ayant prononcé une sanction et le juge qui doit examiner sa validité, peuvent ne pas apprécier les preuves et le doute qu'elle suscite de la même manière, mais cela ne fait pas nécessairement de la conviction du Secrétaire général une conviction erronée. Ce n'est que si la conviction de l'organisation sur la valeur probante est considérée comme manifestement erronée que le juge censurera la décision prise (voir jugement 3593 – relatif notamment à une allégation de harcèlement –, au considérant 12). Dans son glossaire, le Conseil d'Etat français mentionne qu'une « décision est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation lorsque l'administration s'est trompée grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision. » A notre connaissance, le TAOIT n'a pas défini ce qu'il faut entendre par erreur manifeste d'appréciation. Il estime cependant, notamment dans ses jugements 2437, 2442, 2730, 2836, 3224, 3970, 4091, 4124, 4171 et 4237, qu'une erreur manifeste d'appréciation peut être retenue quand le requérant apporte la preuve que l'organisation a commis des erreurs évidentes et tangibles et que ces erreurs ne sont pas minimes, c'est-à-dire qu'elles ont pour résultat un « vice fondamental ». Pour démontrer cette erreur, le requérant doit établir « le caractère trop subjectif de la décision » ou son « caractère illégitime », ou encore que l'appréciation de l'organisation repose sur des éléments inexacts ou irrégulièrement établis. Si le Tribunal estime que la décision est fondée sur une analyse exhaustive, objective, raisonnable et convaincante, il ne retiendra donc pas l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans son jugement 4207, prononcé en assemblée plénière (c'est-à-dire par les sept juges), le Tribunal n'était pas appelé à examiner la validité d'une sanction, mais la décision prise par une organisation sur une plainte pour harcèlement sexuel. La requérante affirmait que les conclusions de l'enquêteur, et par suite la décision contestée qui s'appuyait sur ces conclusions, étaient fondées sur des erreurs manifestes. Ce jugement est l'occasion pour le Tribunal de rappeler sa jurisprudence en matière de standard de preuve applicable au harcèlement sexuel.

Le Tribunal fonde son jugement sur une analyse des obligations de l'organisation vis-à-vis des auteurs et des victimes présumés, en examinant leurs qualités et rôles distincts. Il estime ainsi qu'une plainte pour harcèlement et une dénonciation de faute fondée sur une plainte pour harcèlement sont deux questions distinctes. L'examen d'une plainte pour harcèlement n'implique que deux parties, à savoir l'organisation et la personne à l'origine de la plainte. Une dénonciation de faute disciplinaire fondée sur une plainte pour harcèlement implique trois personnes juridiques différentes, qui n'ont pas le même rôle, compte tenu de leurs obligations respectives. Ces trois personnes juridiques sont l'organisation, l'auteur et la victime présumés. La dénonciation de faute est traitée conformément aux textes de l'organisation, qui visent à examiner la culpabilité de l'auteur présumé et peuvent, si l'organisation conclut positivement, conduire à une sanction disciplinaire. Dans le cadre de cette procédure, les deux parties sont l'organisation et l'auteur présumé ; la victime présumée n'est pas partie à la procédure, mais seulement un témoin (voir considérant 14). Une même analyse semble être celle du Tribunal administratif du FMI qui rappelle, dans son jugement 2015-3, que d'autres

tribunaux administratifs internationaux ont reconnu que l'examen d'une sanction disciplinaire est distinct du mécanisme de règlement des différends dont l'objet est de déterminer si l'octroi d'une indemnisation à la victime est justifié (voir considérant 66).

En s'appuyant sur cette distinction, le TAOIT estime dans son jugement 4207 qu'en l'absence de textes de l'organisation relatifs aux plaintes pour harcèlement, l'organisation doit examiner la plainte de la victime présumée sans se fonder sur le standard « au-delà de tout doute raisonnable », mais en appliquant un standard de preuve « moins élevé ». D'autre part, en se démarquant des principes de droit pénal, le Tribunal n'exige pas de l'organisation qu'elle établisse l'intention de l'auteur présumé (voir également jugement 3250, considérant 9, et, dans le même sens, arrêt du Tribunal de l'Union européenne, cinquième chambre, du 30 janvier 2020, dans les affaires jointes T-786/16 et T-224/18, point 145). Le standard applicable est celui de la « probabilité au regard des preuves à charge et à décharge » (voir les jugements 3725, au considérant 14, et 3413, considérants 8 et 9). Si, selon ce standard, la plainte est crédible, le Tribunal estimera qu'elle est fondée. Le Tribunal rappelle que le fait qu'aucun témoin indépendant n'est présent pendant les faits allégués ne remet pas en cause la crédibilité de la plainte (voir considérant 21).

En matière de harcèlement sexuel, il existerait donc un double standard de preuve : i) « au-delà de tout doute raisonnable » – *beyond reasonable doubt* –, applicable à la décision de l'organisation de reconnaître – ou non – la culpabilité de l'auteur présumé (voir également jugements 2786, considérant 9, 2849, considérants 16 et 18, 3640, considérant 27, et 3725, considérant 22); et ii) « probabilité au regard des preuves à charge et à décharge » – *balance of probabilities* ou *preponderance of evidence* –, applicable à la décision de l'organisation de reconnaître – ou non – la crédibilité de la plainte (voir également dans ce sens jugements 3085, considérant 30, et 3142). D'autres analyses de la jurisprudence du Tribunal sont sans doute possibles, comme celle qui consisterait à dire qu'en matière de harcèlement sexuel, le standard est moins élevé que pour d'autres comportements sanctionnés en matière disciplinaire, tant pour l'examen de la culpabilité que pour celui de la crédibilité de la plainte. Cette analyse serait en partie fondée sur la jurisprudence du Tribunal qui veut que lorsque la preuve d'un harcèlement repose sur les seules perceptions de la victime – ce qui est très fréquent –, cette dernière doit démontrer que la « conduite contestée pouvait en toute objectivité être vue raisonnablement comme du harcèlement » (voir jugements 4253, considérant 6, 4171, considérant 7, 3871, considérant 12, 3692, considérant 18, 3347, considérant 8, 3242, considérant 9, et 2745, considérant 20).

En tout état de cause, selon la jurisprudence du Tribunal, dans le cadre d'une même affaire de harcèlement sexuel, portant sur les mêmes faits, une organisation pourrait devoir ne pas conclure à la culpabilité de l'auteur présumé, car les preuves sont considérées insuffisantes au regard du standard de preuve, mais reconnaître que la plainte de la victime est crédible et fondée, car le harcèlement est probable. Dans ce cas, l'organisation ne reconnaîtrait pas le harcèlement sexuel dans sa relation avec l'auteur présumé, mais le reconnaîtrait lorsqu'il s'agit de juger de la crédibilité de la plainte. L'auteur présumé échapperait alors à toute sanction, quand la victime présumée pourrait recevoir une indemnisation pour préjudice moral. Ce préjudice est en effet reconnu lorsque l'organisation n'a pas pris les mesures nécessaires pour protéger la victime présumée, étant « indirectement responsable des actes » de l'auteur dans l'exercice de

ses fonctions (voir jugements 1504, considérant 9, et 1609, considérant 16) et donc de l'ensemble des torts causés à la victime du fait d'un traitement portant atteinte à sa dignité personnelle et professionnelle (voir jugement 4207, considérant 15, ainsi que jugements 2706, 1875 et 1609). Les organisations se trouvant dans cette situation pourraient avoir des difficultés à expliquer leurs décisions aux agents profanes et à mettre en place une politique dissuasive efficace en matière de lutte contre le harcèlement sexuel. Il convient cependant de noter qu'au considérant 15 de son jugement 4207, le Tribunal précise que c'est en l'absence de textes applicables aux plaintes en matière de harcèlement qu'il fait prévaloir sa jurisprudence pertinente. Cela constitue une invitation implicite à ce que les organisations insèrent explicitement dans leurs textes réglementaires le standard de preuve requis en matière de harcèlement sexuel et, de manière plus large, en matière disciplinaire.

Pour conclure cette chronique, faut-il déduire de ce qui précède que le juge doit « rejeter[er] comme absolument faux tout ce en quoi [il pourrait] imaginer le moindre doute, afin de voir s'il ne resterait point après cela quelque chose en [s]a créance qui fût entièrement indubitable » ? (Descartes, Discours de la méthode, quatrième partie, 1637). Une autre voie serait celle suggérée par Olivier Corten, il y a 23 ans seulement, dans son ouvrage consacré à l'utilisation du « raisonnable » par le juge international (Bruxelles, Bruylant, 1997). L'auteur proposait en effet un modèle d'examen des décisions demandant au juge, avant de conclure, d'identifier la motivation de la décision (ou de l'acte) en cause, de déterminer si un lien de causalité existe entre cette motivation et cette décision et, enfin, de vérifier que ce lien de causalité est suffisant. A bien y regarder, cette méthode n'est pas très éloignée de celle mise en œuvre par les JAI en matière disciplinaire : quel que soit le standard de preuve, leur examen consiste à vérifier que les décisions prises sont motivées, que cette motivation est la cause de la décision prise, et qu'elle est le fruit d'une analyse exhaustive, objective, raisonnable et convaincante.

RÉMI CÈBE

JURISPRUDENCE FRANCAISE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Sous la direction de

Baptiste TRANCHANT

par

Thibaut FLEURY Graff et Hélène RASPAIL

SOMMAIRE

CE, Ass., 19 juillet 2019, <i>Association des américains accidentels</i> , n° 424216, publié au <i>Rec. Lebon</i>	435
Ensemble : CE, 2 ^{ième} et 7 ^{ième} chambres réunies, 11 décembre 2019, <i>M. B.A.</i> , n° 424219, mentionné au <i>Rec. Lebon</i> ; et CE, 2 ^{ième} et 7 ^{ième} chambres réunies, 11 décembre 2019, <i>M. A.B.</i> , n° 427714, mentionné au <i>Rec. Lebon</i>	446
CE, Ass., 24 décembre 2019, <i>M^{me} A. B.</i> , n° 427017, publié au <i>Rec. Lebon</i>	450

CE, Ass., 19 juillet 2019, *Association des américains accidentels*, n° 424216, publié au *Rec. Lebon*

[Loi fiscale américaine — Traités internationaux — Droit dérivé de l'Union européenne
— Réciprocité d'application — Conflit entre normes internationales / Foreign Account
Tax Compliance Act — International Treaties — European Union's Secondary Law —
Reciprocity of Application — Conflict between International Norms]

« Vu la procédure suivante :

1-Sous le n° 424216, par une requête sommaire et deux autres mémoires enregistrés le 17 septembre 2018, le 2 janvier 2019 et le 19 juin 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association des Américains accidentels demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les deux décisions implicites par lesquelles le ministre de l'action et des comptes publics a rejeté ses demandes tendant à ce qu'il soit procédé à l'abrogation, d'une part, de l'arrêté du 5 octobre 2015 portant création par la direction générale des finances publiques d'un traitement automatisé d'échange automatique des informations dénommé " EAI " et, d'autre part, de l'arrêté du 25 juillet 2017 modifiant l'arrêté précité ;

2°) d'enjoindre au ministre de l'action et des comptes publics de procéder à l'abrogation de ces deux arrêtés dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, au besoin sous une astreinte de 500 euros par jour de retard ;

3°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante : " Les articles 5, 45 et 46 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale organisant, de manière répétitive et non circonscrite aux seules hypothèses de lutte contre la criminalité, la collecte, le stockage, l'exploitation et le transfert,

R.G.D.I.P. 2020-2

RGDIP 2020 N°2
© Editions A. Pedone

vers un Etat tiers, des données fiscales des contribuables résidant sur le territoire de l'Etat membre concerné mais possédant la nationalité de cet Etat tiers ? " ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2-Sous le n° 424217, par une requête et deux autres mémoires enregistrés le 17 septembre 2018, le 2 janvier 2019 et le 19 juin 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association des Américains accidentels demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit procédé à l'abrogation du décret n° 2015-907 du 23 juillet 2015 ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre de procéder à l'abrogation de ce décret dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, au besoin sous une astreinte de 500 euros par jour de retard ;

3°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante : " Les articles 5, 45 et 46 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale organisant, de manière répétitive et non circonscrite aux seules hypothèses de lutte contre la criminalité, la collecte, le stockage, l'exploitation et le transfert, vers un Etat tiers, des données fiscales des contribuables résidant sur le territoire de l'Etat membre concerné mais possédant la nationalité de cet Etat tiers ? "

4°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

(...)

