Tome 125
2021
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

Gilbert GUILLAUME
Ancien Président de la Cour internationale de Justice

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 Panthéon-Assas (Paris II)

Louis BALMOND
Professeur à l'Université de Toulon

Thibaut FLEURY GRAFF
Professeur à l'Université Paris-Saclay (UVSQ)

Pierre-François LAVAL
Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon III

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

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 CXXV - 2021

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 JUGE INTERNATIONAL ET LA RELATION REGLE/CAS DU POINT DE VUE DU FORMALISME ET DU PRAGMATISME*

Eric WYLER

Maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

« Le débat qui a toujours opposé les formalistes
aux anti-formalistes n'est que la reprise
de l'opposition entre le « syllogisme analytique »
et le « syllogisme dialectique » d'Aristote,
c'est-à-dire entre la « raison théorique »
et la « raison pratique »
(P. DUBOUCHET, *Droit et épistémologie*,
Paris, L'Harmattan, 2008, p. 10)

En quoi consiste l'office du juge, sommé d'« appliquer le droit aux faits », la règle de droit au cas ? Que signifie interpréter des règles par rapport à une situation concrète ? Pour classique qu'elles soient, ces interrogations n'en reçoivent pas moins des réponses variées[1], la pérennité des controverses révélant que l'opération recèle toujours quelque mystère…

Dans un arrêt critiqué en doctrine[2], la Cour de Justice de l'Union européenne avait à interpréter une clause d'un accord de libéralisation de produits agricoles et de pêche conclu par l'Union avec le Maroc, clause selon laquelle l'accord devait s'appliquer « au territoire du Royaume du Maroc ». Elle estima que ledit accord ne pouvait concerner le territoire du Sahara occidental, contrôlé à 80% par le Maroc, au motif qu'une telle application territoriale violerait le droit international.

* Ce texte reprend – avec l'aimable autorisation des directeurs - certains passages (avec des modifications) d'une contribution en anglais intitulée « Beyond the principle of retroactivity: a pragmatic approach to international law", co-signée avec Arianna Wheelan, à paraître dans un ouvrage collectif (International Law and Time), dirigé par K. Van der Ploeg/L. Pasquet/L. Castellanos-Jankiewicz chez Springer

[1] Il n'y a pas si longtemps, les internationalistes ont confronté leurs points de vue lors d'un colloque sur l'interprétation, dont les Actes figurent dans la *RGDIP* 2011/2, pp. 297 ss.

[2] Arrêt du 21/12/2016 en l'affaire C- 104/16 P, *Conseil de l'Union européenne c. Front Polisario.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Pourtant, elle savait, tout comme les autres institutions communautaires, que cet accord ne faisait que compléter un précédent traité d'association entre les mêmes parties, traité que le Maroc appliquait bel et bien au Sahara occidental sans égard pour le droit à l'autodétermination du peuple sahraoui et son droit à la souveraineté permanente sur ses ressources naturelles. Pour la Cour, « considérer désormais les accords d'association et de libéralisation comme étant juridiquement applicables au territoire du Sahara occidental aurait nécessairement impliqué d'admettre que l'Union entendait exécuter ces accords d'une manière incompatible avec les principes d'autodétermination et de l'effet relatif des traités (...)[3]. Campée dans le ciel des principes généraux de droit sans daigner abaisser le regard vers les faits pertinents de la cause, la Cour adoptait là une posture que certains commentateurs ont fustigée en ces termes : « la Cour privilégie le recours, très *formaliste et abstrait*, à des règles générales du droit international, au détriment de la prise en compte concrète de l'intention des parties et de *la pratique* de mise en œuvre de l'accord de libéralisation »[4].

Il y a plus longtemps, dans le cadre de l'affaire *Ambatielos*, le Gouvernement britannique alléguait que le *Traité de commerce et de navigation* conclu en 1926 par la Grèce et le Royaume Uni, traité reprenant et modifiant un accord du même type de 1886, ne pouvait s'appliquer rétroactivement à un litige né en 1922. Contre cet argument, la Grèce faisait valoir que, dans la mesure où le second traité contenait des clauses identiques à celle du premier – notamment celles dont la violation était en cause – et que, selon une Déclaration conjointe signée en 1926 réservant « les réclamations de personnes privées fondées sur les dispositions du traité … de 1926 », la CIJ pouvait appliquer ces clauses aux fins de décider de sa compétence[5]. La Cour jugea qu'« accepter cette théorie serait conférer un effet rétroactif à l'article 29 du traité de 1926, alors que l'article 32 du même traité énonce que le traité, ce qui doit signifier toutes les dispositions du traité, entrera en vigueur dès sa ratification. Cette conclusion aurait pu être contredite s'il avait existé une clause ou une raison particulière appelant une interprétation rétroactive. Il n'existe pas dans le cas présent de telle clause ni de telle raison. Il est donc impossible d'admettre que l'une quelconque de ses dispositions doive être considérée comme ayant été en vigueur à une date antérieure »[6]. Elle n'admit donc

[3] *Ibid.*, § 123.

[4] Voir notamment F. DUBUISSON, G. POISSONNIER, « La Cour de Justice de l'Union européenne et la question du Sahara occidental : cachez cette pratique (illégale) que je ne saurais voir », *RBDI* 2016/2, p. 610 (nos italiques). Le titre de l'article est éloquent... C. BEAUCILLON, elle, parle du « silence assourdissant » de la Cour (« L'aveu de la princesse de Clèves : à propos de l'affaire C- 104/16 P, *Conseil de l'Union européenne c. Front Polisario*, Grande Chambre, 21/12/2016 », *AFDI* 2017, p. 392), Voir aussi D. BURRIEZ, soulignant que les Etats tiers – de même que les organisations internationales, ajouterons-nous - « seraient contraints de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation illicite créée, c'est-à dire l'exploitation par le Maroc des ressources du Sahara occidental (...) » (« Sahara occidental : internationalisation et institutionnalisation du conflit », *RGDIP* 2018/2, pp. 360-361.

[5] Laquelle dépendait de l'applicabilité du traité de 1926, qui contenait à son art. 29 une clause arbitrale, à l'instar du traité de 1886.

[6] CIJ, *Rec.* 1952, p. 40.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

pas que l'identité des clauses pertinentes eu égard au cas d'espèce pouvait représenter « une raison particulière appelant une interprétation rétroactive ».

Pareille approche, en ce qu'elle privilégie la discontinuité temporelle selon la technique de conclusion des traités sur la continuité de droit de fond des dispositions des deux accords, peut, tout comme celle de la Cour de Justice, être qualifiée de *formaliste* et opposée au point de vue *substantiel* de l'argumentation grecque. L'opposition en question n'est que le reflet de celle, plus philosophique, entre deux concepts de droit, l'un, idéaliste et scientifique – plus précisément scientiste, qu'on dénommera *Formalisme*[7], l'autre, réaliste et non scientifique, le *Pragmatisme*[8]. L'un comme l'autre sont des catégories répondant à une finalité heuristique avant tout, au sens où n'existent pas une approche du droit purement formaliste qui ne tiendrait jamais compte du contenu des règles et de leur application concrète, ni une approche purement pragmatique déniant toute pertinence à des considérations formelles : il s'agit donc de tendances marquées, opposées ici exagérément, mais parfaitement discernables en jurisprudence comme en doctrine.

I. FORMALISME VS PRAGMATISME

A. Formalisme, Pragmatisme et logique juridique

Comme son nom l'indique, le *Formalisme*[9] hypostasie les procédés et techniques juridiques au détriment des contenus et finalités du droit. Non qu'il nie absolument que les règles de droit soient porteuses de valeurs[10], mais décrète cette caractéristique non pertinente du point de vue de la juridicité, attestée seulement par des formes. Son idéalisme vient de ce qu'il prend l'idée qu'il se fait du droit pour sa réalité même, tenant nombre de distinctions « de raison » pour des distinctions « de réalité », à l'image des célèbres dichotomies *Fait/Droit*, *lex lata/lex ferenda* ou encore *sources formelles/matérielles*.

---

[7] Formalisme et Positivisme vont de pair, au sens où le projet positiviste d'éliminer toute métaphysique de la connaissance et de ne recourir qu'à l'analytique, à la logique (le « positivisme logique » du *Cercle de Vienne*), traduit un objectif à la fois idéaliste, formaliste et scientiste. En droit, ce lien est exprimé par B. OPPETIT en ces termes : le « positivisme formaliste, qui revêt une forme soit légaliste et étatiste, soit analytique, soit normativiste, soit logique, et qui centre son observation sur la règle considérée pour et par elle-même » (*Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 57).

[8] Le Pragmatisme conçoit le droit comme *praxis*, à ce titre sis dans des pratiques (*Law in action*), génératrice de normes, non dans des textes (*Law in books*), lesquels n'en sont qu'une ébauche. Voir A. PAPAUX, E. WYLER, « Le droit international public libéré de ses sources formelles : nouveau regard sur l'art. 38 du Statut de la CIJ », *RBDI* 2013/2, pp. 525 à 585.

[9] Le formalisme mathématique élaboré selon la logique formelle (dont l'importance pour le Formalisme juridique est soulignée ci-après) se dit du recours à un ensemble de symboles univoques et homogènes (x, y, z …) manipulables dont les liaisons peuvent être démontrées selon un processus séquentiel (CQFD), dans le sens que certaines liaisons secondes découlent nécessairement des premières (les Prémisses) : par ex. si A>B et B >C, alors A>C, nécessairement.

[10] Encore que l'idée que la majorité de celles-ci, en tant que règles de simple délimitation, n'en contiendraient pas est défendue par nombre de positivistes, et pas des moindres (voir H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 228-230.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

L'une de ses expressions, le positivisme légaliste, révèle son scientisme dans sa tentative de réalisation du vieux projet de *l'Ecole du droit de la nature et des gens* de faire du droit une science par transposition des principes et méthodes des sciences « exactes » ressortissant à la logique formelle. Ainsi la doctrine légaliste a-t-elle cherché à « démontrer » l'opérationnalité en droit des principes dits d'*identité*, de *raison suffisante*, de *(non-)contradiction* et du *tiers exclu*.

A titre d'exemple, on se souvient que Kelsen avait prétendu fonder sur le principe de (non-) contradiction l'unité du droit au cœur de sa conception *moniste* refusant de reconnaître une différence de nature entre droit international et droits internes : « si donc la science du droit attribue un caractère juridique aussi bien à l'ordre juridique international qu'aux ordres nationaux en les rattachant à la catégorie de la norme juridique valable, elle se trouve, à l'instar des sciences de la nature, dans l'obligation de présenter son objet, composé du droit national et du droit international, comme une unité. Le critère négatif d'une telle unité est l'absence de contradiction et ce critère vaut aussi dans le domaine des sciences normatives. On ne saurait affirmer la validité simultanée d'une norme de contenu A et d'une norme de contenu non-A. On ne peut pas affirmer à la fois : « A doit être et non-A doit être », pas plus qu'on ne peut affirmer à la fois : « A est et non-A est »[11]. Les propositions émises par la science du droit peuvent ainsi être évaluées en termes de « vrai » ou « faux » et, du même coup, affirmer que A est A et n'est pas non-A satisfait au principe de raison suffisante ou de causalité[12], dont on connaît l'importance en droit de la responsabilité tant au niveau du fait dit « générateur »[13] de responsabilité qu'à celui de la réparation du préjudice, dit précisément rattaché au fait illicite par un « lien de causalité »[14].

De même, en droit procédural, oublieuse de la sagesse de l'adage *res judicata pro veritate habetur,* manifestant l'écart, en droit, entre vérité ou certitude scientifique et ce qui sera tenu juridiquement pour tel aux fins de la justice concrète, sa finalité ultime, l'approche formaliste s'en remet au principe du tiers exclu, selon lequel n'existent que les faits prouvés et non les autres, aucune position intermédiaire (tierce) n'étant envisageable. Ainsi, en regard du principe de précaution, la non-nocivité d'un produit chimique, prouvée par une entreprise, sera interprétée dans le sens d'une certitude absolue d'innocuité : la *res judicata* reflèterait une réalité, une vérité.

---

[11] « Théorie du droit international public », *RCADI* 1953/III, p. 185.

[12] Ce principe « semble dériver de la distinction mathématique entre condition nécessaire et condition suffisante. Le principe de contradiction ne donnerait ainsi que la condition nécessaire de l'existence ou de la vérité mais seul le second principe en donnerait la condition suffisante, puisque le principe de contradiction, admettant plusieurs possibilités, ce qui le satisfait, n'est pas nécessairement vrai ou existant pour autant » (*Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*, I, Paris, PUF, 1990, p. 2154).

[13] Ainsi la CIJ avait-elle estimé que « le lien de causalité entre la réquisition de faillite de deux sociétés [et les effets dommageables] que le demandeur lui attribue …[revêtait] un caractère incertain et spéculatif » (affaire de l'*ELSI* (Etats-Unis d'Amérique c Italie, CIJ Rec 1989, § 101).

[14] Voir par exemple P. REUTER, *Droit international public* Paris, PUF, 7e éd., 1993, p. 266.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Procède encore d'une telle logique binaire du tiers exclu la fameuse clause résiduelle dite du *Lotus*[15], fréquemment alléguée pour fonder la thèse, chère aux positivistes, que « tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis », écartant par là la possibilité qu'un comportement ne soit ni proscrit ni autorisé, seulement non régulé juridiquement, et par où serait de surcroît « démontrée » la complétude des ordres juridiques, aucun comportement n'échappant à l'empire du droit[16].

Dans l'Avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de l'utilisation de l'arme nucléaire*, la CIJ, analysant la pratique conventionnelle sur la limitation de la production des armes nucléaires, dut prendre position sur les deux interprétations en conflit proposées par les Etats respectivement favorables et défavorables à la thèse de la licéité de l'utilisation de ces armes. Selon les premiers, convoquant la clause résiduelle, l'absence dans les traités de toute disposition expresse sur l'interdiction d'*utilisation* démontrait la licéité, seule la production de l'arme étant limitée, alors qu'aux yeux des seconds, il fallait déduire de l'ensemble de ces limitations une interdiction coutumière générale de toute utilisation[17]. La Cour se montra nettement formaliste dans son indifférence pour les deux grands principes du droit humanitaire interdisant aux belligérants d'infliger tous maux superflus et d'employer des armes dont les effets seraient de nature à ne pas discriminer entre combattants et non-combattants. Mais, en même temps, elle écarta implicitement la clause résiduelle fondée sur la logique du tiers exclu, estimant qu'il ne lui était pas possible de dire si, au moment où elle se prononçait, le droit international prohibait ou non l'arme nucléaire en toute circonstance ; à ses yeux en effet, aucune règle de droit international ne formulait *expressément* l'interdiction[18].

Finalement, l'une des conséquences de l'éviction hors du droit de toute finalité de justice a mené le Formalisme à fétichiser par substitution le principe de *sécurité juridique*, invoqué contre vents et marées, attestant d'une vénération révélatrice de la conception du droit comme « science exacte » ne tolérant pas les incertitudes et imprécisions, mais exigeant des « définitions précises » des notions juridiques[19]. Témoignent également d'une compréhension formelle dudit principe les critiques positivistes à l'égard des fictions juridiques, tenues pour trahissant

[15] Du fait de l'interprétation du passage suivant du célèbre arrêt de 1927 de la CPJI : « les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas » (CPJI *Série A*, no 10, p. 16).

[16] KELSEN y voyait une « impossibilité logique » de toute lacune, et la ruine de la distinction classique entre différends *politiques* et *juridiques* : « the claim raised by one State against the other in a legal dispute is justified by the legal order because a particular legal norm obligates the defendant to act in the required way … or the claim raised cannot be justified by the legal order, since the latter contains no legal norm obligating the defendant to act in the required way … by application of this order which permits all its subjects to do or omit anything it does not forbid them to do or omit » (*Law and Peace in International Relations*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1942, p. 164.