Considérant ce qui suit :

1. Les requêtes visées ci-dessus présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Il ressort des pièces du dossier que, par un accord conclu le 14 novembre 2013, le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique se sont engagés à améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et à mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite " loi FATCA "), notamment en renforçant les échanges d'informations entre leurs administrations fiscales. La loi du 29 septembre 2014 a autorisé l'approbation de cet accord. Afin d'assurer la mise en œuvre de cet accord, le décret du 23 juillet 2015 a défini les modalités de collecte et de transmission des informations par les institutions financières. Par une délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a autorisé le ministre des finances et des comptes publics à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité le transfert vers l'administration fiscale américaine des données collectées et stockées en application de cet accord. Par un arrêté du 5 octobre 2015 modifié par un arrêté du 25 juillet 2017, le ministre des finances et des comptes publics a créé un traitement d'échange automatique des informations dénommé " EAI " organisant notamment la collecte et le transfert de données à caractère personnel aux autorités fiscales américaines, en application de l'accord du 14 novembre 2013. L'association des Américains accidentels demande l'annulation pour excès de pouvoir des décisions par lesquelles un refus a été opposé à ses demandes d'abrogation du décret du 23 juillet 2015 et de l'arrêté du ministre de l'action et des comptes publics du 5 octobre 2015, modifié par celui du 25 juillet 2017, portant création du traitement " EAI " en tant qu'il organise la collecte et le transfert de données à caractère personnel aux autorités fiscales américaines.

(...)

Sur l'office du juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux du refus d'abroger un acte réglementaire :

(...)

En ce qui concerne le défaut allégué de réciprocité dans l'application de l'accord du 14 novembre 2013 :

11. *Aux termes du 14ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international". Au nombre de ces règles figure la règle "pacta sunt servanda", qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Aux termes de l'article 55 de la Constitution "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie". Il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie. A cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie.*

12. *En premier lieu, si, en application de l'article 2 de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique du 14 novembre 2013, les informations collectées et transmises par l'administration fiscale française à l'administration fiscale américaine et celles collectées et transmises par l'administration fiscale américaine à l'administration française ne sont pas identiques, l'administration américaine n'étant pas tenue de transmettre à l'administration française le solde des comptes bancaires détenus aux Etats-Unis par des contribuables français, ces différences résultent de l'accord lui-même et ne sauraient révéler un défaut d'application de celui-ci par les Etats-Unis.*

13. *En deuxième lieu, l'article 6 de l'accord du 14 novembre 2013 stipule que : "1. Réciprocité. Le Gouvernement des Etats-Unis convient de la nécessité de parvenir à des niveaux équivalents d'échanges automatiques de renseignements avec la France. Le Gouvernement des Etats-Unis s'engage à améliorer davantage la transparence et à renforcer la relation d'échange avec la France en continuant à adopter des mesures réglementaires et en défendant et en soutenant l'adoption de lois appropriées afin d'atteindre ces niveaux équivalents d'échanges automatiques réciproques de renseignements [...] 4. Données concernant les comptes existants au 30 juin 2014. S'agissant des comptes déclarables ouverts auprès d'une institution financière déclarante au 30 juin 2014 : a) Les Etats-Unis s'engagent à adopter, d'ici au 1er janvier 2017, pour les déclarations qui concernent 2017 et les années suivantes, des règles qui imposent aux institutions financières américaines d'obtenir et de déclarer, s'agissant des entités françaises, le NIF français et, s'agissant des personnes physiques, la date de naissance (ou le NIF français si la France attribue à ces personnes un tel numéro) de chaque titulaire de compte d'un compte déclarable français conformément au point 1 de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 2 du présent Accord [...]". L'article 10 de cet accord prévoit qu'"avant le 31 décembre 2016, les Parties engagent de bonne foi des consultations afin d'apporter au présent Accord les modifications nécessaires pour refléter les progrès accomplis concernant les engagements énoncés à l'article 6 du présent Accord". Il résulte des éléments produits devant le Conseil d'Etat et versés au débat contradictoire, d'une part, que le gouvernement américain a proposé, à plusieurs reprises, conformément à l'engagement pris au paragraphe 1 de l'article 6 précité, des modifications législatives en vue d'atteindre un niveau équivalent d'échanges de renseignements et, d'autre part, que la*

modification de la réglementation prévue au a) du paragraphe 4 du même article est intervenue à la suite de la publication en 2017 d'une notice de l'administration fiscale américaine (Internal Revenue Service). Dans ces conditions, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'à la date de la présente décision, la condition de réciprocité ne serait pas remplie en raison d'un défaut d'application des stipulations des articles 6 et 10 de l'accord précité.

14. En troisième lieu, les erreurs alléguées dans la transmission des données fiscales des Etats-Unis vers la France ne sauraient caractériser, par elles-mêmes, un défaut d'application du traité par la partie américaine.

15. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que le décret et les arrêtés litigieux seraient dépourvus de base légale, faute pour les Etats-Unis d'appliquer de manière réciproque l'accord du 14 novembre 2013, doit être écarté.

En ce qui concerne la prétendue méconnaissance de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

16. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, de se prononcer sur la conformité d'un traité ou d'un accord international à la Constitution.

En ce qui concerne la méconnaissance alléguée de stipulations de droit international :

17. Lorsque, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, est soulevé un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations, dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international, réserve faite des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne, il incombe au juge administratif, après avoir vérifié que les stipulations de cet autre traité ou accord sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique interne et sont invocables devant lui, de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public. Dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation de ces stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne.

S'agissant de la méconnaissance du droit de l'Union européenne :

Quant à la violation du règlement du 27 avril 2016 :

18. Aux termes de l'article 1er de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données : "1.La présente directive établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces". Aux termes de l'article 2 de cette directive : "Champ d'application / 1.La présente directive s'applique au traitement de données à caractère personnel effectué par les autorités compétentes aux fins énoncées à l'article 1er, paragraphe 1". L'article 2 du règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de

données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), qui est entré en vigueur le 25 mai 2018, dispose que : "1. Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier. / 2. Le présent règlement ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué: / [...] d) par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre des menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces. [...]". Un traitement de données à caractère personnel relève, selon sa finalité, du champ d'application du règlement du 27 avril 2016 ou de celui de la directive du même jour. Alors même qu'ainsi qu'il a été dit au point 8, le traitement litigieux a plusieurs objets, au nombre desquels figurent la prévention, la détection et la répression des infractions pénales, sa finalité est de permettre, en luttant contre la fraude et l'évasion fiscales, l'amélioration du respect de leurs obligations fiscales par les contribuables français et américains. Il s'ensuit qu'il relève du champ d'application du règlement du 27 avril 2016 et non de celui de la directive du même jour.

19. *L'article 96 du règlement du 27 avril 2016 dispose que : "Les accords internationaux impliquant le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales qui ont été conclus par les Etats membres avant le 24 mai 2016 et qui respectent le droit de l'Union tel qu'il est applicable avant cette date restent en vigueur jusqu'à leur modification, leur remplacement ou leur révocation". Il résulte clairement de ces dispositions que les auteurs du règlement ont entièrement déterminé les conditions de la relation entre le droit de l'Union européenne et les accords conclus antérieurement à sa signature qui impliquent le transfert de données personnelles vers des Etats tiers. Il y a lieu, pour l'application de cet article, de rechercher, dans un premier temps, si l'accord du 14 novembre 2013 respecte les dispositions du règlement du 27 avril 2016, qui sont d'effet direct, et seulement dans l'hypothèse où tel ne serait pas le cas, de vérifier, dans un second temps, si cet accord respecte le droit de l'Union européenne tel qu'il était applicable avant la signature du règlement.*

20. *L'article 5 du règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données dispose que : "1. Les données à caractère personnel doivent être :/ a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);/ b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités; le traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques n'est pas considéré, conformément à l'article 89, paragraphe 1, comme incompatible avec les finalités initiales (limitation des finalités) ; / c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données); / d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (exactitude); / e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation) ; / f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à*

caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité) ; / 2. Le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité)".