[17] CIJ. *Rec*. 1996, §§ 60-61.

[18] La Cour interpréta la pratique conventionnelle dans le sens qu'elle augurait seulement d'une *future* prohibition coutumière de pareille utilisation, pas encore reflétée par le droit positif. Le juge Koroma attaqua cette position : « la futile recherche d'une interdiction expresse [de l'emploi de l'arme nucléaire] ne peut donc s'expliquer que par une forme extrême de positivisme » (*Opinion Dissidente, ibid*., p. 575).

[19] Voir la note 26.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

les réalités juridiques ; de même la foi en la « clarté » des textes et l'insistance sur la nécessité de la « prévisibilité » des décisions judiciaires – au sens de la connaissance d'avance de la décision du juge[20].

En contre-épreuve du Formalisme, le *Pragmatisme* prend les distinctions « de raison » pour ce qu'elles sont, non pas des « réalités » mais des guides utiles. Il assume que, pour un juriste, tout « fait » – en réalité, le droit, en tant que ne s'occupant que de relations sociales, ne s'intéresse pas aux *faits* (expression sans signification véritable) mais bien à des *situations relationnelles* – est nécessairement *juridique*, savoir sélectionné et qualifié en regard de règles et principes juridiques, que le droit dit « positif », en vigueur, qui existait d'ailleurs souvent auparavant à l'état de droit désirable, s'interprète en fonction d'un tel droit désirable, enfin qu'il ne suffit pas d'exiler les sources « matérielles » pour que le droit tout entier se trouve « épuré » de valeurs, privé de finalité, identifié seulement à l'aide de quelques procédés techniques d'élaboration.

Parce qu'il considère justement que finalités, valeurs et contenus caractérisent les règles de droit autant sinon plus que les formes les véhiculant, le Pragmatisme se garde bien d'attribuer au droit la qualité de « science » théorique ou même pratique à penser *more geometrico* avec une méthodologie rigoureuse empruntant à la logique formelle ses principes, règles, et raisonnements. La logique juridique, déontique – la plupart des règles de droit prescrivent ce qui doit être à la lumière de ce qui est – et argumentative n'a en effet que faire des principes d'identité, de raison suffisante, de non-contradiction ou du tiers exclu, tous attachés peu ou prou à l'objectif d'évaluer des propositions ou axiomes en termes de *vrai* ou *faux*. Récusant toute raison théorique, axée sur la connaissance seule, n'admettant que la raison pratique non scientifique (la prudence des Anciens), axée sur l'utilisation des connaissances dans et pour l'action, le Pragmatisme reconnaît qu'au sein des réalités juridiques jamais certaines ni vraies mais seulement probables, l'aphorisme *res judicata pro veritate habetur* doit s'entendre littéralement : la chose jugée tient lieu de vérité (de justice, conviendrait-il mieux de dire) pour le droit, donc n'en est pas une, seulement une vraisemblance ayant emporté la conviction du juge (le fameux *beyond all reasonable doubt*). Ainsi, pour une logique indiciaire récusant le tiers exclu, la « preuve » de la non-nocivité d'un produit chimique n'établit qu'une vraisemblance ou probabilité d'innocuité, conservant l'hypothèse de la possibilité, certes peu vraisemblable mais réelle, donc non à exclure, d'une toxicité du produit. Il s'agit là de bien plus qu'une simple différence d'interprétation d'une preuve : « pareil changement de nature de la preuve ne peut se comprendre sans en passer par un changement de logique, abandonnant celle déductive aussi absolue que la prémisse majeure du syllogisme est nécessaire, pour nous porter vers une logique indiciaire : les tests des nouvelles

[20] On sait vers quels errements cette dérive a conduit certaines approches sociologiques, espérant découvrir le secret des motivations du juge dans un analyse globale incluant une psychologie des profondeurs et des humeurs (s'intéressant même au contenu du repas pris avant de juger …).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

substances chimiques, proprement des *évaluations*, fournissent une série d'indices, dans le sens de l'innocuité par hypothèse (…) »[21].

Quant à la complétude des ordres juridiques, le Pragmatisme la rejette en tant que comprise selon l'acception positiviste de l'ordre juridique réduit à un « ensemble de normes positives », mais l'admet au sens que, s'il existe bien des lacunes *de la loi*, il n'y a pas de lacune *du droit,* vu l'omniprésence des principes généraux et de l'équité dans la pratique du droit, garants de la possibilité réelle pour le juge de toujours donner une solution à n'importe quel litige, même s'il met en jeu des comportements non régulés par des règles « positives ». En effet, répudiant la logique du tiers exclu, il considère qu'au-delà de la binarité de la clause résiduelle, demeure au contraire l'hypothèse de comportements ni licites ni illicites selon la loi – traité et coutume en droit international – sans préjudice de leur incompatibilité éventuelle avec d'autres codes (convenances, morale, religion …), mais que le juge décrétera licites ou illicites par rapport à des principes généraux. Dans l'Avis consultatif sur l'arme nucléaire précité, il eût été parfaitement possible à la CIJ d'éviter un *non liquet* en qualifiant d'illicite toute utilisation de l'arme sur la base des principes prohibant les maux superflus et la non-discrimination entre combattants et non-combattants, même si, par hypothèse, ces principes n'avaient jamais été repris par des conventions ou reconnus coutumes générales[22].

Au sein d'un paradigme assumant la complexité et l'incertitude inhérentes à la vraisemblance, où la spécificité du *juridique* provient de sa finalité, la justice concrète, le principe de la *sécurité juridique* ne se mesure pas à l'aune d'une prétendue exactitude ou clarté des notions juridiques, en vérité illusoire au regard de leur *open texture* et de l'importance du contexte pour la construction de leur signification. Et, loin de dédaigner les fictions juridiques, le Pragmatisme les sait utiles parce que servantes de la justice concrète et de la sécurité juridique, lesquelles demandent parfois de prendre des distances par rapport à ce qui est habituellement tenu pour établi[23]. Le principe de sécurité juridique ne joue au surplus qu'un rôle modeste dans la prévisibilité des décisions, inéluctablement relative au vu de la singularité de chaque cas d'espèce, observation n'équivalent au demeurant pas à dénier toute pertinence à la notion même de jurisprudence, mais bien à la considérer pour ce qu'elle est : non pas répétition d'application d'une même règle dans des cas similaires, mais ligne cohérente résultant de la

[21] D. BOURG, A. PAPAUX, « Des limites du principe de précaution, OGM, transhumanisme et détermination collective des fins » in *Regards critiques sur le principe de précaution*, A. MARCIANO, B. TOURRES (dir.), Paris, Vrin, 2011, p. 56.

[22] On les trouve énoncés aux art. 48 et 51 § 4 du Protocole I de 1977, considérés au demeurant refléter le droit coutumier.

[23] L'une des plus belles fictions est, en droit international, l'Humanité comme sujet de droit transcendant l'ensemble des personnes physiques – incluant les générations futures – vouée à une justice distributive voulant que certains espaces et certaines ressources soient neutralisés, soustraits à toute appropriation par les Etats ou, plus encore, répartis équitablement, les deux objectifs se plaçant sous la bannière du fameux « patrimoine commun de l'Humanité ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

sélection effectuée selon l'analogie d'éléments communs extraits de chaque cas à l'aide de règles de droit elles-aussi sélectionnées en fonction de circonstances concrètes[24].

B. Formalisme, Pragmatisme et temporalité

Le scientisme du positivisme légaliste s'exprime également dans sa perception de la temporalité en droit, conçue *linéaire*[25]*, séquentielle*, donc *discontinue***,** privilégiant les coupes *synchroniques*. Dans la logique de successivité linéaire, passé, présent et futur sont des repères tenus pour réellement existants aux fins de l'identification des catégories juridiques, en particulier de celle mentionnée, *lex lata/lex ferenda*, ainsi que du principe de non-rétroactivité, qui ne prend tout son sens que sur fond d'un temps strictement découpé. La norme juridique n'étant rien d'autre que celle qui est formellement en vigueur *hic et nunc* (« positive »), autrement dit la règle conventionnelle ou la coutume attestée – si possible codifiée – elle ne peut s'appliquer ni aux faits antérieurs à son entrée en vigueur formelle ni à ceux postérieurs à son abrogation, quel que soit son contenu et son effectivité. L'importance de la non-rétroactivité en droit pénal (international) se rattache au principe *nulla poena sine lege* – lui-même sous la dépendance du fameux « nul n'est censé ignorer la loi », devenu fictif depuis l'inflation législative –, que l'approche formaliste interprète rigoureusement, notamment sous la bannière de la double incrimination en droit de l'extradition, même s'agissant de crimes imprescriptibles[26].

S'étonnera-t-on de ce que la temporalité selon le Pragmatisme s'oppose à celle du Formalisme et soit *cyclique, continue, diachronique* et qu'en raison de l'artificialité de la séparation passé/présent/futur, le principe de non-rétroactivité, frappé de relativité, soit compris d'une manière non formelle mais substantielle et, surtout, ne joue qu'un rôle assez limité ? Et qu'il convienne de distinguer, au lieu de les confondre[27], *texte*, *règle de droit* et *norme juridique*, le texte contenant la règle – qui est une formulation textuelle particulière, juridique –, la norme, elle, désignant ce que la pratique a fait de la règle de droit, autrement dit son effectuation ou exercice ?

---

[24] Sur ce point, voir *infra*, p. 241.

[25] La fameuse « flèche du temps » des physiciens n'est rien d'autre qu'une représentation spatiale du temps avouant que nous parvenons difficilement à penser séparément le temps et l'espace, d'où l'expression « espace-temps », consacrée depuis la théorie de la relativité restreinte. On peut la concevoir d'une manière mécanique, soumise à des « lois » qui « décrivent le monde en termes de trajectoires déterministes et réversibles » (E. PRIGOGINE, I. STENGERS, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard, 1979, p. 39, ou plutôt probabiliste et dynamique : « La flèche du temps renvoie quant à elle à la possibilité qu'ont les choses de devenir, c'est-à-dire de connaître au cours du temps … des transformations parfois irréversibles. » (E. KLEIN, *Les tactiques de Chronos*, Paris, Flammarion, 2009, p. 43).

[26] Pour un bon exemple, voir l'arrêt excessivement formaliste de la Cour de cassation française du 26/2/2014 en l'affaire *Laurent X, Innocent X et Claude X,* où il fut jugé que manquait « une définition précise » du crime de génocide, tant en droit rwandais qu'en droit international, de sorte que « le principe de légalité criminelle … fait obstacle à ce que lesdits faits soient considérés comme punis par la loi de l'Etat requérant » [le Rwanda] (R*GDIP* 2014/2, p. 411).

[27] Voir *infra*, p. 242.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

L'effectivité constituant le critère pour tester le degré de vigueur d'une norme, l'applicabilité formelle d'une règle de droit ne préjuge par exemple pas de l'éventuelle désuétude de la norme en dérivant, notion faisant référence à l'hypothèse où l'extinction de la norme découle de sa perte de pertinence au vu d'une modification du contexte qui l'avait vue émerger ; devenue superflue, la norme disparaît, quand bien même elle serait issue d'une règle juridique qui, elle, demeurerait formellement « en vigueur »[28]. Inversement, la non-entrée en vigueur ou l'abrogation formelle d'une règle juridique n'affecte pas nécessairement la vitalité de la norme, ainsi que l'atteste par exemple l'importance accordée par la CIJ à nombre de dispositions adoptées par la CDI dans des projets de conventions jamais formellement ratifiés par les Etats[29] ; en tant qu'il est déterminé par le seul critère formel, le principe de non-rétroactivité perd là toute pertinence.

C'est dans la prise en considération du problème nodal du droit, la *relation règle/cas,* que se manifeste le paroxysme de l'opposition entre Formalisme et Pragmatisme : il faut donc entrer dans le temple judiciaire où se joue et se dénoue véritablement la pièce du théâtre juridique. On en proposera l'analyse en fonction de deux points de vue intimement liés, l'un épistémologique, cherchant à lever le voile des présupposés sous-tendant les conceptions ontologiques de la règle juridique et du cas, l'autre, herméneutique, axé sur leurs significations respectives. Dans les termes plus courants de la terminologie juridique, la démarche revient à examiner deux problématiques, la première relative aux rapports « Fait/Droit », la seconde à l'interprétation juridique, successivement abordées dans les perspectives du Formalisme et du Pragmatisme, dont les grandes lignes viennent d'être succinctement présentées.

II. LA RELATION *RÈGLE/CAS* (FAIT/DROIT) DU POINT DE VUE ÉPISTÉMOLOGIQUE

A. L'approche formaliste : le dualisme

Selon le Formalisme, la séparation rigide entre *règle* e*t cas* répond à celle établie entre Fait et Droit, l'une des caractéristiques fondamentales du positivisme étant la réduction du droit à la loi (règle) et l'identification du cas au Fait, dichotomie stricte avérée en procédure par l'articulation en deux parties des mémoires, souvent aussi des plaidoiries, la première s'intitulant « en fait », la seconde « en droit ». L'hétérogénéité entre règle et cas est double : éthico-juridique d'abord, exprimée par le principe dit « de Hume » voulant que, dans le monde des valeurs on ne saurait jamais inférer de ce qui est ce qui doit être ;

[28] Pour une illustration, voir l'affaire *Norris*, *infra* p. 238.

[29] Notamment le projet sur la *Responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite*, dont la dénomination « Texte », fixée en 2001, doit faire douter les formalistes de sa valeur de codification du droit coutumier, pourtant parfaitement reconnue par la Cour depuis fort longtemps..

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

structurelle ensuite, la règle étant générale et abstraite, le cas, particulier et concret. Pour le Formalisme, qui occulte les valeurs contenues dans les règles, le vrai problème reste cette hétérogénéité-là : comment rapporter au singulier et concret ce qui est général et abstrait ? Quelle relation établir au sein de pareille irréductibilité ? En droit judiciaire, le juge, lui, ne devrait-il pas d'abord, avant de trancher, construire une commensurabilité entre ce qui semble *prima visu* incommensurable, la règle de droit et le cas d'espèce ?

1. L'abstraction comme opération de séparation

Abstraire, étymologiquement (*abstrahere*), signifie « tirer hors de », extraire. Le Formalisme conçoit cette opération comme une scission, revenant à « considérer séparément une propriété d'un certain type d'objet (concret ou idéal) ou une relation entre des objets d'un même type ou d'un type différent … à détacher une propriété ou une relation du ou des objets qui lui servent de support (…)[30]. Ce qui est abstrait est donc coupé de son milieu originaire, acquiert une existence propre, à côté de ce dont il est issu : la règle, abstraite d'une pluralité de cas – d'un cas singulier, rien ne peut s'abstraire – devient une entité autonome, différente de chaque cas ; le formalisme l'élèvera désormais au rang de norme. La conception du positivisme légaliste est à cet égard exemplaire, prêtant à la Loi fétichisée une perfection (liée à sa clarté et son univocité a priori) telle qu'on lui reconnaîtra, par la magie du syllogisme[31], le pouvoir de donner directement la solution au cas d'espèce, par « application » ; d'où la formule célèbre du juge porte-parole du Législateur, « bouche de la loi », symptomatique de la manière de surmonter l'hétérogénéité entre règle et cas : coup de force de la règle sur le cas permettant en dernier ressort d'éviter d'élaborer une commensurabilité entre règle et cas, puisque celle-ci se voit niée d'emblée.