21. *Si l'association requérante soutient, sans autre précision, que l'accord du 14 novembre 2013 méconnaîtrait les exigences de finalité légitime et de modalités appropriées posées par l'article 5 précité, il ressort des pièces du dossier que le traitement litigieux répond à la finalité légitime que constitue l'amélioration du respect des obligations fiscales et prévoit des modalités de choix, de collecte et de traitement des données adéquates et proportionnées à cette finalité. Il s'ensuit que le moyen ne peut qu'être écarté.*

22. *En l'absence de décision d'adéquation de la Commission constatant l'existence, dans le pays tiers destinataire du transfert des données, d'un niveau de protection adéquat, l'association requérante ne saurait utilement invoquer la méconnaissance de l'article 45 du règlement du 27 avril 2016 qui est relatif aux transferts fondés sur une telle décision d'adéquation.*

23. *L'article 46 du règlement du 27 avril 2016 dispose qu' "1. En l'absence de décision en vertu de l'article 45, paragraphe 3, le responsable du traitement ou le sous-traitant ne peut transférer des données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale que s'il a prévu des garanties appropriées et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives./ 2. Les garanties appropriées visées au paragraphe 1 peuvent être fournies, sans que cela ne nécessite une autorisation particulière d'une autorité de contrôle, par: / a) un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les autorités ou organismes publics ; [...]"*

24. *D'une part, l'article 3 de l'accord du 14 novembre 2013 stipule que les renseignements collectés dans le cadre de cet accord sont soumis aux mêmes obligations de confidentialité et de protection des données que celles prévues par la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 et notamment de son article 27. Ainsi d'ailleurs que l'a relevé la commission nationale de l'informatique et des libertés dans l'avis qu'elle a rendu préalablement à l'adoption de l'arrêté du 5 octobre 2015, il résulte de ces stipulations que les informations collectées et transférées dans le cadre du traitement litigieux ne peuvent servir qu'à des fins fiscales, sont strictement limitées et proportionnées et sont soumises au secret fiscal dans les mêmes conditions que des renseignements obtenus en application de la législation française.*

25. *D'autre part, il ressort des pièces du dossier qu'en application des dispositions de la loi fédérale américaine de 1974 sur la protection des données personnelles, les traitements de données personnelles par les administrations américaines sont soumis au respect du principe de transparence selon lequel ces administrations doivent assurer la transparence de leur action et notamment de leurs systèmes d'enregistrement des données, respecter les principes de conformité et de proportionnalité de la collecte et de l'utilisation des données au regard de la finalité des traitements et garantir le droit de chacun d'accéder aux données collectées qui le concerne et d'en demander la rectification. Cette loi prévoit également des voies de recours en matière civile et pénale devant les juridictions américaines en cas de non-respect de ces dispositions. En outre, s'agissant des données permettant d'établir la situation fiscale des contribuables, il résulte des dispositions de l'article 6103 du code fédéral des impôts que les données collectées par l'administration fiscale américaine sont notamment soumises aux principes de confidentialité et de transparence de l'utilisation des données par l'administration fiscale américaine. L'article 6105 du même code définit en outre une obligation spécifique de confidentialité à l'égard de toute donnée échangée en application d'une convention fiscale internationale, sauf si la divulgation est autorisée par la convention fiscale elle-même, ce qui n'est pas le cas de l'accord du 14 novembre 2013. Enfin, l'article 7431 du même code institue des voies de recours en matière civile et pénale en cas de non-respect de ces obligations.*

26. Il s'ensuit qu'au regard des garanties spécifiques dont l'accord du 14 novembre 2013 entoure le traitement litigieux et du niveau de protection assuré par la législation applicable aux Etats-Unis en matière de protection des données personnelles permettant d'établir la situation fiscale des contribuables, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 46 du règlement du 27 avril 2016 doit être écarté.

27. A la différence de l'affaire Maximilian Schrems dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne a, par un arrêt du 6 octobre 2015 (C-362/14), statué sur une contestation d'une décision d'adéquation de la Commission, l'objet du présent litige porte, à titre principal, sur l'interprétation du contenu de l'accord bilatéral du 14 novembre 2013 et sur sa compatibilité avec le règlement du 27 avril 2016. En l'état des moyens invoqués par l'association requérante, l'interprétation des dispositions invoquées du règlement de l'Union européenne s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable, conformément aux principes dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt Srl Cilfit et Lanificio di Gavardo SpA en date du 6 octobre 1982 (C-283/81, point 16). Enfin, en tant que le litige implique une interprétation du contenu de certaines stipulations de l'accord du 14 novembre 2013 par le Conseil d'Etat, cette interprétation, qui fait l'objet des points 21 à 25 de la présente décision, ne pose pas en elle-même une question ayant trait au droit de l'Union européenne et ne justifie pas le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Quant à la violation des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

28. Il résulte des motifs énoncés aux points précédents que, compte tenu des précautions dont il est assorti, le traitement litigieux ne méconnaît pas le droit à la protection des données à caractère personnel des personnes qu'il concerne ni ne porte au droit de ces dernières au respect de leur vie privée une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels il a été créé. Il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance, par l'accord du 14 novembre 2013, des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne peut qu'être écarté.

S'agissant de l'incompatibilité avec l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 :

29. Il résulte des motifs exposés aux points précédents que l'accord du 14 novembre 2013 n'est en tout état de cause incompatible ni avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit au respect de la vie privée ni avec celles de la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 qui subordonne l'autorisation d'un traitement de données à caractère personnel à l'existence d'une finalité légitime et à des modalités de collecte licites et loyales.

30. Il résulte de tout ce qui précède que l'association requérante n'est pas fondée à demander l'annulation des décisions qu'elle attaque. Ses conclusions aux fins d'injonction doivent, par voie de conséquence, être rejetées, ainsi que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions de M. A...ne sont pas admises.

Article 2 : Les requêtes de l'association des Américains accidentels sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'association des Américains accidentels, à M. B... A..., au ministre de l'action et des comptes publics, au ministre de l'Europe et des affaires étrangères et à la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

Non recensé jusqu'alors dans cette chronique, le présent arrêt comporte un intérêt non négligeable et nécessitait qu'on s'y attarde, même tardivement, quelques instants. A son origine une loi américaine, le *Foreign Account Tax Compliance Act* dite « FATCA », que l'on qualifie fréquemment d'extraterritoriale, organise la mise en œuvre de l'imposition de ses ressortissants à l'étranger en faisant peser de lourdes contraintes sur les organismes bancaires, lesquelles rejaillissent de manière démesurée sur les personnes américaines du seul fait d'être nées par accident sur le territoire des Etats-Unis (v. sur ce sujet, R. BISMUTH, « L'extraterritorialité du FATCA et le problème des "américains accidentels" », *JDI*, 2017, pp. 11 et s.). Plusieurs accords bilatéraux ont alors été conclus avec les Etats-Unis dans l'objectif de confier non aux banques mais directement à l'administration fiscale nationale le soin de communiquer les informations fiscales relatives aux ressortissants américains à l'étranger, tel l'accord franco-américain du 14 novembre 2013. Cet accord a fait l'objet d'une mesure interne d'application, l'arrêté du 25 juillet 2017 pris par le ministre des finances, contesté en ce qu'il porterait atteinte aux diverses garanties juridiques entourant le transfert des données personnelles. Son abrogation, demandée également en raison d'autres vices, a cependant été refusée.

Laissons à d'autres le soin de commenter « la redéfinition de l'office du juge saisi du refus d'abroger un acte réglementaire » opérée par l'assemblée du contentieux (C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « *Américains accidentels* : un discours sur l'Etat et l'Union », *AJDA*, 2019, pp. 1986 et s.), pour nous concentrer sur les aspects propres au droit international en droit interne contenus dans cet arrêt, et plus précisément l'application relativement inédite de deux principes préalablement énoncés en jurisprudence. Celui du contrôle de la réciprocité d'application des traités tout d'abord, mais aussi et surtout celui, plus complexe, relatif à la compatibilité des normes internationales en droit français, ici dans le cas d'un accord bilatéral confronté au droit dérivé de l'Union européenne.

Réciprocité d'application des traités – Par l'arrêt *Cheriet-Benseghir*, le Conseil d'Etat avait entendu se réapproprier le contrôle de la réciprocité d'application des traités exigée par l'article 55 de la Constitution, renonçant à renvoyer au Ministère des affaires étrangères une question y relative (CE, Ass., 9 juillet 2010, n° 317747, publié au *Rec. Lebon*). L'ancienne jurisprudence selon laquelle le juge interne s'estimait incompétent pour exercer un tel contrôle soulevait en effet d'importantes difficultés en termes d'exercice indépendant du pouvoir juridictionnel et donc de respect des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) en matière de garantie du procès équitable (Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, n° 49636/99, *Rec.* 2003-III, not. § 82). Elle avait en conséquence été abandonnée. Depuis 2010 cependant, le juge administratif n'a pas trouvé matière à exercer ce contrôle. Le cas de l'espèce lui en fournit l'occasion car est soulevé devant lui le moyen tiré de ce que l'administration aurait, en méconnaissance de l'exigence de l'article 55, adopté une mesure d'application d'un traité qui n'était pas respecté par l'autre partie. Le considérant de principe de l'arrêt de 2010 est alors repris *in extenso* (§ 11 *in fine*). En conséquence, c'est à un examen approfondi du respect de bonne foi par les Etats-Unis de leurs obligations issues de l'accord bilatéral qu'entend se livrer le juge. La distinction entre réciprocité des droits et obligations – non exigée par l'article 55 – et réciprocité dans leur application apparaît ici clairement. Un argument avancé était en effet relatif à l'inégalité des informations transmises par l'administration française à l'administration américaine, en comparaison

de l'inverse. Il n'est ici tout simplement pas question de réciprocité d'application, car « ces différences résultent de l'accord lui-même » (§ 12) dont les obligations incombant à chaque partie ne sont pas équivalentes. De nombreux traités comportent une inégalité entre les obligations d'un Etat et celles de son partenaire, illustrant seulement la liberté contractuelle des souverains. Elle n'a aucun rapport avec la réciprocité d'application de ces mêmes obligations, que l'on appelle pourtant « obligations réciproques » lorsqu'elles ne sont respectées qu'à la condition de leur respect par l'autre Etat partie, donnant en cas contraire matière à l'exception d'inexécution. D'autres arguments plus solides plaident pour le non-respect par les Etats-Unis de leurs engagements mais ils étaient relatifs à une obligation de moyen (au sens civiliste français) : s'efforcer de mener des consultations bilatérales pour faire évoluer l'accord en question. Il était ainsi difficile de conclure à son inexécution, qui ne ressortait en tous cas pas des éléments produits devant le Conseil d'Etat. Enfin, toujours à ce sujet, le Conseil précise que des erreurs commises par l'administration américaine dans la transmission des données fiscales vers la France « ne sauraient caractériser, par elles-mêmes, un défaut d'application du traité par la partie américaine » (§ 14). Cette dernière précision aurait gagné à être développée car en l'état, elle pourrait conduire à une confusion. On serait tenté de croire que le juge ne considérerait jamais la simple erreur de l'Etat étranger comme une violation de ses obligations. Faudrait-il dès lors caractériser par un élément psychologique l'illicéité qui seule conduirait à l'exception d'inexécution ? Il n'en est rien en droit international et tout porte à croire qu'en réalité, c'est le caractère minime et isolé de ces « erreurs » et pas leur caractère non intentionnel qui empêche le juge de remettre en cause l'application réciproque du traité en question. Ce faisant, il fait une juste application en droit interne du principe du droit international, codifié à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : seule une « violation substantielle » d'une obligation permet de suspendre son application.

En exerçant ainsi ce contrôle lui-même, le juge administratif confirme l'abandon de l'exclusivité du gouvernement en matière de relations diplomatiques. Il est également conduit à se charger de telles relations dans le traitement qu'il fait, seul, du conflit entre normes internationales, tout aussi susceptible de donner lieu à contestation de la part des Etats partenaires conventionnels de la France et d'engager sa responsabilité internationale.