2. La généralité comme inclusion formelle

« L'abstraction procure la généralité : l'aspect dégagé par abstraction est commun à tous les objets en lesquels il se réalise ou pourrait être réalisé indépendamment des différences qui peuvent exister entre eux »[32]. S'opposant au général, le particulier doit néanmoins lui être rattaché en quelque manière. Le formalisme en appelle à la logique formelle, à la *théorie des ensembles*, exprimant une relation d'*inclusion* : selon l'axiome de l'ensemble des parties, « b est une partie ou un sous-ensemble de a si tout élément de b est élément de a ; on dit aussi en ce cas que b est *inclu* dans a … l'ensemble des parties de a est noté P(a) »[33].

Quant à la relation d'*exclusion* entre général (règle) et particulier (exception), le point remarquable est qu'en raison précisément de sa nature de cas particulier, l'exception, ressentie comme une atteinte à l'intégrité de la règle, est si

[30] *Encyclopédie philosophique universelle, op. cit.,* p. 11.
[31] Voir *infra*, p. 236.
[32] *Encyclopédie philosophique universelle, op. cit.,* p. 11.
[33] *Ibid*., p. 799 (nos italiques).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

problématique qu'on en vient à la nier, par la magie de la formule « l'exception confirme la règle » qui réussit à en faire un autre cas de la règle au lieu de l'exclure de son champ. Pourtant, nonobstant ce rapprochement formel, l'exception demeure substantiellement en dehors de la règle. Si elle donne bien la différence entre *général* et *universel*, le premier admettant des exceptions, le second, non, l'adage devrait être entendu ainsi : l'exception « confirme » non pas la règle comprise substantiellement, mais la *généralité* de celle-ci ; trop d'exceptions finiront d'ailleurs par la détruire, le critère étant quantitatif, sans qu'on sache exactement combien en compter pour être en mesure de constater la mort de la règle[34].

3. Le déni de toute construction de la commensurabilité : la logique déductive

Du point de vue d'une pensée binaire appliquant la logique du tiers exclu, paradoxale devrait donc apparaître l'approche formaliste de la relation règle/cas, marquée d'un côté par l'hétérogénéité, la règle abstraite existant en dehors des cas, de l'autre par l'homogénéité, en tant que la généralité de la règle les inclut.

Le coup de force de la règle sur le cas évoqué, en éludant le problème de la construction de la commensurabilité, réduit le raisonnement judiciaire à seulement deux séquences successives, que le scientisme du Formalisme se représente comme autant d'opérations mécaniques distinctes, la *qualification* ou subsomption et l'*application* ou syllogisme.

La qualification entendue subsomption revient à « inscrire le particulier sous le général »[35], en droit à établir une relation d'appartenance entre des faits et une catégorie légale, afin d'effectuer un simple classement d'un objet dans cette catégorie selon des critères pré-établis. La démarche se veut tant ascendante, du particulier-concret vers le général-abstrait, que descendante[36], inverse. Ainsi conçue, la qualification-subsomption utilise des connaissances données d'avance, ne nécessitant aucune recherche et n'apportant pas le moindre gain cognitif ; elle « réfère manifestement à une logique ensembliste, et par là à la primauté de l'ensemble sur les éléments. La catégorie leur préexiste logiquement, déterminant un ensemble de propriétés dont le respect les fait exister sous la raison (*ratio*) de *cas* de la catégorie »[37]. Son appartenance au Formalisme ne fait pas de doute, elle qui « porte les marques de la logique binaire, des divisions discrètes, radicales entre les entités en jeu : induction ou déduction, fait ou droit, concret ou abstrait, particulier ou général »[38]. Après ce classement opéré mécaniquement – par

[34] Les Grecs connaissaient bien ce problème sous forme inversée : combien de grains de sable sont-ils nécessaires pour former un tas de sable ? En droit international, songeons à la mort de la coutume par formation d'une « contre-coutume » : combien de violations faut-il pour admettre qu'une coutume soit décrétée remplacée par une nouvelle coutume contraire ?
[35] *Encyclopédie philosophique universelle*, *op. cit.,* II, p. 2485.
[36] Pour une analyse approfondie, voir A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction,* Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2003, spéc. pp. 141-147.
[37] *Ibid.*, p. 145.
[38] *Ibid.*, p. 144.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

exemple l'objet *x* est rapporté à la catégorie *y* –, la règle pertinente sera amenée vers le cas par la voie d'une opération logique descendante, déductive, le *syllogisme*, par lequel elle (majeure) se voit *appliquée,* c'est-à-dire plaquée sur le cas (mineure), d'où se tire automatiquement la « solution »[39] (conclusion) : l'effet ou le régime juridique prévu pour la catégorie *y* s'applique à l'objet *x*.

Par exemple, dans l'affaire dite des *Plates-formes pétrolières*[40], saisie d'une demande de l'Iran contre les Etats-Unis, à qui il était reproché d'avoir attaqué et détruit des installations de production pétrolière de la compagnie nationale iranienne des pétroles en violation du *Traité d'amitié et de commerce et de droit consulaire* de 1955, la CIJ devait notamment juger si les actions américaines violaient l'art X protégeant la « liberté de commerce et de navigation entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes ». Puisque les plates-formes étaient destinées à la production de pétrole aux fins d'exportation, la Cour en conclut que « la protection de la liberté de commerce … s'étendaient aux plates-formes attaquées … et qu'ainsi ces attaques ont entravé la liberté de commerce de l'Iran »[41]. Une analyse formaliste y verra un simple classement – la production de pétrole aux fins d'exportation relève de la catégorie *commerce* – suivi de l'application-déduction de la règle de la protection de cette activité prévue pour cette catégorie par le texte, le résultat étant obtenu automatiquement (*si* « activité commerciale »), *alors* « protection par la liberté de commerce », et *si «* attaque d'installations destinées à la production de pétrole aux fins d'exportation », *alors* « violation de la liberté de commerce ». De même, s'agissant de la question de savoir si le commerce avait bien lieu « entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes », la Cour estima que, comme le pétrole faisait l'objet de plusieurs transactions avec des pays tiers avant d'être acheminé aux Etats-Unis, « il n'existait à ce moment là aucun commerce entre les territoires de l'Iran et des Etats-Unis »[42]. Pour être un peu moins limpide – des transactions intermédiaires excluent-elles le rapport commercial « entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes » –, la question n'en serait pas moins résolue par l'application syllogistique directe de la règle aux faits : la liberté de commerce ne protège pas une relation qu'on ne peut qualifier de « commerciale » selon l'art X du traité.

En logique formelle, la *déduction*, parce qu'elle porte sur des propositions vraies ou fausses – axiomes, théorèmes ou propositions dérivées de ceux-ci – relève d'un paradigme scientifique[43], à ce titre se distinguant nettement de l'*inférence*, raisonnement incluant un choix permettant d'établir une relation

[39] Encore un terme emprunté aux mathématiques…
[40] Arrêt sur le fond du 6/11/2003, CIJ *Rec.* 2003, pp. 1 ss.
[41] *Ibid*., § 89.
[42] *Ibid*., §§ 97-98.
[43] En mathématiques, précisons que le théorème de la déduction fut élaboré corrélativement avec le concept de *système formel* (*Encyclopédie philosophique universelle, op. cit.,* I, p. 560).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

probable entre règle et cas, et ressortissant au paradigme discursif ou dialectique[44]. Si la déduction transforme une prémisse en conclusion indépendamment de tout contenu et fait qu'une conclusion peut devenir la prémisse d'une nouvelle déduction, l'inférence, elle, met toujours en jeu des contenus et implique un choix, une hypothèse : de la fumée à l'horizon peut s'inférer l'existence probable d'un feu, une autre origine (nuée, nappe de brouillard …) restant possible. Scientiste, le formalisme juridique rejette l'inférence pour la déduction, séduit par la théorie du syllogisme[45], à quoi se réduirait le travail du juge : rien de plus qu'une révérence à la Règle toute-puissante[46].

L'application de la règle selon le syllogisme dévoile à la fois son caractère mécanique et son unilatéralité : en descendant vers le cas, elle se « pose » sur lui et le « résout », par là affirme sa suprématie sur lui, lui étant aussi nécessaire qu'autonome vis à vis de lui, tout cas n'affectant ni sa nature, ni son intégrité, ni – on le verra – sa signification. Au mieux le Formalisme parle-t-il parfois d'une « concrétisation » de la règle pour désigner un certain impact du cas, non sur la règle elle-même, mais sur l'opération d'application, la descente de la règle s'accompagnant d'une sorte de « recentrement » sur le cas, si l'on comprend bien l'idée[47]. Simple occasion d'application de la règle, le cas lui doit tout sans rien lui donner en retour, l'existence de la règle ne lui étant nullement redevable.

4. Formalisme et temporalité

La séquentialité propre à l'approche formaliste se manifeste donc dans le raisonnement judiciaire lui-même. En présence d'un texte clair, l'office du juge s'effectuera, on l'a vu, en deux temps : une ou deux qualifications-subsomptions, puis l'application-déduction d'une ou plusieurs règles juridiques, livrant immédiatement la solution réglant le litige.

---

[44] Voir J-B. GRIZE, « Déduction et inférence », in *Lire le droit*, D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), Paris, LGDJ, 1992, pp. 233ss.

[45] Déjà en 1764, le pénaliste de Livourne Cesare BECCARIA affirmait : « en présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation. Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude » (*Des délits et des peines*, Paris, Garnier-Flammarion, 1991, p. 67.

[46] Le syllogisme rend donc l'inestimable service *politique* d'assurer la prééminence du pouvoir législatif sur le judiciaire, selon les vœux de la Révolution française et des démocraties issues de la théorie de la Souveraineté du peuple. Robespierre n'affirmait-il pas que « ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la Loi » (cité par B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 287).

[47] Par exemple Ch. DE VISSCHER – un auteur classé jusnaturaliste, mais influencé tout de même par le positivisme scientifique – l'entend ainsi : « l'interprétation tend à réaliser le passage de la norme abstraite ou précepte à la norme concrète qui sera celle que viendra consacrer la décision » (*Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, pp. 27-28) ; pour une conception très différente paraissant impliquer une démarche inductive, voir F. MÜLLER, voyant dans la concrétisation non pas « la réduction d'une norme générale donnée aux dimensions du cas d'espèce mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé » (*Discours de la méthode juridique*, Paris PUF, 1996, p. 222).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le Formalisme est également révélé par la focalisation sur la règle, prise pour la norme. Que la jurisprudence internationale consacre bien souvent la primauté de la vie formelle de la règle sur son effectivité, c'est-à-dire sur la norme en dérivant, et qu'elle préconise une application rigide du principe de non-rétroactivité, est une réalité qu'illustre la position de la CIJ dans l'affaire *Ambatielos*, avons-nous vu, et également la jurisprudence européenne des droits de l'homme[48]. Dans une affaire *Norris*[49], la Cour de Strasbourg jugea qu'une loi pénale réprimant des actes homosexuels entre adultes, même consentants, en vigueur depuis un siècle et demi mais plus appliquée depuis de nombreuses décennies, représentait une sorte de menace et une « ingérence permanente » dans la vie privée du requérant, en dépit de la quasi-inexistence de tout risque de la voir à nouveau convoquée[50]. La réactivation pratique de la règle *théorique*, pour être *techniquement* possible, était pourtant substantiellement peu probable, faisant douter de la nécessité d'une abrogation formelle.

S'en remettre à des repères purement formels pour déterminer l'entrée en vigueur et l'extinction des règles circonscrivant le champ opératoire du principe de non-rétroactivité n'est d'ailleurs pas sans générer des paralogismes. Par exemple, soumettre l'entrée en vigueur d'un traité à un certain nombre de ratifications tout en prônant sa non-rétroactivité rend ce traité « inapplicable » avant l'obtention du chiffre prévu, d'où la difficulté, pour une telle approche, de déterminer la situation juridique des Etats ayant ratifié avant ce seuil : sont-ils liés par le traité dès leur ratification, ou seulement après la date ultérieure de son entrée en vigueur ? Le Formalisme peut certes postuler qu'un traité ne lie pas avant son entrée en vigueur, avec la conséquence qu'un Etat ayant ratifié avant le seuil prévu pourrait alléguer ne pas être lié du tout par un traité vis-à-vis duquel il s'est pourtant engagé, réduisant cet engagement à une *formalité* sans effet, contrairement au principe de la bonne foi – principe proclamé par l'art. 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités –, au mépris de la dimension « substantielle » inhérente à la notion d'engagement en droit des traités, dévoilée notamment par l'interdiction de tout comportement susceptible de compromettre l'objet et le but du traité (art. 18). S'en tenir aux seuls repères formels ne permet donc pas d'expliquer comment un Etat peut être lié par les obligations d'un traité signé ou dûment ratifié mais non encore en vigueur ; seul le recours à des principes généraux le peut. Et dédaigner a priori la pratique est une posture intenable, car il faudra bien l'intégrer d'une manière ou d'une autre, notamment à coup de « clauses d'exception » spécifiques laissant soi-disant intactes les règles formelles : ainsi de la « pratique subséquente » à l'art. 31 al 3, b), décrétée

[48] Mais avec des exceptions (voir *infra*, p. 250).
[49] Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 26 octobre 1988, *Série A*, vol. 142, p. 21.
[50] La Cour, tout en admettant que « aujourd'hui, le requérant ne risque guère de se voir inculper », jugea que « même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer de nouveau à tout moment (…). On peut donc dire que le requérant risque de subir directement les effets de la législation attaquée » (*op. cit.*).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

pertinente pour l'interprétation d'un traité – donc a contrario non pertinente à un autre titre –, et de la *clausula rebus sic stantibus* de l'art. 62, faisant ressurgir le contexte, un « changement fondamental de circonstances » autorisant même toute Partie à « mettre fin ou se retirer » du traité.

B. L'approche pragmatique : l'unidualité

En contre-épreuve du Formalisme, le Pragmatisme prône l'unidualité du « Fait » et du « Droit » et, s'il pouvait renverser l'usage consolidé des mots, substituerait au premier terme l'expression « situation relationnelle pertinente juridiquement », montrant que, pour lui, le droit ne s'origine pas dans la volonté d'une autorité compétente ni dans un « fait social » – terme manquant à désigner spécifiquement la nature dudit fait – mais bien dans une *relation* dont il se saisit parce qu'elle engage sa finalité même, la justice concrète. La notion d'unidualité, elle, rend compte simultanément de l'homogénéité *et* de l'hétérogénéité inhérente au couple « Fait/Droit », le *et* disqualifiant toute incursion de la logique binaire dans sa vision du droit, ici du principe de non-contradiction.

1. L'abstraction comme opération de distinction

Dans l'optique du Pragmatisme, abstraire n'est pas séparer et donner une autonomie à une entité nouvelle arrachée à sa gangue originaire, mais *identifier le commun* dans des occurrences toujours singulières donc différentes, mais non équivoques pourtant ; l'analogie pointe le semblable au sein du dissemblable afin d'en tirer un enseignement à valeur générale. La règle n'existe ainsi pas en dehors, à côté ou au-dessus des cas, mais distinguée en eux, inférée à partir d'eux, à la manière dont on infère de la parole (orale ou écrite) l'existence de la langue, elles aussi évoluant dans l'unidualité : en *exerçant*[51] la langue, la parole la révèle sans s'identifier à elle – sans laquelle elle n'existerait néanmoins pas –, sachant que de nombreuses autres paroles exercent diversement la langue, laquelle, dès lors, existe dans toutes les paroles sans pour autant se réduire à l'une ou à plusieurs d'entre elles ; mais il faut bien des paroles pour supposer (inférer) l'existence d'une langue… De même, le cas ne saurait exister sans la règle qu'il exerce, étant dit *cas* à l'aune de celle-ci, et la règle ne serait pas *règle* sans le cas, étant pensée et formulée à partir des cas passés – elle provient de quelque régularité (*regula*) tirée de la comparaison des cas – et en vue des cas à venir ; du cas s'infère l'existence de la règle et réciproquement. Pour le Pragmatisme, le droit étant une discipline mettant en œuvre une raison *pratique* et non une raison théorique, le cas détient une sorte de primauté ontologique sur la règle, à l'instar de ce que nous apprend la justement bien nommée *pragmatique* en linguistique, révélant qu'un

[51] La notion d'*exercice* provient de la philosophie d'Aristote et peut être rapprochée de celle d'*acte* dans le couple « puissance/acte » : l'existence en acte est concrète, immédiate – cet homme existe aujourd'hui à tel endroit –, alors que l'existence en puissance exprime une potentialité – cet homme est aujourd'hui en puissance ce qu'il deviendra (peut-être) dans un an en acte. Ainsi la parole, exerçant la langue, la fait passer d'une existence en puissance à une existence en acte ; on peut dire par analogie que le cas, en exerçant la règle, fait de même.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

mot ou un énoncé prennent sens nécessairement dans et par un contexte[52] et non pas *in abstracto* : comment, sans contexte, savoir si le mot « droit » désigne la rectitude d'un objet (un mur droit), d'un mouvement (marcher droit), d'un comportement moral (cet homme est droit), les études (faire son droit), la prérogative individuelle (tel droit subjectif) ou l'ensemble des règles juridiques (le droit objectif) ? Ce qu'on abstrait des cas pour distinguer et du même coup constituer la règle n'épuise pas la richesse inhérente à la singularité de chaque cas, puisque l'analogie délaisse les dissemblances entre les cas au profit de ressemblances à partir desquelles une règle générale est susceptible d'être induite ; c'est redire que la notion d'unidualité a le mérite de souligner tant l'homogénéité profonde que la part d'hétérogénéité insurmontable entre règle et cas.

2. La généralité comme type

Loin de la logique ensembliste statique voulant faire des cas des éléments formellement inclus dans la règle, le Pragmatisme pense la relation entre règle et cas selon la dialectique dynamique du *type* et de l'*occurrence*[53], laquelle conjugue l'unidualité de la façon suivante : l'induction du type à partir des occurrences, de même que sa présence dans chaque occurrence révèlent l'unité – par exemple le type « Etat » du droit international (territoire, population, gouvernement et indépendance effective ou potentielle) vient d'une pratique fournie et pilote chaque reconnaissance d'entités à vocation étatique –, la dualité ressortissant à la « résistance » du particulier à sa captation complète sous les auspices du type : de même que le processus d'abstraction désigne le commun et délaisse le dissemblable, de même le processus de généralisation élabore un type en laissant subsister des différences propres à chaque cas particulier. Dans notre exemple, c'est ce qu'exprime le principe de *plasticité de l'Etat*, attestant de la souplesse, voire presque de l'indifférence du droit international vis-à-vis des caractéristiques des composants de l'Etat *pris isolément*, dont la gradation est multiple, surtout s'agissant des dimensions du territoire et de la population : le Liechtenstein ou Nauru ne sont pas moins reconnus comme Etats au sens du droit international que la Chine ou les Etats-Unis, et à chaque occurrence, le type se voit enrichi, modifié à cause de ces différences, un peu à l'image de la relation entre une symphonie et ses successives interprétations ou exécutions, la partition étant toujours « en attente » de l'exploration concrète de l'éventail des possibilités qu'elle propose, n'existant en tant que telle qu'à l'état d'ébauche de l'œuvre.

[52] « On doit postuler une langue L qui contienne, parmi ses règles de signification, des instructions pragmatiquement orientées » (U. ECO, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, PUF, 1984, p. 75.

[53] Pour des développements et le substrat philosophique de cette dialectique, voir A. PAPAUX, *Essai philosophique,, op. cit.,* spéc. pp. 248-271.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Ainsi se co-constituent le type et l'occurrence : tandis que la seconde exerce le premier et le modifie par rétroaction[54], le premier « fait » la seconde en déterminant la sélection des éléments jugés pertinents qui l'édifieront occurrence selon lui. Là où la relation règle/cas, ramassée dans l'opération d'« application », n'est, pour le Formalisme, qu'unilatérale, statique, mécanique et linéaire, elle est pour le Pragmatisme réciproque, dynamique, créative et circulaire et, à ses yeux, jamais la règle seule ne découvre le juste dans le cas ni ne donne directement « la solution » : elle ne fait qu'orienter une recherche effectuée également à la lumière des principes généraux et de l'équité, engageant un raisonnement abductif.

3. La construction de la commensurabilité : l'abduction

A la logique déductive du Formalisme, la conception pragmatique substitue un raisonnement inférentiel, l'*abduction* ou « hypothèse ou inférence d'une loi ou d'un fait particulier à partir d'un fait surprenant » ou encore « adoption provisoire d'une inférence explicative devant être soumise à vérification expérimentale, et qui vise à trouver également, en même temps que le cas, la règle »[55]. Cette dernière formulation traduit parfaitement la nature d'hypothèse ou de pari de l'abduction et la part d'innovation résultant du processus. En situation, loin de tout syllogisme, le juge effectue quasi-simultanément une série d'abductions portant sur la pertinence de telle ou telle règle eu égard aux circonstances concrètes en cause, ainsi que sur la pertinence, eu égard aux règles et précédents sélectionnés, de tel ou tel élément lié à la relation litigieuse, finalement sur la meilleure « justice » de la décision à prendre. Par ces abductions – au cœur desquelles se déploie le raisonnement par analogie[56] –,la commensurabilité se construit créativement et aléatoirement, mais non arbitrairement[57], les divers degrés de juridictions (à défaut, en droit international, les garanties de compétence des juges, tout au moins ceux de la CIJ, à la compétence « notoire en matière de droit international » selon l'art. 2 de son Statut) – permettant de prévenir et de corriger les éventuels choix contestables, ces mécanismes jouant en droit le rôle que la vérification expérimentale assume dans la validation d'abductions dans les domaines scientifiques.

---

[54] « La rétroaction de l'application sur la création du droit est un phénomène qui ne s'avoue pas dans le discours et la pratique juridiques » (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « L'interprétation en droit » in *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés de Saint-Louis, 1987, pp. 382-383).

[55] U. ECO, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, pp. 262-263.

[56] Sur les rapports entre analogie, abduction, fiction et, présomption, voir E. WYLER, « Le droit de la succession d'Etats à l'épreuve de la fiction juridique » in *Commentaire de la Convention de Vienne sur la succession en matière de traités*, G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 1609 à 1662.

[57] Si le juge rend une justice engageant son sens de l'équité, ce sens n'est pas ou peu « subjectif », et cette justice ne tombe pas du ciel mais procède d'une distribution non arbitraire de biens (au sens très large du mot) *déjà* effectuée (justice distributive) en fonction des valeurs propres à la collectivité : pour revenir à l'affaire des *Plates-formes pétrolières,* ce n'est pas en raison de la « subjectivité » de ses juges mais bien en regard des principes de liberté du commerce et de navigation – intégrés au droit international et dans le traité irano-américain pour des motifs de justice – que la CIJ apprécia, en fonction des circonstances d'espèce pertinentes, si le comportement des Etats-Unis était illicite (injuste).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

4. Pragmatisme et temporalité

La dynamique de la relation type/occurrence impliquant l'abduction abolit toute séquentialité d'un temps devenu circulaire par la répétition et le mouvement de la pensée : « l'interprétation juridique suppose en effet un va-et-vient constant entre les lois et les faits, un arbitrage entre les exigences du passé, celles du texte, et les exigences du présent, qui se manifestent dans une appréciation des faits au moment de l'application »[58]. La présentation d'un jugement comme procédant d'une pure déduction est en réalité une construction rétroactive, à partir de la solution *déjà trouvée* : celle-ci ne doit donc rien à un quelconque syllogisme, mais tout à la logique de la présentation *a posteriori* du jugement, tributaire de la nécessité de convaincre : des arguments bien ordonnés seront plus percutants, partant plus acceptables.

Pour le Pragmatisme, qui regarde à la norme et non à la règle formulée dans le texte dont elle provient, le droit non en vigueur formellement mais effectif prime le droit en vigueur formellement mais non effectif : revenant à l'affaire *Norris,* l'ineffectivité de la loi témoignait de sa mort sociale, rendant inutile son abrogation formelle, le principe de la bonne foi suffisant à s'opposer à une réactivation éventuelle voulue par les autorités ; *pragmatiquement* la loi était devenue lettre morte au sens que si la *règle* juridique (loi) existait encore dans le texte, la *norme* s'était éteinte. Nous avons également vu que, formellement, un traité multilatéral requérant un nombre minimal de ratifications pour entrer en vigueur ne déploie pas d'effets juridiques avant ce quota, sauf s'il le prévoit lui-même[59] et sous réserve encore d'une ou deux dispositions spécifiques codifiées par la Convention de Vienne de 1969, tels les art 25 (application provisoire) et 18. Cette dernière disposition, en consacrant des obligations juridiques *avant* l'entrée en vigueur *formelle* du traité, assure une « application rétroactive » d'une partie du traité, qu'on peut dire en vigueur *pratiquement* – s'il faut s'abstenir de tout acte susceptible de compromettre l'objet et le but du traité, c'est que ce traité existe et lie déjà bel et bien les Parties *substantiellement*. De même, les dispositions sur les modalités d'entrée en vigueur, les réserves ou les fonctions du dépositaire « sont applicables dès l'adoption du texte » (art. 24, § 4), donc encore une fois avant son entrée en vigueur formelle, nécessité trahissant l'impossibilité d'une conception purement formaliste du droit. Le pragmatisme, quant à lui, déconsidère les critères formels prévus pour l'entrée en vigueur de conventions ou projets de conventions boudés par les Etats, privilégiant les principes généraux à la lumière desquels les règles sont *in concreto* interprétées.

[58] P.-A. COTE, « L'interprétation de la loi. Une création sujette à des contraintes » in *Lire le droit*, D. BOURCIER, P. MACKAY (dir.), Paris, LGDJ, 1992, p. 147.
[59] Voir l'art 24 § 1 de la Convention de Vienne de 1969.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

III. LA RELATION RÈGLE/CAS DU POINT DE VUE HERMÉNEUTIQUE

A. L'approche formaliste

1. La théorie du « sens clair » d'un texte

Partant d'une vision idéaliste de la Loi ou règle, tenue pour « parfaite », le Formalisme suit en matière d'interprétation la règle d'or voulant qu'un sens *univoque* du texte préexiste à l'opération d'interprétation, car ce sens, en principe « clair », aurait été fixé à l'avance par son auteur et se refléterait dans le texte ; il n'y aurait donc lieu à interprétation qu'en cas d'« obscurité », le travail consistant alors seulement à retrouver le sens voulu à l'origine par l'auteur de texte (interprétation dite éloquemment en droit international « authentique »). L'interprétation se présentant comme une exception malencontreuse[60] à cette règle d'or, elle se voit encadrée strictement par des « méthodes » ou « règles d'interprétation » prédéterminées, parmi lesquelles celle dite « historique », requérant la consultation des « travaux préparatoires » du texte en se soumettant à l'exigence de se replacer dans le contexte du texte, revêt une importance particulière, s'agissant de retrouver le sens « voulu » par le ou les auteurs.

La jurisprudence internationale n'est pas avare en références à la théorie de l'acte clair. Par exemple, dans son avis consultatif sur les *Conditions d'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies* (1948), la CIJ avait été sollicitée de dire si la liste des conditions figurant à l'art. 4 de la Charte déterminant l'admission d'un nouvel Etat à l'ONU était exhaustive. Se référant à la « clarté » du texte, elle jugea que celui-ci « par son énumération et par le choix de ses termes, *traduit clairement l'intention* de ses auteurs d'établir une réglementation juridique qui, en fixant les conditions de l'admission, déterminerait aussi les motifs des refus d'admission »[61].

2. Le texte comme limite à la liberté de l'interprète

Partant d'un sujet-individu autonome, c'est-à-dire appréhendé non pas à partir du réseau de relations sociales qu'il constitue et, surtout, *qui le constitue*, mais à partir de sa seule subjectivité, de sa « liberté individuelle » comprise dans la perspective de la toute-puissance de la volonté comme absence d'obstacles extérieurs à celle-ci[62], l'idéalisme du Formalisme ne peut que penser un texte se posant en *limite* à la liberté a priori de l'interprète – ici redoutée, car c'est celle du juge, autorité qu'on veut soumise au Législateur –, c'est pourquoi l'interprétation

[60] « Si l'interprétation des lois est un mal, l'obscurité qu'entraîne cette interprétation en est évidemment un autre » (BECCARIA, *op. cit*., p. 70).
[61] CIJ *Rec.* 1948, p. 62 (nos italiques). Voir aussi les arrêts *Libye/Tchad* (CIJ *Rec*. 1994, spéc. § 43 et *Lagrand* (*ibid*., 2001, § 77).
[62] C'est la définition moderne de la liberté individuelle, remontant à Hobbes (*Leviathan*, Paris, Gallimard, 2000, p. 230).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

doit être *littérale*, se concentrer sur la lettre et non l'esprit du texte[63], et occulter le contexte de l'interprète au profit de celui du texte. La lettre, en tant qu'elle reflète directement l'intention de l'auteur[64], est le rempart protégeant celle-ci contre la subjectivité de l'interprète.

3. La séquence qualification/ interprétation/ application

Confronté à une ou plusieurs règles, le juge devra procéder en plusieurs étapes successives, rigoureusement délimitées : 1) une ou plusieurs qualifications-subsomptions 2) par exception (si le texte n'est pas clair), l'interprétation de la ou des règles 3) l'application syllogistique de la ou des règles au cas. Parce qu'inéluctable au contraire de l'interprétation, l'application s'en différencie et, dans la séquence du raisonnement, la suit.

Rappelons l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, où la CIJ semblait bien devoir *d'abord* classer la production de pétrole aux fins d'exportation dans la catégorie « commerce »[65] *avant* de lui appliquer la protection de la liberté de commerce prévue pour cette catégorie, et où elle devait *d'abord* décider si des transactions commerciales intermédiaires impliquant des Etats tiers exorbitaient la catégorie « commerce entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes » *avant* de conclure que les attaques « ne sauraient dès lors être considérées comme ayant porté atteinte à la liberté de commerce du pétrole entre les territoires » des deux Etats. Le Formalisme en conclurait probablement que la Cour a passé directement de la qualification-subsomption à l'application-syllogistique de la règle, sans qu'il fût même besoin d'interprétation, vu la clarté des dispositions en cause.

4. Formalisme et temporalité

Sa logique binaire et sa foi en la clarté du texte ont mené le Formalisme à préférer le temps du texte sur celui de l'interprète, acteur assimilé à un pur récepteur chargé à son tour de se muer en pur émetteur pour transmettre un message dont l'objectivité est garantie par la littéralité claire du texte. Dès lors, non seulement le rôle de l'interprète est effacé, mais le contexte dans lequel il s'insère n'importe pas du tout, l'interprète pouvant et même *devant* en faire complètement abstraction au profit du contexte du texte (d'où la « méthode » d'interprétation dite historique). Cette exigence est congrue au droit intertemporel, tel que ramassé dans la première des deux fameuses « règles » énoncées par Max Huber en 1928 dans l'affaire *Palmas* : « a juridical fact must be appreciated in the light of the Law contemporary to it, and not of the Law in

[63] « Rien n'est plus dangereux que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit de la loi. C'est dresser une digue bientôt rompue par le torrent des opinions » (BECCARIA, *op. cit*., pp. 67-68).
[64] « La lettre de la loi est objective et fait entendre à chacun la voix de la volonté générale. Entendue littéralement, la loi a un sens unique, clair, fixe et permanent. Seule la lettre se prête à la structure formelle du syllogisme, c'est-à-dire à l'application rigoureuse et scientifique de la loi » (FRYDMAN, *op. cit*., p. 291).
[65] Ce qu'elle fit dans son arrêt sur les exceptions préliminaires du 12/12 1996 (CIJ Rec 1996, §§ 45-48).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

force at the time when a dispute to it arises or falls to be settled »[66]. Ainsi, comprendre et interpréter ne solliciteraient qu'un examen des règles de droit de l'époque, l'acte d'interpréter pouvant s'effectuer exactement comme le ferait un juriste contemporain de l'époque où ces règles étaient applicables. Autrement dit, l'interprète pourrait d'un même élan retrouver le temps du texte et quitter le sien propre.