Conflit entre normes internationales et de l'Union en droit français – Hypothèse qui fait l'objet d'une jurisprudence très circonscrite, l'incompatibilité de normes internationales en droit interne est une difficulté susceptible d'intervenir aujourd'hui plus fréquemment que l'on ne croit. Il s'agit de l'invocation devant le juge, dans le cadre d'un litige, de deux règles d'origine internationale qui ne peuvent être respectées de concert. Dans ce recours contre le refus d'abrogation de l'arrêté qui assurait l'application de l'accord bilatéral franco-américain, le moyen de « la méconnaissance alléguée de stipulations de droit international » avait également été soulevé. Un acte administratif est-il illégal car, bien qu'assurant la bonne exécution d'un traité, il conduise à contrevenir à l'exécution d'un autre engagement ? La haute juridiction commence par reprendre le considérant de principe de l'arrêt *Kandyrine de Brito Paiva* (CE, Ass., 23 déc. 2011, n° 303678, publié au *Rec. Lebon*), lequel ne faisait que développer et préciser la solution – ou plutôt l'absence de solution – trouvée par le juge administratif en cas de conflits entre traités dans l'arrêt *Zaïdi* (CE, 21 avril 2000, n° 206902, publié au *Rec. Lebon*). La confrontation de règles internationales ne se plaçant sur aucun terrain

hiérarchique, un véritable conflit est donc susceptible de survenir si les parties aux traités ne sont pas identiques. Il est par nature insoluble : les deux règles étant également valables en droit international, privilégier l'une par rapport à l'autre conduit nécessairement à un fait internationalement illicite. L'engagement de la responsabilité de l'Etat qui en découle n'est aucunement une « solution » au problème initial mais sa conséquence accidentelle. Le Conseil d'Etat le rappelle *in fine*, comme il l'avait déjà fait en 2011. Pour ne pas en arriver là, des pistes sont explorées. Tout d'abord, renvoyer « aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales » autrement dit à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui identifie surtout des cas dans lesquels il n'existe pas d'incompatibilité. Il s'agit de traités dont l'un dit expressément qu'il s'effacera au profit d'autres accords (art. 30 § 2) – alors l'application de ces derniers est bien respectueuse des stipulations du premier – mais également des traités successifs dont les parties sont les mêmes (art. 30 § 3), situation assimilable à une modification informelle du premier traité au profit du second. Les autres situations identifiées donnent quant à elles lieu à conflit sans solution et susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, hypothèse d'ailleurs réservée par l'article 30, § 5. Il s'agit des traités incompatibles qui n'ont pas les mêmes parties : bien que l'évidence rappelée par la Convention de Vienne commande de respecter le traité applicable à la situation intersubjective en cause (art. 30 § 4) – lorsque l'on interagit avec A, le traité conclu avec A est appliqué et celui conclu avec B est délaissé – cette situation peut conduire à ne pas respecter ses engagements envers B. Aucun principe ne régit non plus l'articulation entre ou avec des traités non-réciproques, qui ne peuvent être découpés en un faisceau d'obligations bilatérales, hypothèse pas même envisagée par la Convention de Vienne. C'est donc avant toute chose grâce à une démarche de conciliation, destinée à évacuer toute incompatibilité par l'interprétation des traités, « le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public », que le juge administratif français entend résoudre l'épineuse question. La réussite de cette conciliation est fondamentale car en cas contraire les principes du droit international ne seront d'aucun secours, n'apportant aucune règle objective de traitement de l'incompatibilité des engagements qui puisse être reçue et appliquée par le juge interne. Chaque Etat doit dès lors définir, unilatéralement, les critères qui présideront au choix du traité « préféré ».

Ces critères qui relèvent pourtant de la conduite des relations diplomatiques n'ont pas été dessinés par le pouvoir exécutif mais bien par le juge (v. D. ALLAND, « Le juge interne et les “conflits de traités” internationaux, *RFDA*, 2012, pp. 26 et s.). Ainsi le Conseil d'Etat a, depuis l'arrêt *Kandyrine*, choisi pour directive de politique judiciaire de privilégier « la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise », formule ici reprise (§ 17). Ce faisant, il protège l'acte administratif interne d'une censure sur le fondement d'un autre accord international en se soumettant au choix du traité déjà opéré par l'administration. Bien que critiquable, notamment lorsque l'on envisage le respect de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) qui ne sera jamais celle pour l'application de laquelle une décision administrative est prise, mais qui devrait pourtant toujours être pleinement applicable en tant que limite à toute action de l'administration, cette voie n'était pas ici empruntable.

En effet, le cas de l'espèce était relatif au cas réservé par l'arrêt *Kandyrine*, « où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne ». Bien que cela ne fut pas explicité alors, le droit de l'Union devrait de toute évidence être préféré, du seul fait de l'existence du mécanisme de la question préjudicielle. En cas d'incompatibilité le juge de l'Union pourrait être invité à se prononcer pour confirmer le conflit, en quel cas il imposerait au juge interne la préférence du droit quasi-fédéral. Ce dernier entend en effet être respecté nonobstant les accords auxquels l'Union n'est pas partie, ce qui est *a contrario* prévu par l'article 351 du TFUE en vertu duquel seuls l'existence d'accords incompatibles conclus par les Etats membres antérieurement à leur adhésion à l'Union sont tolérés, les Etats devant tout de même s'efforcer d'éradiquer cette discordance. Quant aux traités ultérieurs, ils ne doivent pas conduire à une défiance du droit de l'Union qui devra en tout état de cause leur être préféré, ainsi que la Cour de justice l'a confirmé en 2011 (CJUE [GC], 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America et autres*, C-366/10, §§ 71-72). Les choses ne sont pourtant pas aussi nettes en jurisprudence et bien que le cas de l'Union européenne soit « réservé », sa préférence systématique n'a toujours pas été affirmée. Ainsi dans l'arrêt *Air Algérie* le CE a connu d'un moyen tiré de la méconnaissance de divers accords internationaux par un arrêté pris sur le fondement d'une ordonnance, laquelle transposait une directive de l'Union. Le juge a assuré la conciliation de ces normes et évacué ainsi le moyen comme non fondé, sans le rejeter comme inopérant en raison d'une préférence systématique du droit de l'Union par rapport aux autres engagements internationaux de la France (CE, 6 décembre 2012, n° 347870, publié au *Rec. Lebon*).

Dans le cas de l'espèce, la décision contestée se présente comme une mesure non de transposition d'une directive de l'Union mais d'application d'un engagement bilatéral de la France. Le juge avait déjà été confronté à une situation comparable, d'une mesure de l'administration fiscale prise en application d'une convention franco-britannique, supposément contraire au droit primaire de l'Union et plus particulièrement au principe de non-discrimination. Sans aucune formule plus générale ni précision, le juge avait conclu à la compatibilité de la mesure avec le droit communautaire (CE, 27 juillet 2012, *M. B. A.*, n° 337656, publié au *Rec. Lebon*). Le présent arrêt se pose au contraire comme un arrêt de principe relatif à cette difficile question de l'articulation du droit international et du droit de l'Union. Pour autant, il est décevant car ne comporte aucune formule précisant les conséquences de cette « réserve faite des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne ». Le juge s'attache tout d'abord aux effets d'une clause du grand-père figurant dans le règlement de l'Union selon laquelle « les accords internationaux [du type de celui en question] conclus par les Etats membres avant le 24 mai 2016 et qui respectent le droit de l'Union en vigueur avant cette date restent en vigueur jusqu'à leur modification, leur remplacement ou leur modification » (art. 96 du règlement du 27 avril 2016, cité au § 19 de l'arrêt). Sans choisir la facilité de l'interpréter comme une clause conciliatrice par laquelle le droit de l'Union entendrait s'effacer au profit d'accords antérieurement conclus, le juge a préféré vérifier si la mesure administrative entrait dans le champ de cette clause autrement dit si elle était bien incompatible avec ledit règlement. En ce cas seulement, il aurait vérifié le respect du droit de l'Union dans son état antérieur. La question paraissait donc traitée avec une révérence particulière envers le droit de l'UE, dont le respect est vérifié bien que non exigé. Chose assez rare pour être remarquée, le juge a même motivé le fait de ne pas renvoyer de question préjudicielle à la CJUE : son interprétation « s'impose avec une

telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (§ 27 de l'arrêt). Mais il justifie en outre ce non-renvoi par un argument superfétatoire un peu contestable : le litige n'impliquerait pas l'interprétation du règlement du Parlement et du Conseil mais uniquement de l'accord bilatéral. On comprend mal comment une question de compatibilité entre normes pourrait se régler sans confrontation des deux normes, par la seule interprétation de l'une d'elles. Une telle conception pourrait réduire à néant les cas de renvoi au juge de l'Union : on considérerait ainsi que les moyens tirés de l'incompatibilité d'une mesure interne avec le droit de l'Union ne soulèvent que des questions d'interprétation du droit interne. En tout état de cause, l'arrêt laisse donc un peu sur sa faim, ne précisant pas que le droit de l'Union aurait été préféré en cas d'incompatibilité.

Il en va de même de la question de l'incompatibilité éventuelle entre la mesure administrative d'application de l'accord bilatéral et les engagements *erga omnes* de la France, à savoir la CEDH et la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981. Sans mention d'un quelconque principe de préférence de ce type d'engagement par rapport à un accord bilatéral, le juge français assure leur compatibilité par son interprétation conciliatrice, ici peu explicitée (§ 29 de l'arrêt). Non affirmée, la préférence donnée aux instruments de protection de droits fondamentaux, qui plus est protégés pas un mécanisme de contrôle juridictionnel obligatoire, serait pourtant, sur un plan strictement pragmatique, plus judicieuse. Nonobstant les formules générales avancées par le Conseil d'Etat en la matière, la question du conflit entre normes internationales (et européennes) en droit interne est donc très loin d'être parfaitement réglée.

HÉLÈNE RASPAIL

Ensemble : CE, 2^{ième} et 7^{ième} chambres réunies, 11 décembre 2019, M. B.A., n° 424219, mentionné au Rec. Lebon ; et CE, 2^{ième} et 7^{ième} chambres réunies, 11 décembre 2019, M. A.B., n° 427714, mentionné au Rec. Lebon

[Protection internationale — Asile — Conflit armé — Civil — Militaire — Afghanistan / International Protection — Asylum — Armed Conflict — Civilian — Military — Afghanistan]

« N° 424219

(...)

3. (...) aux termes de l'article 1^{er} A 2° de la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, modifiée par l'article 1^{er} 2 du protocole signé le 31 janvier 1967, la qualité de réfugié est notamment reconnue à : " Toute personne (...) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays". Selon l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : "Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes : / a) La peine de mort ou une exécution ; / b) La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; / c) S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et

résultant d'une situation de conflit armé interne ou international". Il résulte de ces dernières dispositions du c) de l'article L. 712-1 que l'existence d'une menace grave, directe et individuelle contre la vie ou la personne d'un demandeur à la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition qu'il rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle dès lors que le degré de violence généralisée caractérisant le conflit armé atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays ou la région concernés courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire, un risque réel de subir lesdites menaces. Toutefois, il en résulte également que la protection qu'elles prévoient n'a vocation à s'appliquer qu'aux civils.