Cette idée même de la possible occultation d'un contexte, mais cette fois-ci du contexte du texte – renversement remarquable –, se retrouve sous la plume de la CPJI en 1931 sous la forme d'une exception alléguée au principe de non-rétroactivité : « Conformément aux règles, l'interprétation donnée par la Cour au texte de la Convention a bien un effet rétroactif en ce sens que le texte de la Convention doit être réputé avoir toujours eu le sens résultant de cette interprétation »[67]. Arrêtant la signification d`une règle à un moment donné, le juge prétend ici la faire rétroagir au temps du texte et, probablement aussi, la fixer pour l'avenir, position aussi idéaliste qu'hégémoniste déniant toute pertinence non seulement au contexte du texte, mais encore à ceux des interprètes futurs, comme si la règle *stare decisis* était de mise en droit international et devait lier strictement la jurisprudence au point de l'empêcher d'évoluer …

Finalement, l'œuvre du juge se déroulant dans un temps séquentiel, toute rétroactivité d'une opération sur l'autre est exclue : « l'activité d'interprétation précède l'application et détermine les résultats de celle-ci. Par contre les résultats de l'application ne doivent pas, en principe, influer sur l'interprétation car l'interprète, en portant un jugement de valeur sur les conséquences de l'application, se substituerait alors au législateur »[68].

B. L'approche pragmatique

1. L'inéluctabilité de l'interprétation

En contraste avec le Formalisme, le Pragmatisme réfère à un concept de loi ou règle intrinsèquement lacunaire : « Toute loi est générale et … sur des cas d'espèce, il n'est pas possible de s'exprimer avec suffisamment de précision … la loi n'en est pas moins bien ordonnée », écrit Aristote[69].

Ainsi la loi est affectée d'une triple « infirmité » dérivant d'une part de son imprécision intrinsèque car consubstantielle au langage, lequel se sert de mots impuissants à appréhender pleinement la singularité des réalités, d'autre part de sa généralité, voulue, enfin de l'impossibilité d'anticiper tous les cas à venir dans

[66] *RSA* vol II, p. 845.
[67] Avis consultatif du 15 mai 1931 *Accès aux écoles minoritaires allemandes en Haute-Silésie* (CPJI *Série A/B* no 40, p. 19).
[68] P.-A. COTE, *op. cit.*, pp. 139.
[69] « Aussi ce qui est équitable est-il juste, supérieur même en général au juste, non pas au juste en soi, mais au juste qui, en raison de sa généralité, comporte de l'erreur » (*Ethique à Nicomaque*, Livre V, 7, Paris, Flammarion, 1992, p. 162).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

un monde changeant et imprévisible. Dès lors, la littéralité d'un texte devient illusoire, sauf à l'entendre comme simple base pour la construction de significations[70]. A l'instar des règles générales et abstraites, les décisions des juges ne sauraient non plus être tenues pour univoques, sinon les ordres juridiques n'aménageraient pas des *recours en interprétation* des décisions judiciaires[71].

En conséquence, le Pragmatisme s'en remet à une herméneutique philosophique[72] pour laquelle n'existe pas de sens clair ou correct à retrouver, le sens d'un texte dépassant *toujours* celui que lui prêterait son auteur, la référence à la clarté ne désignant en réalité rien d'autre que le sens communément admis par une collectivité donnée, sens guidant l'interprétation. Tout texte doit ainsi *nécessairement* être interprété : d'où l'inutilité de « règles d'interprétation », à interpréter à leur tour et ainsi de suite à l'infini, la construction d'une signification à un moment donné et dans une situation donnée résultant d'une rencontre entre les contextes du texte et de son interprète par delà leur singularité propre. Ce n'est pas là ouvrir la porte à l'arbitraire du juge, comme on va le montrer.

2. Le texte comme condition de possibilité de l'interprétation

Si, en droit judiciaire, le texte juridique n'est pas le seul élément pris en compte dans l'interprétation, le juge se confrontant notamment à des comportements significatifs sous pertinence juridique (notamment sous l'angle de quelque principe général de droit), telles d'éventuelles coutumes, c'est néanmoins à partir de textes divers, incluant les décisions jurisprudentielles pertinentes, que l'opération d'interprétation s'effectue le plus souvent. Pour une perspective pragmatique, un texte ne représente aucunement une limite pour l'interprète, mais au contraire *la condition* de l'interprétation, au même titre que la langue ne borne pas la parole mais la rend possible et lui permet de se déployer. Le juge n'étant pas un individu « libre » a priori, solipsiste et soumis à une « subjectivité » infinie – au demeurant jamais définie –, mais une autorité *située* sommée de juger selon des circonstances propres à l'espèce qui canalisent sa recherche, il n'y a pas lieu de craindre outre mesure sa « subjectivité ». C'est ce dont le débat[73] sur les « contraintes juridiques » a pris conscience, la doctrine se devant de résoudre la contradiction entre le postulat de la subjectivité ou arbitraire du juge et l'extrême rareté des décisions arbitraires en pratique. Relativisant à juste titre l'idée d'un juge totalement libre, les théories diverses sur les contraintes juridiques n'en commettent pas moins l'erreur typiquement moderne (et post-moderne) de poser une liberté absolue, *puis* d'en rechercher des limites extrinsèques liées au

[70] Voir la note 81.
[71] Concernant la CIJ, voir l'art. 60 de son Statut.
[72] L'herméneutique philosophique de H-G. GADAMER, laquelle prend l'herméneutique juridique pour modèle parce que celle-**ci** montre que comprendre, interpréter et appliquer sont un seul et même acte (voir *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1996, spéc. pp. 329-34 et 3347-362).
[73] Voir les diverses contributions rassemblées dans les numéros 54 et 55 (2011 et 2012) de la revue *Droits*, notamment celles de Ch. LEBEN et O. JOUANJAN.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

contexte[74], au lieu d'appréhender le juge dans son contexte relationnel incluant l'obligation de prendre la décision la plus juste possible dans le cas, démarche risquant évidemment de ruiner la thèse d'une liberté absolue a priori, à laquelle l'idéalisme moderne ne veut pas renoncer…

Comme tout homme, le juge est un être structuré par un réseau relationnel, une formation professionnelle, une expérience de fonction, sans oublier l'intériorisation des valeurs de l'ordre juridique ayant façonné son sens de l'équité. Il se voit de surcroît soumis à la double censure de ses pairs (juges et doctrine) et des parties en litige, aux yeux desquels sa décision doit être acceptable ; d'où l'obligation de motiver les décisions, savoir les justifier par une argumentation *objective*[75] sans rapport avec une quelconque subjectivité. Le juge n'est donc pas cet homme libre initialement dont il faudrait s'ingénier ensuite à brider la subjectivité, comme si l'individu préexistait au juge ou le sauvage au citoyen dans la fable du contrat social. Ce n'est pas le moindre paradoxe des Modernes d'être terrorisés par l'arbitraire des juges tout en concevant l'interprétation comme une opération mécanique, objective (le syllogisme), donc ne laissant aucune place à la subjectivité. Certes, il existe également de mauvaises décisions, généralement parce qu'elles ne tiennent pas suffisamment compte des circonstances concrètes de l'affaire en cause : nous avons signalé ce défaut dans l'arrêt *Front Polisario* de la Cour de Justice de l'Union européenne, laquelle se contenta d'évoquer des principes du droit international sans se confronter à leur respect *in concreto*, afin d'éviter, sans doute pour des motifs politiques et économiques, d'avoir à admettre que l'Union violait des normes internationales importantes.

3. Comprendre, qualifier, interpréter… en situation

Fort de sa conception dynamique, réciproque et circulaire de l'interprétation, le Pragmatisme rejette la notion d'« application » – mais, à nouveau, que faire contre les usages langagiers consolidés au fil du temps –, inadéquate de par son unilatéralité et sa déductivité, préférant les termes « interprétation en situation » ne préjugeant pas de la structure abductive de la dialectique type/occurrence au cœur du processus interprétatif. Il relativise de plus la distinction entre qualification et interprétation, la première engageant nécessairement la seconde, partant étant créative et non simple classement mécanique d'un objet dans une

[74] Cette logique imprègne le droit international dans son ensemble, comme le montre la conception d'une souveraineté étatique posée d'abord pleine et entière, *ensuite* seulement limitée par des « exceptions » (à interpréter « restrictivement ») ou l'interdiction du recours à la force posée générale a priori quasi-absolue, puis « restreinte » par diverses « exceptions » générée par une pratique dont il faut bien tenir compte d'une manière ou d'une autre.

[75] « Motiver une décision, c'est en exprimer les raisons. C'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir. C'est éloigner tout arbitraire. Grâce aux motifs seulement celui qui a perdu un procès sait comment et pourquoi (…) Par delà les plaideurs, les motifs s'adressent à tous (…). Ils fournissent aux commentateurs … la possibilité de comparer les jugements entre eux, de les analyser, grouper, critiquer, d'en dégager les leçons, souvent aussi de préparer les solutions à venir ». (T. SAUVEL, cité par Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 154).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

catégorie, la seconde se composant d'une ou de plusieurs qualifications en tant que portant sur de multiples objets, règles de droit, décisions judiciaires, données propres au cas pertinentes juridiquement, etc[76]… Derrière l'apparente mécanicité de son raisonnement, la CIJ, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, avait en réalité dû interpréter le terme *commerce* en raisonnant par analogie à partir de précédents *choisis*[77], déterminer si les plates-formes relevaient de la juridiction territoriale de l'Iran, si elles produisaient bien du pétrole destiné à l'exportation, si l'embargo américain frappant l'importation aux Etats-Unis de biens iraniens empêchait tout rapport commercial effectif entre les deux pays, si l'intervention d'intermédiaires brisait leur relation de commerce, enfin si la destruction des plates-formes pouvait dans ces conditions attenter à la liberté de commercer. Autant d'abductions procédant de multiples interprétations.

L'interprétation est donc un processus complexe faisant intervenir créativement l'interprète, ses attentes vis-à-vis du texte, ainsi que ses « préjugés » et ses « pré-conceptions » (*Vorverständnissen*) liées au contexte dans lequel il s'inscrit, incluant la tradition[78]. Dans cette perspective dynamique, un dialogue se noue entre texte et interprète sur la base d'une communauté culturelle transcendant les différences d'époque, sans bien sûr les surmonter toutes.

Isolant du processus l'opération relative à la détermination *in situ* de la signification d'une seule règle de droit, on soulignera encore que le sens donné à celle-ci résulte d'une rencontre entre deux mondes ou contextes[79], celui du texte et celui de l'interprète, tous deux médiateurs (le texte est médiation entre l'auteur et son monde, l'interprète est médiation entre le texte et le sien), dans un mouvement dénommé *cercle herméneutique*[80]. L'élaboration du sens à partir du texte n'est donc nullement une œuvre de la subjectivité répondant à la seule volonté de l'auteur du texte, mais une construction basée avant tout sur des éléments objectifs[81] intrinsèques tant à la règle qu'à son interprétation.

---

[76] Il s'agit là bien d'une « opération très complexe où l'interprétation des faits et celle de la norme se conditionnent mutuellement (…). Lire l'enchaînement [des faits de la cause] est déjà orienté par la présomption selon laquelle tel enchaînement narratif place le cas considéré sous telle règle de droit. Quant à la règle de droit, elle présente elle-même une open texture qui la met sous la dépendance des interprétations antérieures adoptées dans des cas semblables ; mais l'idée même de cas semblables, présupposée par la règle du précédent, résulte de l'interprétation du degré de ressemblance ou de dissemblance avec les cas précédents » (P. RICOEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in *Interprétation et droit*, P. AMSELEK (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 180).

[77] Les arrêts *Oscar Chinn* et *Nicaragua* (voir l'arrêt précité sur les exceptions préliminaires, §§ 45-48).

[78] « L'anticipation de sens qui guide notre compréhension d'un texte n'est pas un acte de la subjectivité, mais se détermine à partir de la communauté (*Gemeinsamkeit*) qui nous lie à la tradition » (GADAMER, *op. cit*., p. 315).

[79] « Ce qu'exige clairement l'herméneutique, c'est que l'on comprenne ce que dit un texte à partir de la situation concrète dans laquelle il est formulé » (*ibid*., p. 357).

[80] Le cercle rend compte de ce que « toute compréhension s'effectue à la faveur d'un contexte englobant dont nous faisons toujours déjà partie » (J. GRONDIN, *Introduction à H.-G. Gadamer*, Paris, 1999 Cerf, pp. 125-126).

[81] Cf. U. ECO, *Les limites de l'interprétation (op. cit,* p. 29) ; la notion *d'intentio operis*, distincte de *l'intentio auctoris* et de *l'intentio lectoris*, exprime en particulier la « structure objective du texte, d'où la possibilité d'un

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

4. Conséquence sur la temporalité

La fusion des horizons ou cercle herméneutique abolit le temps séquentiel, linéaire, séparant le texte de ses interprétations successives, l'acte d'interprétation établissant une contemporanéité entre eux, projetant la règle dans le temps de l'interprète et l'interprétation dans le temps de la règle ; la séquence linéaire passé/présent/futur perd ici sa signification usuelle.

La dialectique type/occurrence montre, elle, la présence du type dans les occurrences et la rétroaction inéluctable des occurrences sur le type. Illustre ce dernier mouvement l'interprétation dite « évolutive » – improprement, l'acte d'interprétation fixant un sens *hic et nunc* qui n'évolue pas –, à laquelle recourt parfois la CIJ, en rupture avec son habituelle approche formaliste axée sur la théorie du sens clair. Dans l'affaire du *Plateau continental de la Mer Égée*, elle estima en effet que l'expression « statut territorial de la Grèce » figurant dans l'*Acte général d'arbitrage* de 1928, impliquait de « présumer que son sens était censé évoluer avec le droit »[82] et, partant, pouvait inclure la notion apparue *ultérieurement* de « plateau continental ». En rattachant au type « statut territorial » la notion de « plateau continental » inconnue en 1928 mais ressortissant au contexte de l'interprétation, la Cour modifiait indéniablement le type, annihilant dans le moment interprétatif la distance historique entre le texte (et son contexte) et son interprétation (et son contexte). Etant donné la singularité de chaque cas d'espèce, dans une prochaine occurrence où, par hypothèse, la même question se poserait et où la Cour se livrerait à nouveau à une interprétation « évolutive », le type *statut territorial* se verrait encore modifié tout en conservant probablement l'acquis « plateau continental », dont on pourra dire alors qu'il a « fait jurisprudence ». C'est dans ce sens restreint seulement qu'il convient d'interpréter l'affirmation de la CPJI précitée[83], prétendant avoir fixé une signification du texte rétroactivement.

CONCLUSION

Comme souligné en introduction, il ne faudrait pas comprendre l'opposition entre Formalisme et Pragmatisme d'une manière absolue, chacune des deux approches traduisant une part de la réalité du droit international, qui est, comme tout droit d'ailleurs, simultanément *pratique* et *formalisation* de cette pratique.