4. Pour rejeter la demande de M. B... A..., la Cour nationale du droit d'asile, s'est fondée, d'une part, sur le caractère faiblement circonstancié de son récit sur les persécutions et menaces dont il dit avoir été victime. En ne mentionnant pas le certificat médical délivré par le service de psychiatrie du centre hospitalier universitaire de Saint-Etienne se bornant à décrire les symptômes psychiatriques affectant M. A..., elle n'a ni insuffisamment motivé sa décision, ni commis erreur de droit. La cour a, d'autre part, jugé, sans commettre d'erreur de droit, que l'appartenance au corps de la police nationale afghane, alors même qu'il ne s'agit pas d'une force militaire, interdisait de considérer l'un de ses membres comme un civil pour l'application des dispositions précitées du c) de l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Enfin en estimant que M. A... ne pouvait être regardé comme ayant démissionné de ce corps par son seul départ d'Afghanistan et en l'absence d'acte formel en ce sens, la cour a porté sur les faits qui lui étaient soumis une appréciation souveraine exempte de dénaturation et a pu par suite en déduire, sans inexacte appréciation des pièces du dossier, que l'intéressé ne pouvait bénéficier de l'application des dispositions du c) de l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

5. Il résulte de tout ce qui précède que M. A... n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision qu'il attaque. »

« N° 427714

(...)

3. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. A... B... était, à son départ d'Afghanistan, et ainsi qu'il l'a lui-même indiqué, membre d'une unité de l'ALP, la police locale d'Afghanistan, force chargée de la sécurité de son village et d'actions de lutte contre l'insurrection, placée sous le contrôle de la police nationale afghane. Par suite, en jugeant que M. A... B... devait être "regardé comme un civil" pour l'application des dispositions citées au point 2 du c) de l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la Cour nationale du droit d'asile a inexactement qualifié les faits de l'espèce.

4. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'OFPRA est fondé à demander l'annulation de la décision qu'il attaque. »

Afghanistan, Irak, Libye, Mali, République Centrafricaine, Somalie, Soudan, Syrie... : ces Etats, que détruisent des conflits armés d'intensités variables mais toujours trop élevées, sont le point de départ d'une multitude de déplacements forcés, générateurs de demandes de protection internationale auprès des autorités d'Etats tiers. La France a ainsi reçu en 2018 plus de 20 000 demandes de protection de ressortissant de ces Etats, soit près d'un cinquième de la totalité des demandes d'asile (voy., pour ces chiffres et les suivants, les rapports d'activités 2018 de l' OFPRA – le rapport 2019 n'est pas paru à l'heure où ces lignes sont écrites – et 2019 de la CNDA, disponibles sur leurs sites internet). Pour certains de ces Etats d'origine, la demande aboutit à une protection très

majoritairement subsidiaire : la qualité de réfugié, telle que définie par la Convention de Genève de 1951, n'est pas reconnue, faute souvent de motif conventionnel (religion, politique, ethnie...) de persécution, mais la protection subsidiaire (ci-après, « PS »), spécifiquement européenne puisqu'issue du droit de l'UE, est accordée, du fait de craintes liées à un conflit armé. Cela est particulièrement net pour les ressortissants syriens – près de 2 500 PS sur moins de 3 700 protections accordées – et afghans – 4 542 PS pour 402 statuts de réfugié (au stade de l'OFPRA dans les deux cas). Le nombre de demandes émanant de ressortissants d'Etats en proie à des conflits armés provoque ainsi une application fréquente et récurrente de la protection subsidiaire, et soulève ce faisant certaines questions juridiques qui, à défaut d'être nouvelles, deviennent prégnantes. Tel était le cas en l'espèce.

Les deux arrêts commentés concernent en effet des ressortissants afghans. Le premier, M. B.A., s'était vu refuser sa demande de protection internationale par l'OFPRA et par la CNDA, quand le second, M. A.B., avait obtenu une protection subsidiaire devant la CNDA. Ce refus et cet octroi de protection reposaient néanmoins sur des options divergentes d'interprétation d'une même question : celle de la qualité – ou non – de « civil » des requérants. Cette qualité fait partie des conditions d'obtention de cette protection, puisque selon l'article L712-1 CESEDA, qui reprend sur ce point l'article 15 de la « Directive qualification » (Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011), « le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne (...) pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes : (...) c) *S'agissant d'un civil*, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ». Or, dans les deux affaires sous examen, les requérants appartenaient aux forces de polices afghanes – nationales dans le premier cas, locales dans l'autre. Le premier avait en outre quitté son pays sans démissionner de son poste auparavant. Deux questions étaient donc en jeu : un policier est-il un civil ? Sinon, le fait de quitter son pays sans démissionner de son poste est-il constitutif d'un retour à l'état de civil ou non ?

La première question suppose de définir la qualité de civil. Or, aussi importante qu'elle soit en pratique – nous avons rappelé ci-dessus les chiffres de la PS concernant les ressortissants afghans – cette notion n'a été définie ni par la CJUE, ni par le Conseil d'Etat, alors même qu'ils en ont eu l'occasion à plusieurs reprises. Ainsi, en 2014, la CJUE a refusé de consacrer le rapprochement qui semblait s'imposer entre le droit de la protection internationale et le droit humanitaire : commune aux Conventions de 1949 et 1951, la notion de « civil » aurait pu trouver quelques éclaircissements et points d'appui dans le droit des conflits armés – à défaut d'une définition claire et pleinement opérationnelle, tant il est vrai que la qualification de « civil » est perturbée par l'asymétrie des nouveaux conflits armés et la diversité des formes d'engagements dans les combats et la lutte armés. Saisie d'une demande d'interprétation de l'article 15c) de la Directive qualification relatif à la protection subsidiaire, la CJUE a pourtant explicitement refusé d'entrer dans cette voie d'interprétation (CJUE, 30 janv. 2014, *Diakité*, C-285/12, §26). Elle n'a pas pour autant donné une définition propre au droit de la protection internationale du « civil » puisqu'elle s'est contentée d'indiquer que les

notions contenues dans l'article 15c) devaient être comprises en leur « sens habituel en langage courant » (§§27-28). La CNDA semble avoir suivi cette invitation : en 2018 en effet, la Cour a précisé dans une décision classée, à propos d'un requérant ayant « pris les armes lors de l'attaque de son village (...), à l'image de l'ensemble des villageois » afin de « défendre sa famille et ses biens spontanément », agissant ce faisant « de son chef, sans obéir aux ordres d'aucun commandement ou d'aucune autorité » – que « la seule possession d'une arme à des fins de défense, indépendamment de toute participation à une unité armée organisée ou constituée en vue de combattre, ne saurait remettre en cause sa qualité de civil » (CNDA, 9 févr. 2017, *M. A.*, n°16005729 C+, Cons. 5). Une certaine formalisation de la participation aux hostilités, par l'inscription dans le cadre d'une unité qui semble devoir être de combat – qu'elle soit militaire, en tant qu'unité de l'armée nationale, ou rebelle – est ainsi attendue pour exclure la qualité de civil. On est certes loin des subtilités de la notion de « participation directe aux hostilités » telle que définie par le CICR (N. MELZER, « Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire », CICR 2010), et la définition manque assurément de détails, mais elle a le mérite d'opérer une clarification en définissant le « non-civil » comme une personne engagée, *de son propre chef*, dans un groupe plus ou moins formel, mais doté d'un *certain niveau de cohésion* – la Cour parle d'unité « organisée » ou « constituée » – afin de participer à un conflit armé – il doit s'agir selon la Cour d'une unité armée ou constituée « *en vue de combattre* ». Le « sens habituel » des termes, auquel la CJUE invite à se référer, est respecté – un civil d'après les dictionnaires usuels est celui « qui n'est pas militaire » – tout en étant complété par la prise en compte de la physionomie actuelle des conflits. Las, en jugeant elle-même deux ans plus tard que l'appartenance à la police afghane relevait de cette définition, la CNDA en a trahi l'esprit, et le Conseil d'État, dans les arrêts sous examen, ne l'a pas démentie, puisqu'il a confirmé cette qualification.

On peut sérieusement douter pourtant que des forces de police, qui ne sont pas des forces militaires, soient des unités armées « organisées ou constituées en vue de combattre ». En son sens habituel, la « police » désigne, là encore selon les dictionnaires, « l'ensemble d'organes et d'institutions assurant le maintien et le rétablissement de l'ordre public et permettant de réprimer les infractions », quand l'armée est constituée en vue de défendre et de combattre « en particulier au cours d'un conflit ». On peut certes opposer à cela la situation spécifique de la police nationale afghane, dont les membres peuvent être amenés à participer aux hostilités, notamment contre les Talibans. Mais il aurait alors fallu préciser – comme le fait le Conseil d'État dans sa seconde décision mais non dans la première, ajoutant ainsi de la casuistique à la casuistique – que seuls les policiers relevant de la police nationale afghane ou placés sous son autorité *et chargés d'actions de lutte contre l'insurrection* ne peuvent être qualifiés de civils et donc bénéficier de la protection subsidiaire. Il manque en toute hypothèse à ces deux arrêts une définition générale du civil que la Haute Assemblée avait pourtant l'occasion de donner.

Sur le second point, relatif aux conséquences d'un abandon de poste sur la qualité de civil, la CNDA et la Haute Assemblée s'inscrivent dans une voie jurisprudentielle beaucoup mieux repérée. En jugeant que le fait de désertir l'armée ou la police, sans rompre formellement son engagement, ne permet pas de recouvrer la qualité de civil, le Conseil d'État confirme en effet une solution adoptée de longue date par la CNDA (voy. CNDA, 24 janv. 2013, n° 12018368 C+), et confirmée récemment (CNDA,

5 juillet 2019, *M. O.*, n° 18000865 C+). La solution a le mérite de la clarté et de la constance – à défaut de la praticité : prouver une démission et son acceptation, par la production de documents que les autorités de l’asile jugeraient authentiques, relève de la gageure. Prouver la qualité de policier ou de militaire sera assurément plus aisé – et peut permettre par ailleurs d’obtenir une protection au titre de la Convention de Genève, à tout le moins dans le cadre afghan : la CNDA juge désormais que l’appartenance à la police afghane justifie l’existence de craintes de persécution liées aux opinions politiques adverses imputées aux policiers par les talibans et les autres groupes rebelles (CNDA, 28 novembre 2018, *M. O.*, n°18007777 R) – en une solution étendue l’an dernier aux membres de l’armée (CNDA, 8 janv. 2019, *M. S.*, n°17049487 R).

THIBAUT FLEURY GRAFF

CE, Ass., 24 décembre 2019, M^{me} A. B., n° 427017, publié au *Rec. Lebon*

[Apatridie — Réfugié — Palestine — Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) — Exclusion de la protection / Statelessness — Refugee — Palestine — United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) — Exclusion of protection]

« Vu la procédure suivante :

Mme A... B... a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler pour excès de pouvoir la décision du 12 avril 2016 par laquelle l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a refusé de lui reconnaître la qualité d'apatride.

Par un jugement n°1609276/5-3 du 19 avril 2017, le tribunal administratif de Paris, faisant droit à sa demande, a annulé cette décision et enjoint à l'OFPRA de lui accorder le statut d'apatride.

Par un arrêt n°17PA02001 du 13 novembre 2018, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par l'OFPRA contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux mémoires enregistrés les 11 janvier, 9 avril et 10 décembre 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides ;

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

- le code de justice administrative ;

(...)

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que *Mme B...*, née de parents palestiniens le 5 avril 1986 au camp de réfugiés de Nahr-el-Bared, au Liban, y a vécu jusqu'en 2015, date de son entrée en France sous couvert d'un document de voyage délivré pour les réfugiés palestiniens par les autorités libanaises à Beyrouth. Le 25 février 2015, *Mme B...* a sollicité auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) la reconnaissance de la qualité d'apatride sur le fondement de l'article L. 812-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Par une décision du 12 avril 2016, cette demande a été rejetée. Saisi par *Mme B...*, le tribunal administratif de Paris a

annulé pour excès de pouvoir cette décision par un jugement du 19 avril 2017 et a enjoint à l'OFPRA de lui octroyer le statut d'apatride. L'Office français de protection des réfugiés et apatrides se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 13 novembre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel dirigé contre ce jugement.

2. L'article L. 812-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que : "La qualité d'apatride est reconnue à toute personne qui répond à la définition de l'article 1er de la convention de New-York du 28 septembre 1954. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux apatrides en vertu de cette convention". L'article 1er de la convention de New-York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides stipule que : "1. Aux fins de la présente convention, le terme "apatride" désigne une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation. 2. Cette convention ne sera pas applicable : i) Aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le haut-commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, tant qu'elles bénéficieront de ladite protection ou de ladite assistance (...)".

3. L'Office de secours et de travaux des Nations unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) a été créé par la résolution n° 302 (IV) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 8 décembre 1949 afin d'apporter un secours direct aux "réfugiés de Palestine" se trouvant sur l'un des Etats ou des territoires relevant de son champ d'intervention géographique, à savoir le Liban, la Syrie, la Jordanie, la Cisjordanie et la bande de Gaza. Il résulte des instructions d'éligibilité et d'enregistrement consolidées adoptées par cet organisme en 2009 que ces prestations sont délivrées, d'une part, aux personnes, enregistrées auprès de lui, qui résidaient habituellement en Palestine entre le 1^{er} juin 1946 et le 15 mai 1948 et qui ont perdu leur logement et leurs moyens de subsistance en raison du conflit de 1948, ainsi qu'à leurs descendants et, d'autre part, aux autres personnes éligibles mentionnées au point B. du III de ces instructions qui en font la demande sans faire l'objet d'un enregistrement par l'UNRWA. Eu égard à la mission qui lui est assignée et aux intentions exprimées par les auteurs de la convention de New-York, l'UNRWA doit être regardée comme un organisme des Nations Unies, autre que le haut-commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, offrant une assistance à ces personnes, au sens des stipulations mentionnées au point 2. Cette assistance, qui suppose que la personne soit admise à résider habituellement dans l'un des Etats ou territoires situés dans la zone d'intervention de cet organisme, est regardée comme équivalant à la reconnaissance des droits qui sont garantis aux apatrides par la convention de New-York, en particulier la protection juridique qu'un Etat doit en principe accorder à ses ressortissants.

4. Il résulte des stipulations citées au point 2 que la convention du 28 septembre 1954 n'est pas applicable à un réfugié palestinien tant qu'il bénéficie effectivement de l'assistance ou de la protection de l'UNRWA telle qu'elle est définie au point précédent. Dès lors qu'il a perdu le bénéfice effectif d'une telle assistance ou protection et qu'aucun Etat ne le reconnaît comme l'un de ses ressortissants par application de sa législation, un réfugié palestinien bénéficie, sous réserve des autres clauses d'exclusion prévues à l'article 1^{er}, du régime de la convention du 28 septembre 1954 et peut solliciter, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 812-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'octroi du statut d'apatride.

5. Un réfugié palestinien qui se trouve en dehors de la zone d'activité de l'UNRWA ne bénéficie plus effectivement de la protection ou de l'assistance de cet Office dans les cas ci-dessous définis.

6. Le premier cas correspond à l'hypothèse où une menace grave pour sa sécurité a contraint un réfugié palestinien à quitter l'Etat ou le territoire situé dans la zone d'intervention de l'UNRWA dans lequel il avait sa résidence habituelle et fait obstacle à ce qu'il y retourne. Le deuxième cas correspond à l'hypothèse dans laquelle une telle menace, apparue après le départ de l'intéressé, fait pareillement obstacle à son retour sur place. Le

troisième cas correspond à l'hypothèse où, pour des motifs indépendants de sa volonté, étrangers à l'existence d'une menace pour sa sécurité, un réfugié palestinien se trouve dans l'impossibilité de regagner l'Etat ou le territoire dans lequel il avait sa résidence habituelle.

7. En outre et eu égard aux exigences attachées au respect de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui protège les personnes dépourvues de nationalité des atteintes excessives au droit au respect de la vie privée, doit également être regardé comme ne bénéficiant plus effectivement de l'assistance ou de la protection apportée par l' UNRWA dans sa zone d'intervention un réfugié palestinien qui possède en France des liens familiaux ou des liens personnels, compte tenu notamment de la durée de sa résidence sur le territoire, tels que le centre de ses intérêts se trouve désormais en France où il est dès lors fondé, à la condition qu'aucun Etat ne le reconnaisse comme l'un de ses ressortissants par application de sa législation, et sous réserve des autres clauses d'exclusion prévues par la convention du 28 septembre 1954, à demander que lui soit octroyé le statut d'apatride sur le fondement de l'article L. 812-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile afin de bénéficier de la protection juridique à laquelle il a droit à ce titre.

8. Il s'ensuit qu'en jugeant que le refus de l'OFPRA de reconnaître la qualité d'apatride à Mme B... était illégal après avoir relevé qu'elle ne possédait aucune nationalité et qu'elle n'avait pas conservé sa résidence habituelle dans une zone placée sous la protection de l' UNRWA sans rechercher si elle relevait d'une des hypothèses décrites aux points 6 et 7 pour vérifier qu'elle avait perdu le bénéfice effectif de l'assistance ou de la protection de l'UNRWA, la cour administrative d'appel de Paris a entaché son arrêt d'erreur de droit.

9. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, l'OFPRA est fondé à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris qu'il attaque.

DECIDE :

Article 1^{er} : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 13 novembre 2018 est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée devant la cour administrative d'appel de Paris.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et à M. A... B.... »

Le présent arrêt du Conseil d'Etat, trop vite cantonné dans le droit de l'apatridie *stricto sensu*, est passé inaperçu auprès des spécialistes du droit de l'asile et des réfugiés. Pourtant, ses implications dépassent largement le contentieux du statut d'apatride. A première vue en effet, il n'est pas seulement question d'un « simple » (s'il en est...) cas d'apatridie mais bien d'un cas topique de personne « réfugiée-apatride » : une réfugiée de Palestine. Les liens avec le contentieux de l'asile sont en outre étroits en raison de la question posée à la haute juridiction en matière d'apatridie, déjà tranchée *mutatis mutandis* à propos du statut de réfugié : à quelles conditions est-ce qu'une personne relevant de la protection de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine au Proche-Orient (UNRWA) peut-elle prétendre à l'obtention d'un statut d'apatride en France ? Le juge administratif retiendra ici une solution plus généreuse que celle qu'avait fait sienne le juge de l'asile, ce qui n'est pas sans soulever de nombreuses interrogations.

Le Mandat de l'UNRWA s'exerce sur aujourd'hui près de 6 millions de personnes. La requérante, M^{me} A. B., née de parents réfugiés de Palestine dans un camp au Liban, en faisait justement partie. On rappellera que l'organisme a été institué pour protéger les personnes déracinées par le conflit israélo-arabe de 1948, qui avaient leur résidence en

Palestine « du 1^{er} juin 1946 au 15 mai 1948 » et qui ont perdu, du fait de la guerre, leurs domiciles et moyens de subsistance (Rés. AGNU 302 (IV) du 8 décembre 1949, *Aide aux réfugiés de Palestine*). *Ratione loci*, la compétence de l'UNRWA s'étend sur les territoires palestiniens occupés en tout ou partie à savoir la Cisjordanie dont Jérusalem-Est et la bande de Gaza mais aussi les Etats arabes avoisinants (Liban, Syrie, Jordanie), pays de premier refuge de ces exilés historiques. Son mandat a été constamment renouvelé depuis lors, s'étendant à ceux ayant fui les hostilités de 1967, puis les suivantes, ainsi qu'à la descendance de l'ensemble de ces personnes, telle que M^{me} B. Le positionnement de l'UNRWA était et reste politiquement délicat : comment protéger durablement des réfugiés sur un territoire qu'ils revendiquent mais qui ne leur appartient pas, voire dans des pays tiers alors qu'ils entendent faire jouer un « droit au retour » sur leur terre occupée ? Comment articuler la compétence de cet organisme avec celle du Haut-commissariat pour les réfugiés (HCR) que l'Assemblée générale chargera, dès 1950, des réfugiés de droit commun (Rés. 428 (V), 14 décembre 1950, *Statut de l'Office du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*), puis de tous ceux qui entrent dans le champ de la Convention de Genève de 1951 et du Protocole de New York de 1967, ainsi que des apatrides tels qu'identifiés par la Convention de New-York de 1954 ? La solution, forcément mauvaise, sera donnée par ces instruments. Elle consistera en une exclusion. Ni le mandat du HCR ni les conventions protectrices ne s'appliquent ainsi « [s]ur les personnes qui continuent de bénéficier de la protection ou de l'assistance d'autres organismes ou institutions des Nations Unies », ceci visant bien entendu l'UNRWA (§ 7 point c. du Statut du HCR, et formules similaires : art. 1 D de la Convention de Genève ; art. 1. 2 (i) de la Convention de New-York). Cela, afin de préserver intacte la vocation au retour des réfugiés en Palestine, dans l'attente indéfinie d'une solution à deux Etats. La solution fait donc peu de cas du niveau de protection atteint : elle cantonne ces personnes dans la précarité d'un refuge à jamais temporaire, qui ne comporte notamment pas de recherche d'assimilation ni vocation à la naturalisation par l'Etat de refuge (art. 34 de la Convention de Genève et 33 de la Convention de New-York, dont ils sont exclus). Ainsi la requérante a-t-elle pu naître et vivre toute sa vie durant sur le territoire libanais sans acquérir la nationalité de cet Etat.