Contrairement au Formalisme, campé sur le terrain du paraître, du *Law in books*, l'approche pragmatique vise à éclairer l'effectuation du droit *in concreto,* adoptant la perspective de l'exercice de la règle *dans* l'occurrence ou le cas, là où

« sens littéral » du texte (*ibid*., pp. 29-35), c'est à dire d'un accord entre les interprètes d'une même culture sur la trame essentielle du texte (sans quoi on pourrait lui faire dire tout et n'importe quoi).

[82] CIJ *Rec*. 1978, § 77.

[83] *Supra*, p. 245.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

elle va véritablement s'incruster, devenir norme. Le déni de la distinction entre règle et norme, de même que la réduction simpliste de la présentation du raisonnement que le juge prétend faire à ce qu'il fait réellement ne suffit pas à rendre compte des réalités du droit en acte. Attaché au *Law in action*, le Pragmatisme découvre la normativité de la règle dans son exercice, sa pratique, comme le relève Ricoeur : « c'est en l'appliquant que non seulement on reconnaît la norme comme contraignante, mais que l'on fait l'épreuve de sa variabilité, et que s'exerce le jeu décrit plus haut de l'interprétation mutuelle entre la loi et les faits »[84].

Circulaire et diachronique, la temporalité du Pragmatisme implique relativisation de la rigueur du principe de sécurité juridique et son corollaire, la non-rétroactivité, dont l'exigence de justice requiert une interprétation particulièrement souple. Même au sein d'un système juridique aussi fondamentalement positiviste que celui de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne tempère parfois les rigueurs de son formalisme en invoquant des valeurs essentielles : la « jurisprudence Silih »[85] sacrifie en effet ces deux principes sur l'autel d'une justice propre à son ordre juridique (exprimée en l'espèce dans une « clause humanitaire ») requérant de statuer au fond sur les réclamations de proches de personnes tuées ou disparues dans des circonstances lointaines et troubles[86]. La Cour considère que, même si les dommages se sont produits à une époque antérieure à la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat défendeur, elle est compétente pour examiner la licéité des « actes et omissions de nature procédurale » de l'Etat « susceptibles de mener à l'identification et à la punition des responsables ou à l'indemnisation de la partie lésée »[87]. S'agissant de crimes graves, imprescriptibles, elle fonde sa compétence sur « la nécessité de protéger … les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent »[88], pourvu que les dommages ne se soient pas produits avant l'adoption de la Convention, savoir le 4 novembre 1950[89]. C'est là prendre une posture pragmatique réintroduisant une priorité à la justice concrète sur la sécurité juridique et la non-rétroactivité … tout en ménageant sa part au Formalisme par le fait de tout de même limiter à une date précise sa compétence *ratione temporis*.

[84] P. RICOEUR, *op. cit.,* p.180.
[85] Du nom d'un arrêt de 2009, confirmé depuis.
[86] Pour une explicitation de cette jurisprudence par la Cour elle-même, voir l'arrêt du 21/11/2013 en l'affaire *Janowiec et autres contre Russie*, (Requêtes no 55508/07 et 29520/09) spéc. les §§ 131 à 151.
[87] *Ibid.,* § 143.
[88] *Ibid.,* § 149.
[89] *Ibid.,* § 151.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

RÉSUMÉ

La compréhension du raisonnement par lequel le juge « applique le droit aux faits », la règle de droit au cas, c'est-à-dire rapporter au singulier et concret ce qui est général et abstrait diffère fondamentalement selon deux grands paradigmes en droit. Pour le *formalisme*, qui voit le droit comme une science, une technique, le juge effectue des opérations logiques : qualification – subsomption - des faits sous l'empire des règles et catégories juridiques, application par déduction (syllogisme), exceptionnellement interprétation selon l'intention de l'auteur du texte si celui-ci n'est pas clair.

Pour le *pragmatisme*, le droit étant un savoir-faire rendant illusoire le recours à la logique, le juge effectue une série d'inférences (abductions) portant sur la pertinence de telle ou telle règle, eu égard aux circonstances concrètes en cause, en fonction de ce que requiert la justice concrète. Les règles n'étant jamais claires *per se*, il faudra toujours interpréter en contexte, créativement : *ars juris*.

ABSTRACT

The understanding of what a judge does when he « applies the law to the facts of a case » depends on the model or paradigm of the analysis. To Formalism, an approach that views Law as a science, the judge makes logical operations such as classification or subsomption under some rules, and applies rules in a deductive way (syllogism). If the legal text is exceptionnally unclear, then interpretation must occur, the interpreter's task being limited to the finding of the meaning according to the author's will.

To Pragmatism, the use of logic is elusive since reasoning in law requires a kind of know how ; thus, a judge will operate a series of abductions almost simultaneously, in relation to the relevance of a given rule to the concrete circumstances and in respect of what is just in the case. Since no text can be deemed clear, interpretation must necessarily occur in context, a task which reveals its creative dimension : judicial law is ars juris.

RESUMEN

La comprensión del razonamiento por el cual el juez "aplica el derecho a los hechos", la norma de derecho al caso, es decir, relacionar con lo singular y concreto lo que es general y abstracto, difiere fundamentalmente según dos grandes paradigmas del derecho. Para el *formalismo,* que concibe el derecho como una ciencia, una técnica, el juez realiza operaciones lógicas: calificación/subsunción de los hechos bajo el imperio de las normas y categorías jurídicas, aplicación por

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

deducción (silogismo), y excepcionalmente, interpretación según la intención del autor del texto, si éste no es claro.

En lo que concierne el *pragmatismo* – dado que el derecho es una habilidad que hace ilusorio el recurso a la lógica – el juez realiza una serie de inferencias (abducciones) a cerca de la pertinencia de tal o cual norma, en relación con las circunstancias concretas en cuestión, según lo que la justicia concreta requiera. Dado que las reglas nunca son claras *per se*, siempre deben interpretarse en su contexto, de forma creativa: *ars juris.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

« JE SUIS VENU TE DIRE QUE JE M'EN VAIS… » LA DENONCIATION DES TRAITES REGIONAUX DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME*

Philippe FRUMER

Chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles

Tout le monde s'accorde sur le constat suivant : les traités régionaux de protection des droits de l'Homme[1] – Convention européenne des droits de l'Homme, Convention américaine relative aux droits de l'Homme, Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples – n'ont guère échappé à la crise profonde que traverse le multilatéralisme ces dernières années. Sans aller jusqu'à évoquer un « avis de tempête », il est permis de se rallier à l'opinion de certains juges et anciens juges de la Cour de Strasbourg, selon laquelle les droits de l'Homme affrontent de forts « vents contraires »[2]. Ces turbulences affectent particulièrement les juridictions régionales chargées de contrôler le respect des engagements consignés dans ces traités[3].

---

* Une première version de cet article, intitulée « Les dénonciations et menaces de dénonciation des instruments régionaux de protection des droits de l'Homme » a été présentée lors de la 5e journée de droit international de l'Ecole Normale Supérieure (Paris), le 9 novembre 2018. Le texte, non publié, a été profondément remanié et actualisé.

[1] L'analyse portera pour l'essentiel sur ces trois traités régionaux conclus à l'échelle d'un continent. S'agissant des traités africains sous-régionaux contenant des dispositions en matière de droits de l'Homme, la résistance à l'égard des juridictions que ces traités ont instituées s'est exprimée de différentes manières. Voir à ce sujet : K.J. ALTER, J.T. GATHII, L.R. HELFER, « Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences », *E.J.I.L.*, 2016, pp. 293-328. L'étude ne portera pas davantage sur les traités régionaux plus spécifiques, notamment ceux visant à protéger certaines catégories de personnes. Ceux-ci ne sont pas pour autant à l'abri de mesures de dénonciation. Le ministre de la Justice polonais a par exemple manifesté le 25 juillet 2020 sa volonté de dénoncer la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 11 mai 2011, *S.T.C.E.* n°210). La Turquie a, quant à elle, franchi le pas : un décret présidentiel publié le 19 mars 2021 prévoit la dénonciation de la Convention d'Istanbul. Voir *infra*, note 37.

[2] Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Popović et Sajó sous Cour eur. dr.h., *Barata Monteiro da Costa Nogueira et Patrício Pereira c. Portugal*, arrêt du 11 janvier 2011 : « Au moment où les vents sont contraires, nous pensons que notre Cour doit plus que jamais renforcer la liberté d'expression qui, loin de constituer une protection ou un privilège, est un des éléments clés de la démocratie ». Voir aussi l'opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, §§57 à 60 sous Cour eur. dr.h., *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie, (Gde Ch.)*, arrêt du 28 juin 2018.

[3] Au sujet de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme et des causes de la défiance croissante à son égard : R. URUEÑA, « Double or Nothing ? The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context », *Wisconsin International Law Journal*, 2018, vol.35, n°2, pp. 398-425. Concernant la Cour européenne des droits de l'Homme : Y. LECUYER, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.D.L.F.*, 2019, chron. n°53. http://www.revuedlf.com/cedh/les-critiques-ataviques-a-lencontre-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

C'est dans ce contexte pour le moins tourmenté qu'un nombre croissant d'Etats ont dénoncé ou menacé de dénoncer les traités régionaux de protection des droits de l'Homme auxquels ils sont liés[4]. Pour bien appréhender la situation, il est utile de rappeler qu'aussi bien ces traités régionaux que la dénonciation les affectant revêtent certaines caractéristiques spécifiques.

En premier lieu, il est bien connu que ces traités n'obéissent pas à une logique classique de réciprocité entre cocontractants, dès lors que les bénéficiaires des droits et libertés que ces traités confèrent ne sont pas ceux-là mêmes qui les souscrivent – à savoir les Etats parties –, mais les personnes relevant de la juridiction de ceux-ci. En ce sens, ces traités instituent des obligations objectives bénéficiant d'une garantie collective[5].

Ensuite, la dénonciation de ces traités régionaux n'affecte pas seulement les droits et libertés dans leur substance, mais également les mécanismes juridictionnels de contrôle de ces engagements substantiels.

Comme on le verra, il arrive néanmoins que certains Etats recourent à une mesure moins radicale que la dénonciation pure et simple. Tout en acceptant de demeurer liés par les droits et libertés que tel traité régional reconnaît, ils entendent s'affranchir en tout ou partie de la compétence de l'organe juridictionnel chargé d'en assurer le contrôle. De tels procédés s'inscrivent dans une logique de contestation et de résistance tous azimuts à l'égard des juridictions internationales[6].

Enfin, – et c'est sans doute en cela que l'analyse se révèle la plus instructive –, les juridictions régionales ont été amenées à se prononcer tantôt sur des cas de dénonciation pure et simple, tantôt sur des cas de retrait de la déclaration d'acceptation de leur propre compétence.

On analysera de manière non exhaustive certains cas de dénonciation pure et simple (I), avant de se pencher sur l'attitude de certains Etats parties en amont

---

Pour une analyse plus globale : L.R. HELFER, « Populism and International Human Rights Law Institutions: A Survival Guide » *in* G.L. NEUMAN (ed.), *Human Rights in a Time of Populism. Challenges and Responses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 218-249.

[4] G.J. NALDI, K.D. MAGLIVERAS, « Human Rights and the Denunciation of Treaties and Withdrawal from International Organisations », *Polish Yearbook of International Law*, 2013, p. 95.

[5] Voir. entre autres : Cour eur. dr.h., *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 23 mars 1995, §70; IACHR, *Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights* (Arts. 74 and 75), Advisory Opinion OC-2/82, *Series A* No 2, 24 September 1982, §29. La notion de garantie collective est également au cœur de l'avis consultatif OC-26/20 qu'a rendu la Cour interaméricaine des droits de l'homme le 9 novembre 2020 sur la question de la dénonciation de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme et de la Charte de l'OEA. Cet avis consultatif est analysé *infra*, dans la partie I.A.

[6] La doctrine anglo-saxonne utilise les termes « *pushback* » et « *backlash* » pour distinguer, selon qu'il s'agit d'une forme de résistance ordinaire, s'exprimant dans les limites du système afin de renverser des évolutions juridiques (*pushback*) ou que l'on est en présence d'une résistance extraordinaire défiant l'autorité d'une juridiction internationale dans le but d'en obtenir la transformation, voire la fermeture (*backlash*). Voir notamment à ce sujet : M.R. MADSEN, P. CEBULAK, M. WIEBUSCH, « Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts », *iCourts Working Paper Series*, No. 118, 2018, p. 13. http://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/icourts%20Working%20Paper%20118.pdf

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

d'une éventuelle dénonciation, qu'il s'agisse de la formulation de menaces de dénonciation (II) ou de la décision de retirer une déclaration facultative relative à la compétence d'une juridiction supranationale (III).

I. LA DÉNONCIATION PURE ET SIMPLE DES TRAITÉS RÉGIONAUX DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

En matière de dénonciation de traités, la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 distingue en son article 56§1 selon que le traité comporte ou non une disposition régissant sa dénonciation. C'est cette logique que l'on se propose de suivre.

A. Le traité comporte une clause de dénonciation

La Convention européenne des droits de l'Homme[7] et la Convention américaine relative aux droits de l'Homme envisagent chacune explicitement le mécanisme de la dénonciation.

L'article 58 de la Convention européenne prévoit qu'un Etat partie peut la dénoncer pour autant qu'un délai de cinq ans se soit écoulé depuis l'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois. En outre, l'Etat dénonçant demeure lié par les obligations contenues dans la Convention, en ce qui concerne tout fait commis avant la prise d'effet de la dénonciation, pouvant constituer une violation de ces obligations (art. 58§2).

L'on ne s'attardera pas ici sur le seul cas avéré de dénonciation de la Convention européenne, celui de la Grèce, alors sous le régime de la dictature des colonels[8]. Comme l'on sait, afin de devancer une suspension du Conseil de l'Europe devenue inéluctable, le 12 décembre 1969, le gouvernement grec prit la décision de dénoncer à la fois le statut du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'Homme et son premier Protocole additionnel. Après le retour à la démocratie, la Grèce fut réadmise au Conseil de l'Europe le 28 novembre 1974 et redevint à la même date partie à la Convention européenne des droits de l'Homme[9].

---

[7] Tel est également le cas des protocoles additionnels à la Convention européenne contenant des dispositions de droit matériel, à savoir les protocoles n°1, 4, 6, 7, 12 et 13. La possibilité de dénonciation y est toutefois implicite, en ce sens que chacun de ces protocoles prévoit que les dispositions de la Convention – dont la clause de dénonciation – s'y appliquent.

[8] Voir à ce sujet : Y. TYAGI, « The Denunciation of Human Rights Treaties », *B.Y.I.L.*, 2008, pp. 157 et suiv. ; F. BENOIT-ROHMER, H. KLEBES, *Le droit du Conseil de l'Europe : vers un espace juridique européen,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2005, p. 43.

[9] Pour une présentation détaillée du cas grec : V. Fernandez Soriano, *Le fusil et l'olivier. Les droits de l'Homme en Europe face aux dictatures méditerranéennes (1949-1977)*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2015, pp. 169-196.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Quant à la Convention américaine de 1969, la clause de dénonciation reprise à l'article 78 comporte les mêmes exigences que celles figurant dans la Convention européenne, sous réserve du délai de préavis qui est d'un an.

Jusqu'à présent, deux Etats ont dénoncé effectivement la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. La dénonciation de la Convention par Trinité-et-Tobago en 1998, devenue effective en 1999, que l'on mentionne sans l'analyser[10], concernait la situation spécifique des détenus condamnés à mort. L'Etat trinidadien estimait que la saisine des instances interaméricaines par ces détenus l'aurait empêché de se conformer à son obligation constitutionnelle de réduire la durée des procédures, de sorte que l'Etat n'aurait eu d'autre possibilité que de commuer la peine capitale en détention à perpétuité, aboutissant à une abolition *de facto* de la peine de mort, contraire selon lui à la volonté de la population[11].