Apatride, ce peuple l'est donc de toute évidence et le sera encore pour les générations à venir : faute d'accéder au statut d'Etat, la Palestine n'a pour l'heure pas le pouvoir de conférer une nationalité au sens du droit international. Le juge de l'asile le reconnaît d'ailleurs implicitement lorsqu'il analyse les craintes des palestiniens de Gaza ou de Cisjordanie non pas dans le cadre d'un quelconque Etat de nationalité, pour lui inexistant, mais vis-à-vis de « l'autorité qui exerce effectivement les prérogatives liées au pouvoir » dans leur zone de résidence (l'Autorité palestinienne pour Gaza (CE, 5 novembre 2014, *M. A.*, n° 363181, cette chronique, 2015, p. 459, note A. MARIE) ; l'Autorité palestinienne mais aussi Israël en Cisjordanie (CE, 24 avril 2019, *M. A. B.*, n° 408992, cette chronique, 2019, p. 813, avec notre note)). Les palestiniens n'en sont pas pour le moins aussi des réfugiés, actuels ou en puissance : l'Autorité palestinienne, concurrencée de toutes parts, est un acteur bien peu à même d'assurer effectivement la protection de la population sur laquelle elle est supposée exercer son pouvoir ; les entités au positionnement extrémiste telles que le Hamas exacerbent les conflits intra-palestiniens ; enfin et surtout, la politique d'expansion nationaliste menée par Israël a conduit une grande partie de la population à n'avoir d'autre solution que la fuite. Il est ainsi aisé de voir dans chaque palestinien une personne qui craint avec raison

d'être persécutée du fait de sa « nationalité » (tout du moins celle à laquelle il prétend) ou bien de ses « opinions politiques » (trop ou pas assez indépendantistes). Sans même qu'il soit nécessaire de vérifier la réunion de ces conditions, le statut de réfugié doit ainsi être reconnu « de plein droit » pour toutes les personnes qui entraînent dans le mandat de l'UNRWA mais dont la protection de ce dernier serait tombée (« [I]orsque cette protection ou cette assistance aura cessé pour une raison quelconque », en vertu de l'article 1 D, alinéa 2 de la Convention de Genève ; une disposition similaire figurant dans la Convention de New York sur le statut des apatrides). L'exclusion a ainsi des limites et les réfugiés-apatrides de Palestine auront à cet instant un accès en principe automatique aux deux statuts de protection internationale.

Pourquoi alors privilégier la demande d'un statut d'apatride alors que le statut de réfugié, plus protecteur, était également accessible « de plein droit » ?

Il faut en premier lieu préciser qu'en France, bien qu'un seul et même organisme soit en charge de la reconnaissance de ces statuts internationalement définis, à savoir l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA), les procédures sont distinctes et aux mains des demandeurs. Les demandes font l'objet de deux types de dossiers ; sera instruite en priorité la demande sur le statut de réfugié et, en cas de rejet, la demande de statut d'apatride sera examinée subsidiairement, à condition qu'elle ait bien été déposée. Si une personne s'est fourvoyée dans une demande de statut de réfugié alors qu'elle n'entraîne que dans le champ de la convention de New-York, l'OFPRA n'ira pas d'office lui proposer la protection à laquelle elle aurait pourtant droit, faisant apparaître d'emblée une difficulté d'articulation génératrice d'insécurité juridique. Pourtant, au stade de l'examen d'une demande d'asile, il est nécessaire de passer par une étape préliminaire de détermination de l'Etat dit de nationalité, cadre d'examen des craintes de persécutions ou atteintes graves. A défaut, la Convention de Genève prévoit que les craintes seront examinées dans le cadre de l'Etat de résidence habituelle (art. 1 A 2 *in fine*). Cette hypothèse correspond au cas des réfugiés-apatrides. Le juge de l'asile est donc nécessairement conduit à identifier les problèmes d'apatridie qui se présentent à lui ; il serait alors simple de reconnaître aussitôt le statut idoine à la personne concernée. Il suffirait d'envisager une demande globale pour l'ensemble des protections internationales, de l'OFPRA jusqu'au recours administratif de plein contentieux. C'est déjà partiellement le cas puisqu'un demandeur d'asile n'a pas à qualifier juridiquement sa demande, ou en tout cas pas de manière précise, et peut se voir intégrer d'office dans le champ de la protection subsidiaire du droit de l'Union européenne alors même qu'elle demandait la reconnaissance du statut de réfugié de la Convention de Genève. Embrasser l'apatridie dans le même raisonnement ne serait donc pas juridiquement inenvisageable.

En l'état, le droit français ne le permet cependant pas. La CNDA n'est pas en charge des recours contre les décisions de rejet du statut d'apatride adoptées par l'OFPRA, limite à sa compétence bien peu compréhensible. C'est ainsi le juge administratif de droit commun qui est compétent en la matière. La distinction des contentieux va plus loin : non seulement organique, elle est aussi fonctionnelle. Alors que la CNDA, juridiction administrative spécialisée, est juge de plein contentieux, le juge administratif de droit commun n'est, en matière d'apatridie, que le juge de l'excès de pouvoir de l'OFPRA, lui renvoyant, en cas d'annulation, le soin d'adopter une nouvelle décision quant au statut de la personne (CE, 22 juill. 1994, *Jabl*, n° 144859, publié au *Rec. Lebon*). On peine à concevoir système plus compliqué. Dans cette affaire, le rapporteur public

Alexandre LALLET, de même que, avant lui, le commissaire du gouvernement à l'époque de l'affaire *Jabl*, a alors proposé une légère simplification consistant à faire basculer le contentieux de l'apatridie dans la pleine juridiction. La nature des contentieux, quand elle n'est pas d'origine législative, est en effet définie de manière purement prétorienne : on se souvient des célèbres conclusions de Bruno GENEVOIS dessinant les contours du contentieux de pleine juridiction de l'asile, suivies par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Aldana Barrena* (CE, Sect., 8 janv. 1982, n° 24948, publié au *Rec. Lebon*). Une telle évolution pouvait donc être envisagée à propos de l'apatridie. Certains arguments auraient ainsi pu jouer en sa faveur : la reconnaissance du statut d'apatride est, comme celle du statut de réfugié, un acte reconnaissant. Il s'agit de reconnaître automatiquement un statut dès lors que certaines conditions sont réunies et non d'accorder une protection en faisant usage d'un pouvoir discrétionnaire. Un juge pourrait dès lors parfaitement s'en charger. Il a d'ailleurs pu le faire par voie d'exception, alors que le statut d'apatridie était invoqué de la sorte à l'occasion d'un autre recours, sans avoir été préalablement demandé (v. sur ces arguments le commentaire de C. MALVERTI et C. BEAUFILS, « Les réfugiés palestiniens et la convention de New York relative aux apatrides (...) », *op. cit.* Par son silence gardé, l'Assemblée du Conseil d'Etat semble néanmoins préférer garder le *statu quo*. Le juge administratif reste donc un juge *a minima* dans le cadre du contentieux de l'apatridie. On peine à regretter ou au contraire louer cette solution : peu d'arguments apparaissent convaincants, dans un sens ou dans l'autre, tant l'ensemble de ce contentieux mériterait d'être repensé sur le plan organique.

C'est pourtant cette séparation organique des contentieux, et les divergences de jurisprudence qui peuvent en découler, qui ont peut-être conduit la requérante à choisir la voie de l'apatridie plutôt que celle de la reconnaissance du statut de réfugié. Dans ce dernier cadre, la jurisprudence relative aux limites de l'exclusion des réfugiés-UNRWA était fixée. Après une première orientation française analysant l'alinéa 2 de l'article 1 D de la Convention de Genève de manière plus que restrictive, considérant que les réfugiés-UNRWA ne pourraient jamais bénéficier de plein droit du statut de réfugié sauf si l'organisme « cessait toute activité et si aucune résolution n'était adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies pour régler définitivement le sort des populations palestiniennes » (CE, 23 juillet 2010, *OFPRA c. Assfour*, n°318356, publié au *Rec. Lebon*), le juge de l'Union est intervenu pour redonner effet utile à cette disposition conventionnelle. Ainsi, depuis une décision de 2012, doit être automatiquement reconnu comme réfugié celui qui a perdu la protection de l'organisme onusien « pour une raison échappant à son propre contrôle et indépendante de sa volonté », notamment lorsque la personne « se trouve dans un état personnel d'insécurité grave et que cet organisme est dans l'impossibilité de lui assurer, dans cette zone, des conditions de vies conformes à la mission dont ce dernier est chargé » (CJUE [GC], *Mostafa Abed El Karem El Kott et autres*, 19 déc. 2012, C-364/11, §§ 58, 63 et 65). La CJUE est d'ailleurs venue préciser que la protection de l'UNRWA ne pouvait s'entendre que dans un pays « lui permettant d'y séjourner en sécurité, dans des conditions de vie dignes et sans être exposée au risque d'être refoulée » (CJUE, 25 juillet 2018, *Alheto*, C-585/16). La logique de la clause d'exclusion de l'article 1 D est ainsi retrouvée : elle ne se justifie qu'à condition et aussi longtemps que le réfugié bénéficie, ailleurs, d'une protection *effective*. Un raisonnement similaire se retrouve dans les cas d'irrecevabilité des personnes bénéficiant déjà d'une protection internationale dans un Etat tiers. Elles ne peuvent pas revendiquer un statut ici, sans demander au préalable à y

entrer et séjourner légalement, alors qu'elles bénéficient d'une protection qui leur profite déjà là-bas. Mais elles pourront en revanche prétendre – prétendre seulement, c'est ce qui diffère du cas du réfugié-UNRWA qui se verrait reconnaître de plein droit un statut sans examen de ses craintes – à une protection si elles démontrent que celle qu'on leur avait accordé n'était plus effective (CE, Ass, 13 nov. 2013, *Oumarov*, n° 349735 et 349736, cette chronique, 2014, p. 422, note A. MARIE). Il n'est donc aucunement nécessaire de démontrer des craintes de persécution dans son pays de refuge pour être recevable à chercher ailleurs une nouvelle protection, mais plus simplement de prouver la défaillance de la protection dans ce refuge initial.

Concernant les réfugiés-UNRWA, ainsi, l'effectivité de la protection ne peut résulter du seul enregistrement de la personne auprès de l'organisme, si elle n'a jamais été en fait placée sous cette protection. C'est par exemple le cas d'un enfant né au Liban et enregistré par l'UNRWA mais dont les parents sont partis avec lui vivre en Libye : son pays de résidence habituelle sera ce dernier Etat et il ne sera pas considéré comme, en fait, protégé par l'agence onusienne. La clause d'exclusion ne jouera pas à son égard (CNDA, 2 nov. 2016, *M. H.*, n°16011360, *Rec.*). Dans le cas de l'espèce cependant, Mme A. était bien restée au Liban jusqu'en 2015. Il aurait donc été nécessaire de démontrer que son départ était indépendant de sa volonté, conséquence d'une absence de protection effective.