Dans le cas plus récent du Venezuela, la dénonciation reposait sur des motifs beaucoup plus étendus. Conformément à l'article 78 de la Convention américaine, celui-ci avait notifié sa décision de dénonciation le 10 septembre 2012, avec effet au 10 septembre 2013[12]. L'Etat bolivarien y expliquait en détail les raisons de sa décision, exprimant un désaccord complet avec le système interaméricain de protection des droits de l'Homme, accusé de partialité envers le Venezuela et, de manière plus large, de servir d'arme politique visant à déstabiliser certains gouvernements[13].

Il n'est pas anodin de relever que la justice constitutionnelle interne avait elle-même ouvert la voie à cette dénonciation[14]. En effet, en décembre 2008, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice du Venezuela avait refusé de donner effet à un arrêt de la Cour interaméricaine[15], au motif que cette dernière aurait usurpé les fonctions de la juridiction constitutionnelle[16]. Dans la

[10] Voir à ce sujet N. PARASSRAM CONCEPCION, « The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights », *American University International Law Review*, 2001, vol. 16, nr.3, pp. 847-890.

[11] Pour plus de détails : Ph. FRUMER, « Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence de l'organe de contrôle », *R.G.D.I.P.*, 2000, pp. 944-946.

[12] Denunciation letter from the Minister of Popular Power for Foreign Affairs of the Bolivarian Republic of Venezuela, to the Gen. Secretariat of the Org. of Am. States (Sept. 6, 2012) http://www.oas.org/DIL/Nota_Rep%C3%BAblica_Bolivariana_Venezuela_to_SG.English.pdf

[13] Lire à ce sujet: X. SOLEY, S. STEININGER, « Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights », *Max Planck Research Paper Series* No. 2018-1, p. 18. https://ssrn.com/abstract=3103666

[14] Sur le rôle accru des juridictions constitutionnelles latino-américaines dans le processus de dénonciation des traités : A. HUNEEUS, R. URUEÑA, « Treaty Exit and Latin America's Constitutional Courts », Symposium on Treaty Exit at the Interface of Domestic and International Law, *A.J.I.L. Unbound*, 2017, vol. 111, pp. 456-460.

[15] Il s'agissait de l'arrêt *Apitz Barbera et al. c. Venezuela*, 5 août 2008, *série C* n°182.

[16] Dans cet arrêt, la Cour interaméricaine avait estimé que la destitution de trois juges d'une juridiction administrative, décidée par une juridiction ne répondant pas aux exigences du procès équitable, emportait violation de la Convention américaine. La Cour interaméricaine avait par ailleurs enjoint au Venezuela de réinstaller les juges dans leurs fonctions.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

foulée, la Chambre constitutionnelle avait demandé au pouvoir exécutif de dénoncer la *Convention américaine des droits de l'Homme*[17].

Tout en regrettant cette dénonciation, en ce qu'elle revenait à priver le peuple vénézuélien d'un mécanisme supranational de protection de ses droits fondamentaux, la Commission interaméricaine n'en avait pas moins insisté sur les obligations demeurant à charge du Venezuela[18].

Conformément à l'article 78§2 de la Convention américaine, la dénonciation ne pouvait délier le Venezuela de ses obligations quant aux faits commis avant la prise d'effet de la dénonciation[19]. Il est à cet égard significatif que la Cour interaméricaine a continué à rendre des arrêts contre le Venezuela postérieurement au 10 septembre 2013, en relation avec des faits antérieurs à cette date[20]. Autre conséquence : le Venezuela devait se conformer à ses obligations d'exécuter les arrêts de la Cour rendus à propos de violations commises avant la prise d'effet de la dénonciation, conformément à l'article 68§1 de la Convention américaine[21], et de faire rapport à la Cour quant aux mesures prises à cet effet[22]. De même, il était également tenu d'adopter les mesures provisoires ordonnées par la Cour interaméricaine en application de l'article 63§2 de la Convention américaine en relation avec des faits antérieurs à la prise d'effet de la dénonciation[23].

---

[17] Supreme Tribunal of Justice (Venezuela), *Solicitor General of the Republic v. Venezuela*, Final Award on Jurisdiction of the Constitutional Chamber, File No 08-1572, No 1939, 18 December 2008. Pour le texte original de la décision : http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html
Voir également : T. *INGADOTTIR, « Enforcement of Decisions of International Courts* at the National Level » in A. NOLLKAEMPER et al. (eds.), *International Law in Domestic Courts: A Casebook*, Oxford, Oxford UP, 2018, p. 375.

[18] Comm. IADH, « IACHR Deeply Concerned over Result of Venezuela's Denunciation of the American Convention », Communiqué de presse, 10 septembre 2013.
http://www.oas.org/en/iachr/media_center/preleases/2013/064.asp

[19] La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 consacre la même règle de non-rétroactivité, par l'application combinée de ses articles 70§2 et 70§1 b).

[20] Notamment CIADH, *Landaeta Mejías Brothers et al. vs. Venezuela*, 27 août 2014, *série C* n°281, §12 ; *Ortiz Hernández et al. vs. Venezuela.*, 22 août 2017, *série C* n° 338, §13 ; *San Miguel Sosa and others vs. Venezuela*, 8 février 2018, *série C* n°348, §12 ; *López Soto et al. vs. Venezuela*, 26 septembre 2018, *série C* n° 362, §16 ; *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, 30 août 2019, *série C* n°380, §16 ; *Mota Abarullo et al. vs. Venezuela*, 18 novembre 2020, *série C* n°417, §12.

[21] Pour une application : Cour IADH*, Díaz Peña & Uzcátegui et al. v. Venezuela*, Monitoring Compliance with Judgment, ordonnance du 22 novembre 2019. Ainsi en avait déjà décidé la Cour interaméricaine dans le cas de Trinité-et-Tobago. Notamment : Cour IADH*, Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*. Monitoring Compliance with Judgment, ordonnance du 27 novembre 2003.

[22] *Family Barrios v. Venezuela*. Monitoring Compliance with Judgment, ordonnance du 22 novembre 2016. Voir déjà Cour IADH*, Hilaire, Constantine and Benjamin et al. and of Caesar v. Trinidad and Tobago*. Monitoring Compliance with Judgment, ordonnance du 20 novembre 2015.

[23] *Matters of Certain Penitenciary Centers of Venezuela. Humberto Prado. Marianela Sánchez Ortiz and family v. Venezuela*, ordonnance du 8 juillet 2020. Voir déjà *James et al. v. Trinidad and Tobago*, ordonnance du 3 avril 2009.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

De surcroît, faisant toujours partie de l'OEA, le Venezuela demeurait soumis à la compétence de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme en tant qu'organe de l'OEA[24], indépendamment de la Convention américaine, ainsi qu'au respect des obligations contenues dans la Charte de l'OEA et dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme de 1948[25]. C'est donc à tort que, dans sa déclaration accompagnant sa dénonciation, le Venezuela n'avait prétendu demeurer lié par les obligations découlant de la Charte de l'OEA que dans la mesure où celles-ci n'étaient pas incompatibles avec l'esprit, le but et les fondements de la dénonciation[26].

La situation devait néanmoins connaître une évolution notable. Le 27 avril 2017, Nicolas Máduro prenait la décision sans précédent de retirer le Venezuela de l'OEA, un processus qui devait prendre deux ans, selon les termes de la charte constitutive de l'organisation régionale[27]. Il va de soi que, durant cette période, le Venezuela demeurait lié par les obligations précitées[28]. Il faut toutefois relever que, depuis l'expiration de ce délai, l'OEA considère toujours le Venezuela comme un Etat membre. Elle a en effet reconnu comme représentant permanent de cet Etat auprès de l'organisation le candidat désigné par l'opposition au président Maduro, et ce jusqu'à l'organisation d'élections libres[29].

Par ailleurs, le 31 juillet 2019, le Venezuela a déposé un nouvel instrument de ratification de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. Plus précisément, c'est Juan Guaidó, l'opposant au président Máduro, qui a procédé à ce dépôt auprès de l'OEA[30]. Le document précisait que le Venezuela reconnaissait de plein droit la compétence obligatoire de la Cour interaméricaine, et ce, de manière rétroactive, à partir de la date de la prise d'effet de la dénonciation effectuée sous la présidence d'Hugo Chávez, soit à partir du 10 septembre 2013. Autrement dit, le but de cette nouvelle ratification était de neutraliser rétroactivement l'effet juridique de la dénonciation, en permettant à la Cour interaméricaine de se saisir de faits postérieurs au 10 septembre 2013. Etant donné que, comme on l'a mentionné, l'OEA a pris parti pour Juan Guaidó en vue d'assurer la représentation de l'Etat bolivarien auprès de l'organisation, l'état des

[24] Charte de l'Organisation des Etats américains, 30 avril 1948, OAS, *Treaty Series,* N°1-C et 6, art. 53e et 106.
[25] Telle fut déjà la position adoptée par la Commission interaméricaine après la dénonciation effectuée par Trinité-et-Tobago : Comm. IADH, rapport n°48/02, *Arnold Ramlogan v. Trinidad and Tobago*, 9 octobre 2002, §21.
[26] D. GERMÁN MEJÍA-LEMOS, « Venezuela's Denunciation of the American Convention on Human Rights », *ASIL Insights*, 17-1, 9 janvier 2013. https://www.asil.org/insights/volume/17/issue/1/venezuelas-denunciation-american-convention-human-rights
[27] Charte de l'Organisation des Etats américains, précitée, article 143.
[28] Inter-American Commission on Human Rights, *Democratic Institutions, the Rule of Law and Human Rights in Venezuela,* O.E.A./Ser.L/V/II. Doc. 209/17, 31 décembre 2017, §55.
[29] O.E.A., CP/RES. 1124 (2217/19), O.E.A./Ser.G, 10 avril 2019.
[30] Texte disponible à l'adresse : http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/B-32_venezuela_RA_7-31-2019.pdf

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

ratifications du Pacte de San José reprend bel et bien le Venezuela au nombre des Etats parties[31].

Il ne fait pas de doute que c'est la situation au Venezuela qui a inspiré la demande d'avis consultatif[32] que la Colombie a introduite en mai 2019 auprès de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme[33]. Pour autant, comme il se doit dans le cadre d'une procédure consultative, les questions posées l'ont été de manière abstraite. Telles que reformulées par la Cour[34], celles-ci concernaient :

- les obligations internationales en matière de droits de l'Homme demeurant à charge d'un Etat membre de l'OEA qui aurait dénoncé la Convention américaine relative aux droits de l'Homme ;

- les effets sur ces obligations internationales de la décision prise par un Etat non partie à la Convention américaine de dénoncer la Charte de OEA, dans le but de se retirer de l'organisation régionale ;

- les obligations internationales en matière de droits de l'Homme qu'ont les Etats membres de l'OEA à l'égard d'Etats américains ayant dénoncé la Convention américaine relative aux droits de l'Homme et la Charte de l'OEA.

Dans son avis, la Cour a rappelé un certain nombre de principes, découlant de l'article 78 de la Convention américaine, que nous avons déjà examinés, tels que le respect de la période transitoire et la non-rétroactivité de la dénonciation. Ces principes valent également pour l'Etat qui se retirerait de l'OEA en dénonçant sa charte constitutive. La Cour de San José a par ailleurs émis un certain nombre de considérations nouvelles dignes d'intérêt.

En premier lieu, la Cour a précisé que l'Etat souhaitant dénoncer la Convention américaine doit le faire de manière expresse, en se conformant à la procédure prévue sur le plan international. En aucun cas, une dénonciation ne saurait se présumer ou se déduire d'actes internes[35].

Quant aux organes appelés à intervenir dans le cadre d'une dénonciation, la Cour a relevé l'absence d'uniformité dans le droit interne des Etats parties, tout en soulignant qu'un débat pluraliste, public et transparent doit être organisé sur le plan interne avant de mettre en œuvre la dénonciation, dès lors qu'il y va d'une

[31] https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm

[32] Corte IDH, Solicitud de Opinión Consultiva OC-26 presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de mayo de 2019. Pour la première fois de son histoire, en pleine crise de COVID-19, la Cour interaméricaine a tenu en visioconférence les audiences relatives à cette affaire, du 15 au 17 juin 2020. Communiqué de presse CorteIDH_CP-47/2020.

[33] En ce sens : N. CARRILLO-SANTARELLI, « The Strategic Use of Advisory Opinion Requests in Colombian-Venezuela Bilateral Relations », *Opinio Juris*, 25 octobre 2019 http://opiniojuris.org/2019/10/25/the-strategic-use-of-advisory-opinion-requests-in-colombian-venezuela-bilateral-relations/

[34] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-26/20, « la denuncia de la convención americana sobre derechos humanos y de la carta de la organización de los estados americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos », 9 novembre 2020, §38.

[35] Avis consultatif précité, §60.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

question d'intérêt public important[36]. A cette fin, selon le principe du parallélisme des formes, lorsque la Constitution d'un Etat prévoit une procédure pour souscrire des engagements sur le plan international, la même procédure devrait être suivie pour se délier desdits engagements. En d'autres termes, là où le droit constitutionnel d'un Etat prévoit la participation du pouvoir législatif pour l'approbation du traité, sa dénonciation ne saurait être l'apanage du seul pouvoir exécutif[37]. Il est néanmoins permis de relever que tous les Etats n'exigent pas la participation du pouvoir législatif lors de l'approbation d'un traité. En pareil cas, la théorie du parallélisme des formes ne permet pas d'assurer le débat public que semble pourtant exiger la Cour…

S'agissant des obligations internationales dont un Etat membre de l'OEA demeure tenu lorsqu'il dénonce la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, la Cour a relevé que l'Etat dénonçant reste lié par les autres traités interaméricains de protection des droits de l'Homme qu'il a ratifiés et comportant une clause de dénonciation, à moins qu'il ne dénonce chacun d'entre eux séparément[38].

L'Etat dénonçant la Convention américaine demeure également tenu de respecter le seuil minimal de protection des droits de l'Homme contenu dans la Charte de l'OEA et dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme, sous la supervision de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme[39].

---

[36] *Ibid.*, §§61-64.

[37] En Europe, la récente dénonciation turque de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Istanbul, 11 mai 2011, *S.T.C.E.* n°210) fournit une illustration intéressante. La dénonciation s'est faite par décret présidentiel, alors que la Constitution turque, muette sur la question de la dénonciation, prévoit que le pouvoir législatif donne à l'exécutif l'autorisation de conclure les traités, ce qui rend la démarche constitutionnellement contestable. Voir à ce sujet : B. ÇALI, « Withdrawal from the Istanbul Convention by Turkey: A Testing Problem for the Council of Europe », *EJIL: Talk !*, 22 mars 2021 https://www.ejiltalk.org/withdrawal-from-the-istanbul-convention-by-turkey-a-testing-problem-for-the-council-of-europe/ Voir aussi : İ. ESKITAŞÇIOĞLU, « Turkey's Withdrawal from the Istanbul Convention », *Völkerrechtsblog*, 27 mars 2021. https://voelkerrechtsblog.org/turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention/

Une variante de cette argumentation consisterait à invoquer la théorie de l'acte contraire, sur le fondement de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Celui-ci érige en vice du consentement à être lié par un traité, la circonstance que ledit consentement a été donné en violation manifeste d'une règle de droit interne d'importance fondamentale concernant la compétence pour conclure des traités. Bien que la Convention de Vienne ne se prononce pas sur ce point, ne pourrait-il être soutenu que le principe consacré par cette disposition devrait s'appliquer par analogie en cas de violation d'une telle règle de droit interne lors de la dénonciation d'un traité ? Il s'agirait en quelque sorte d'un vice du consentement à être *délié* par un traité … En ce sens : H. WOOLAVER, « From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal », *E.J.I.L.*, 2019, vol.30, n.1, pp. 73-104.