Cette ligne jurisprudentielle tracée par la CJUE ne s'imposait aucunement au juge de l'apatridie. On rappelle en effet que cette question n'entre pas dans le champ du droit de l'Union, à la différence du droit d'asile *stricto sensu*. La voie pour une jurisprudence plus protectrice, spécifique aux apatrides, était donc ouverte. Alors qu'« une simple absence de cette zone [UNRWA] ou la décision volontaire de la quitter ne saurait être qualifiée de cessation de l'assistance » pour la CJUE en droit des réfugiés (arrêt *El Kott*, § 59, préc.), la requérante aurait pu espérer que cela soit le cas pour un juge administratif libre de toute interprétation à propos de la Convention sur l'apatridie. Sans aller jusque-là, ce qui aurait vraiment conduit à vider de toute pertinence la clause d'exclusion de la Convention de New York, le Conseil d'Etat s'est clairement engagé dans une restriction de son effet, ajoutant au cas précédemment énoncé trois autres situations. La haute juridiction énonce comme première frontière à partir de laquelle l'exclusion ne joue plus « l'hypothèse où une menace grave pour sa sécurité a contraint un réfugié palestinien à quitter l'Etat ou le territoire situé dans la zone d'intervention de l'UNRWA dans lequel il avait sa résidence habituelle et fait obstacle à ce qu'il y retourne » (§ 6 de l'arrêt). Ceci n'a rien d'étonnant et transpose simplement la solution dégagée à propos du statut de réfugié, bien que de manière trop restrictive. Il eut sinon fallu trouver une formule plus large, permettant d'englober toute défaillance dans la protection. Le Conseil a choisi d'ajouter à cette hypothèse une deuxième qui ne remplit pas ce rôle mais envisage un autre cas, dans lequel « une telle menace, apparue après le départ de l'intéressé, fait pareillement obstacle à son retour sur place » (*ibidem*). Il s'agit ici d'envisager un départ volontaire, alors que la protection était encore effective, et un changement de situation une fois sur place. Soit : ce qui vaut pour une persécution, qui peut exister avant le départ ou bien arriver une fois sur place et justifiant qu'on prétende au statut de réfugié, peut en effet valoir *a fortiori* pour une absence de protection effective. Il énonce ensuite l'hypothèse de « l'impossibilité de regagner l'Etat ou le territoire dans lequel il avait sa résidence habituelle », qui recouvre la situation de refus de réadmission du pays de

refuge-UNRWA. Ce cas, envisagé de manière pragmatique, n'était pas non plus précisé par la jurisprudence européenne de l'asile mais peut aussi être induit : comment prétendre à une protection effective alors qu'on n'est matériellement pas en mesure d'accéder au territoire où elle s'exerce ? D'ailleurs, l'article L.723-11 du CESEDA prévoit que l'irrecevabilité des demandes lorsqu'il existe une protection internationale dans un Etat tiers, cas sus-évoqué en raison des similitudes qu'il comporte avec le présent cas d'exclusion, ne joue qu'à condition que l'intéressé y soit « effectivement réadmissible ». On peut cependant s'interroger sur la nécessité de préciser des cas de figure qui pouvaient être impliqués par une formule plus large, envisageant toute situation dans laquelle une personne ne peut ou ne veut retourner dans la zone de protection UNRWA car ne pouvant y mener une vie familiale normale. L'essence de la protection internationale n'est-elle pas de permettre à une personne de reconstruire une telle vie dans un Etat de refuge ?

Sans aller aussi loin en faveur des apatrides, le Conseil d'Etat a envisagé une dernière hypothèse pourtant très généreuse, mais dans un sens inattendu. Elle ne concerne en effet plus la situation dans la zone de protection-UNRWA quittée, mais celle retrouvée en France, lorsque le réfugié palestinien y possède « des liens familiaux ou des liens personnels, compte tenu notamment de la durée de sa résidence sur le territoire, tels que le centre de ses intérêts se trouve désormais en France ». Pour le Conseil d'Etat, il s'agit-là de veiller tout en même temps aux « exigences attachées au respect de l'article 8 » de la CEDH. Toute charitable qu'elle puisse paraître, on comprend mal cette limite posée à la clause d'exclusion qui semble, d'une part, paradoxalement réductrice et, d'autre part, d'une générosité non indispensable.

D'une part, la limite n'a en effet plus aucun rapport avec son objet, à savoir l'existence d'une protection effective dans un pays de refuge initial, comme l'aurait en revanche été l'hypothèse, négative, d'absence de possibilité d'y mener une vie familiale normale. Pourquoi exiger des liens particuliers avec la France (voire même une résidence d'une durée suffisante ? A quel titre ?) alors qu'une personne peut avoir tout perdu ailleurs ? Ce n'est de toute évidence pas en ce sens qu'allait la Convention sur le statut des apatrides et apparaît donc réducteur des possibilités d'octroi du statut.

D'autre part, elle ne paraît pas non plus indispensable : l'idée défendue par le rapporteur public, ici suivi par le Conseil, était de concilier les exigences de la CEDH avec celles de la Convention de New-York. Mais étaient-elles seulement incompatibles ? L'article 8 qui protège le droit à la vie privée et familiale n'est pas nécessairement heurté par le refus du statut d'apatride. La personne qui bénéficie de tels liens avec la France pourrait en effet se voir octroyer un titre de séjour « vie privée et familiale » qui n'est aucunement conditionné à l'octroi dudit statut ; seul le refus d'un tel titre de séjour aurait pu entrer en conflit avec ladite disposition de la CEDH dans son volet protecteur de la vie familiale, comme l'illustre le contentieux administratif y relatif, ce qui n'était pas le cas de l'espèce.

L'Assemblée précise alors que ceci est à la « condition qu'aucun Etat ne le reconnaisse comme l'un de ses ressortissants par application de sa législation ». On s'étonne de cette précision surabondante : une clause d'exclusion ne trouve en effet à s'appliquer qu'à la condition préalable de l'inclusion dans le champ de la convention. Autrement dit, que la requérante ne soit la nationale d'aucun Etat, quel qu'il soit, était un prérequis pour aller plus loin dans l'analyse. Mais cette précision permet de justifier la

dernière limite posée à l'exclusion-UNRWA. Elle rappelle ainsi, en filigrane, qu'il était précisément question d'une personne apatride et qu'un simple titre de séjour est en ce cas insuffisant pour satisfaire aux exigences de l'article 8 de la CEDH. La personne aurait certes le droit de vivre auprès de sa famille mais sans nationalité ni statut palliatif, ne bénéficierait d'aucune protection équivalente à une protection étatique ni d'aucun titre de voyage. Elle serait dans une forme d'assignation forcée en France, comme le relève le rapporteur public. Ce n'est donc pas sa vie familiale qui serait en jeu, mais aussi et surtout la protection de sa *vie privée* dont la nationalité est l'un des éléments essentiels, ainsi qu'a déjà pu l'admettre la Cour européenne (v. not. Cour EDH, 21 juin 2016, *Ramadan c. Malte*, n° 76136/12, § 85). Faute de protection équivalente telle que le statut d'apatride, la personne pourrait certes être admise à séjourner en France, mais dans une situation ne permettant pas le respect de son droit à la vie privée, ce que le Conseil tente d'éviter. Il combine ainsi les deux volets de l'article 8 : l'apatride devrait se voir reconnaître un statut afin de protéger sa vie privée, mais pas n'importe où, seulement là où sont les siens, condition de la protection de son droit à une vie familiale. De manière assez novatrice, les juges du Palais Royal anticipent donc une interprétation extensive de l'article 8 encore jamais opérée par la Cour européenne en faveur des apatrides. N'aurait-ce pas été le moment d'interroger cette dernière par la procédure de la demande d'avis consultatif, si peu utilisée ?

Une dernière interrogation demeure, quant aux effets de cette jurisprudence sur le contentieux du statut de réfugié. De manière pragmatique, il est plus que pertinent d'appliquer plus souplement la protection de droit commun aux réfugiés de Palestine ayant quitté le Proche-Orient, en raison de la situation dramatique de l'UNRWA depuis le gel du financement américain dont elle dépendait largement. Mais il semble bien improbable que les mêmes frontières de la clause d'exclusion-UNRWA puissent être dessinées dans le cadre de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés. Les moyens tirés de la violation de la CEDH sont en effet inopérants devant la CNDA (nonobstant l'arrêt *Muingi* du Conseil d'Etat, qui impose d'octroyer à tout le moins la protection subsidiaire lorsqu'un arrêt de violation conditionnelle de l'article 3 a été rendu, ce qui conduit à un effet indirect de cette disposition devant le juge de l'asile, 3 octobre 2018, n° 406222, publié au *Rec. Lebon*, v. notre commentaire, cette chronique, 2019, p. 301), qui ne pourrait donc connaître d'un argument relatif à la violation éventuelle de la vie privée et familiale du réfugié-apatride. Va ainsi, nécessairement, persister une divergence d'interprétation de deux dispositions pourtant identiques. On ne peut arguer du fait que le réfugié n'est pas l'apatride et qu'une interprétation conforme ne se justifiait pas. Si l'apatride n'est pas nécessairement un réfugié, le réfugié est quant à lui toujours un apatride de fait. Comme l'apatride, il est dépourvu de la protection effective d'un Etat de nationalité. Sans statut protecteur, un simple titre de séjour est une réponse bien courte à sa situation (v. conclusions A. BRETONNEAU sur l'arrêt *Muingi* préc., *AJDA*, 2018, pp. 2249 et s.) qui pourrait tout autant être considérée comme une violation de sa vie privée. Cet arrêt conduit donc à protéger plus largement apatrides que réfugiés, malgré l'équivalence de leurs situations. Les réfugiés-apatrides de Palestine auront alors tout intérêt à délaissier le contentieux de l'asile au profit du contentieux de l'apatridie, qui leur est désormais plus largement ouvert.

HÉLÈNE RASPAIL

Sommaire

Articles

- Hugues HELLIO - Maître de conférences HDR, Centre Droit, Ethique et Procédures (CDEP – UR2174),
Université d'Artois
- Solveig HENRY - Juriste au Greffe de la Cour internationale de Justice,
Maître de conférences associé, Université de Nantes
- Le suivi par la Cour internationale de Justice de ses ordonnances en indication
de mesures conservatoires
Une pratique émergente entre inspiration,
discrétion et recherche d'effectivité** 225
- Anne CHOQUET - Enseignante chercheuse à Brest Business School, Chercheure associée à l'UMR 6308
AMURE, Centre de droit et d'économie de la mer, Institut universitaire européen de la mer de Brest
- Awa SAM LEFEBVRE - Chercheure chargée d'enseignements en sécurité et sûreté maritimes
à l'Ecole Nationale Supérieure Maritime,
Membre du Centre de Droit Maritime et Océanique (CDMO) de l'Université de Nantes
- Détresse en mer en période de pandémie :
des navires de croisière à la recherche d'un port d'accueil** 261
-

Note

- Jean-Emmanuel PERRIN - Commissaire des armées (Marine), Directeur adjoint du Département Militaire
Institut International de Droit Humanitaire
- L'instrumentalisation et l'arsenalisation de la règle de droit à des fins politiques
ou militaires et ses conséquences sur l'ordre juridique international :
quelle stratégie de riposte** 289
-

- Chronique des faits internationaux** 309
Sous la direction de Denis ALLAND
-

- Chronique de jurisprudence internationale** 369
Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL
-

- Chronique de Jurisprudence française en matière de droit international** 435
Sous la direction de Baptiste TRANCHANT
-