[38] Avis consultatif précité, §87. Pour ce qui concerne les deux protocoles à la Convention américaine, l'absence de clause de dénonciation conduit à considérer qu'en principe, ceux-ci ne sont pas dénonçables, sauf à considérer qu'ils rentrent dans l'une des deux hypothèses visées à l'article 56§1 de de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Cour interaméricaine n'a toutefois pas tranché cette question dans son avis consultatif (§88). Sur cette question : voir *infra*, I.B.

[39] *Ibid.*, §§94-99.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

On sait par ailleurs qu'aux termes de l'article 43 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la dénonciation laisse intacte toute obligation énoncée dans le traité à laquelle l'Etat dénonçant demeure soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité. Par application de cette règle, la Cour a rappelé que l'Etat dénonçant la Convention américaine reste lié par les obligations énoncées dans la Convention liées au respect de normes de *jus cogens*, de principes généraux du droit international, ainsi qu'à des normes de droit international coutumier[40].

De manière générale, la Cour a insisté sur la nécessité d'encadrer plus strictement la dénonciation lorsque celle-ci se déploie dans une situation grave de nature à affecter la stabilité démocratique, la sécurité et la paix sur le continent américain[41].

La deuxième question soumise à la Cour portait sur les obligations internationales en matière de droits de l'Homme auxquelles demeure soumis un Etat non lié par la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, qui aurait notifié son intention de dénoncer la Charte de l'OEA, comme l'y autorise son article 143. Cette disposition prévoit qu'à l'issue d'une période de deux ans, l'Etat dénonçant cesse d'être lié à l'Organisation après avoir rempli toutes les obligations découlant de la Charte. Il s'ensuit, selon la Cour interaméricaine, que l'Etat concerné reste tenu par les obligations résultant des instruments interaméricains en matière de droits de l'Homme qu'il a dûment ratifiés et qu'il n'a pas dénoncés[42]. De surcroît, tout comme l'Etat dénonçant la Convention américaine, l'Etat qui se retirerait de l'OEA demeurerait lié par les obligations en matière de droits de l'Homme issues du droit international général[43].

Se penchant enfin sur les obligations internationales incombant aux autres Etats membres de l'OEA en cas de dénonciation de la Convention américaine et de la Charte de l'OEA par un Etat partie, la Cour a insisté sur la notion de garantie collective. A cet égard, la période transitoire à respecter avant que la dénonciation ne prenne effet revêt une importance particulière. Celle-ci devrait être mise à profit par les autres Etats pour formuler leurs observations et leurs objections à

[40] *Ibid.*, §§100-110. Si la Cour a détaillé les normes qu'elle estime relever du *jus cogens* (§106), on regrettera néanmoins qu'elle n'ait pas apporté de précisions quant aux obligations internationales en matière de droits de l'Homme qu'elle considère comme dérivant de principes généraux du droit international ou de normes coutumières…

[41] *Ibid.*, §113. La Cour a identifié six situations faisant douter de la bonne foi de l'Etat dénonçant, justifiant dès lors un contrôle plus strict de la dénonciation : le refus de se conformer à une décision prise par l'organe international de contrôle ; une suspension indéfinie des droits fondamentaux ou portant atteinte aux droits indérogeables ; un contexte de violations massives, sérieuses ou systématiques des droits fondamentaux ; une érosion progressive des institutions démocratiques ; une remise en cause irrégulière ou inconstitutionnelle de l'ordre démocratique ; dans une situation de conflit armé affectant la stabilité démocratique, la sécurité et la paix dans l'hémisphère (§73).

[42] *Ibid.*, §154.

[43] *Ibid.*, §155.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'égard d'une dénonciation ne respectant pas les principes démocratiques et affectant l'intérêt public interaméricain[44].

En outre, la notion de garantie collective impliquerait un devoir de protection *erga omnes*, nécessitant la mise en œuvre de mécanismes institutionnels pacifiques afin de traiter rapidement et collectivement les éventuelles dénonciations de la Convention américaine et/ou de la Charte de l'OEA, dans des situations où la stabilité démocratique, la paix et la sécurité pourraient être menacées[45].

Si cet avis consultatif atteste d'une volonté claire de la Cour de mieux encadrer le processus de dénonciation dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme, il est néanmoins permis de s'interroger sur sa portée réelle. En particulier, la Cour n'a guère précisé à quels dispositifs institutionnels devraient avoir recours les autres Etats membres de l'OEA face à une dénonciation susceptible d'affecter gravement la paix et la stabilité démocratique. La Cour n'a pas davantage déterminé les conséquences qu'il conviendrait d'attacher au contrôle qu'exerceraient les autres Etats au titre de la garantie collective, ni les modalités des éventuelles objections à la dénonciation formulées dans ce contexte[46].

B. Le traité ne comporte pas de clause de dénonciation : le cas de la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples

Contrairement aux autres instruments régionaux de protection des droits de l'Homme, la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples ne comporte pas de clause de dénonciation, pas plus que le Protocole à la Charte africaine portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples (ci-après : le Protocole)[47]. Dans ce cas de figure, c'est au régime supplétif institué par la Convention de Vienne sur le droit des traités qu'il convient de se référer, afin de déterminer si la dénonciation est ou non possible.

L'article 56§1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose :

> « Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins :
> a) Qu'il ne soit établi qu'il entrait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait ; ou

[44] *Ibid*., §§71 et 169.
[45] *Ibid*., §170.
[46] Voir à cet égard l'opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du juge Pazmiño Freire, §§8-13 ; S. STEININGER, « Don't Leave Me This Way: Regulating Treaty Withdrawal in the Inter-American Human Rights System », *EJIL : Talk!*, 5 mars 2021 https://www.ejiltalk.org/dont-leave-me-this-way-regulating-treaty-withdrawal-in-the-inter-american-human-rights-system/
[47] 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, 10 juin 1998, entré en vigueur le 25 janvier 2004.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

b) Que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité ».

A la lecture de cette disposition, il apparaît que c'est de manière restrictive que la Convention de Vienne envisage la dénonciation d'un traité en l'absence d'une clause prévue à cet effet. L'article 56 établit en quelque sorte une présomption en défaveur d'un droit de dénonciation ou de retrait des traités ne comportant pas de disposition spécifique à cet effet[48].

Assurément, rien ne permet de dire que les rédacteurs de la Charte africaine ou du Protocole avaient l'intention d'admettre une faculté de dénonciation[49]. En outre, un certain nombre de traités africains conclus dans le domaine des droits de l'Homme comportent une clause de dénonciation, tandis que d'autres sont silencieux. Par conséquent, pour ces derniers, il serait permis d'inférer de ce silence l'intention des Etats parties de ne pas en permettre la dénonciation[50].

Quant à la nature de ces traités, celle-ci ne plaide pas davantage en faveur d'une faculté de dénonciation[51]. On se souviendra que le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies avait, dans son observation générale n°26, pris position contre toute possibilité de dénoncer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel ne comporte pas de clause de dénonciation. Entre autres considérations, le Comité avait relevé que ledit Pacte, conjointement avec le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, codifie les droits de l'Homme universels consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Dès lors, en tant que tel, le Pacte sur les droits civils et politiques ne présente pas le caractère provisoire permettant de présumer un droit de dénonciation en l'absence d'une clause expresse l'autorisant[52]. Tout porte à penser que, selon la même logique, la Charte africaine et son Protocole ne pourraient pas davantage faire l'objet d'une dénonciation.

---

[48] C. MACLACHLAN, « The Assault on International Adjudication and the Limits of Withdrawal », *I.C.L.Q.*, 2019, p. 519.

[49] Au contraire, lors des travaux préparatoires de la Charte, un amendement proposé par certains Etats en vue d'insérer une clause de dénonciation fut rejeté. Voir à ce sujet F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 390-391.

[50] En ce sens : opinion individuelle du juge Ouguergouz sous Cour afr.Dh et des Peuples, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du* Rwanda, Arrêt *sur les effets du retrait de la déclaration faite en vertu de l'article 34 (6) du Protocole*, 3 juin 2016 (et *corrigendum* du 5 septembre 2016), §27. *Contra*: African Commission on Human and Peoples' Rights, *Civil Liberties Organization v. Nigeria*, Communication No. 129/94, 9th Activity Report 1995-1996, §13.

[51] De manière générale, les traités relatifs aux droits de l'Homme sont généralement rangés dans la catégorie des traités qui, par nature, ne permettent pas la dénonciation. En ce sens : M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, M. Nijhoff, 2009, p. 703.

[52] Comité des droits de l'Homme, observation générale No 26 (61) sur les questions touchant la continuité des obligations souscrites en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 décembre 1997, §3.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

II. LES DIVERSES FORMES DE MENACES DE DÉNONCIATION

Sans aller jusqu'à la dénonciation du régime conventionnel régional, certains Etats ont manifesté leur désaccord en formulant des menaces de dénonciation, explicites ou voilées. L'étude de la pratique fait apparaître que de telles menaces peuvent émaner de l'exécutif en fonction (A), provenir d'une initiative parlementaire ou populaire (B), de la juridiction constitutionnelle (C) ou encore associer différents pouvoirs étatiques (D).

A. Les menaces émanant du pouvoir exécutif

A la faveur d'une exacerbation de la souveraineté nationale, il n'est pas rare que les menaces de dénonciation visant des traités de protection des droits de l'Homme émanent de l'exécutif en fonction. Ces menaces se sont accrues ces dernières années et représentent assurément l'une des manifestations aiguës de la crise affectant le multilatéralisme. En Europe, la Convention européenne des droits de l'Homme a été particulièrement prise pour cible[53]. Classiquement, la défiance s'est manifestée à l'endroit de la Cour européenne, lorsque cette dernière a rendu des arrêts à l'encontre de l'Etat contestataire, que celui-ci a refusé d'exécuter parce qu'il les a estimés en contradiction avec ses dispositions constitutionnelles, voire avec sa propre conception des droits fondamentaux[54].

Le cas du Royaume-Uni est à cet égard particulièrement éclairant. Surtout avant l'issue du référendum sur le *Brexit*, la Convention européenne des droits de l'Homme avait fait l'objet de diverses menaces de dénonciation. Ce sont principalement des arrêts de la Cour européenne ayant conclu à une violation de la Convention de la part du Royaume-Uni qui ont servi de catalyseur à ces menaces, souvent largement relayées par les médias britanniques[55].

Celles-ci provenaient pour l'essentiel du parti conservateur, alors au pouvoir. En 2014, celui-ci avait proposé l'adoption d'un nouveau *Bill of Rights*, afin de diminuer l'impact des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le

[53] L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, 3e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 21. De la même auteure : « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *R.D.L.F.*, 2020, chron., n°73. http://www.revuedlf.com/cedh/la-cedh-ne-merite-pas-detre-le-bouc-emissaire-du-reductionnisme-de-la-pensee/

[54] C'est au nom d'une telle conception que des voix se font entendre pour contester la méthode dite d'interprétation dynamique ou évolutive, par laquelle la Cour européenne entend interpréter « à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui » les droits et libertés énoncés dans la Convention. D'aucuns soutiennent en effet que les juges de Strasbourg feraient œuvre de législateur, en imposant aux Etats parties des obligations allant au-delà de ce qu'ils avaient envisagé lorsqu'ils ont consenti à être liés par la Convention. Sur les enjeux du débat : N. BRATZA, "Living Instrument or Dead Letter – The Future of the European Convention on Human Rights", *E.H.R.L.R.*, 2014, 2, pp. 116 -128. Dans un registre voisin, certains reprochent à la Cour de Strasbourg d'avoir recours à diverses techniques pour étendre indûment la portée des droits et libertés que reconnaît la Convention européenne des droits de l'Homme : N. MALCOLM, « Human Rights and Political Wrongs. A New Approach to Human Rights Law », London, Policy Exchange, 2017, pp. 63-98.

[55] Voir à ce sujet : C. MACLACHLAN, *loc. cit.*, pp. 504-505.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

droit britannique. La proposition relevait par ailleurs que si le Royaume-Uni ne parvenait pas à obtenir l'accord du Conseil de l'Europe sur cette nouvelle approche, il n'aurait alors guère d'autre choix que de dénoncer la Convention européenne des droits de l'Homme[56]. Certains membres du gouvernement, dont Theresa May, alors secrétaire d'Etat à l'intérieur, avaient vigoureusement plaidé en ce sens. En 2016, peu avant le référendum sur le *Brexit*, elle avait déclaré :

> "The ECHR can *bind the hands of parliament*, adds nothing to our prosperity, makes us less secure by preventing the deportation of dangerous foreign nationals – and does nothing to change the attitudes of governments like Russia's when it comes to human rights"[57].

On se souviendra que l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2) avait particulièrement suscité la résistance des autorités britanniques. La Cour européenne y avait estimé que le refus automatique d'accorder le droit de vote aux prisonniers emportait violation du droit à des élections libres et régulières[58].

L'arrêt rendu en l'affaire *Abu-Qatada c. Royaume-Uni* avait également engendré l'irritation du gouvernement alors dirigé par David Cameron. La Cour européenne avait jugé que son expulsion vers la Jordanie où il avait été reconnu coupable par contumace d'infractions liées au terrorisme aurait violé le droit à un procès équitable en raison du risque réel que soient admis à son nouveau procès des éléments de preuve obtenus par la torture pratiquée sur des tiers[59].

A partir des négociations en vue d'un accord sur le *Brexit*, le gouvernement britannique semblait toutefois avoir abandonné ses velléités de dénonciation de la Convention européenne des droits de l'Homme[60]. Dans son livre blanc sur le *Brexit*, il avait en effet affirmé s'engager à demeurer partie à la Convention[61]. Sans doute fallait-il voir dans ce revirement d'attitude le résultat du rapport de forces entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, la première ayant pu faire pression en ce sens sur le second. Il reste que, depuis l'arrivée au pouvoir au

---

[56] *Protecting Human Rights in the UK. The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws*, octobre 2014, p. 8. Pour une discussion critique de ces propositions : K. DZEHTSIAROU, T. LOCK *et al.*, *The Legal Implications of a Repeal of the Human Rights Act 1998 and Withdrawal from the European Convention on Human Rights*, Working Paper, 13 février 2015. http://ssrn.com/abstract=2605487

[57] « UK must leave European convention on human rights, says Theresa May », the Guardian, 25 avril 2016 https://www.theguardian.com/politics/2016/apr/25/uk-must-leave-european-convention-on-human-rights-theresa-may-eu-referendum

[58] Cour eur. dr.h, *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2), arrêt du 6 octobre 2005.

[59] Cour eur. dr.h, *Othman (Abu-Qatada) c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 janvier 2012. L'intéressé fut finalement extradé vers la Jordanie en 2013, après que le Royaume-Uni eut obtenu des assurances diplomatiques de la part de la Jordanie.

[60] Dans son manifeste de 2017, le parti conservateur, jusqu'alors favorable à une dénonciation de la Convention européenne des droits de l'Homme, avait au contraire précisé que le Royaume-Uni demeurerait un Etat partie durant toute la durée de la prochaine législature : The Conservative and Unionist Party Manifesto 2017, « Forward Together: Our Plan for a Stronger Britain and a Prosperous Future », p. 37.

[61] HM Government, « The Future Relationship Between the United Kingdom and the European Union », juillet 2018, p.52.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/725288/The_future_relationship_between_the_United_Kingdom_and_the_European_Union.pdf

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Royaume-Uni de Boris Johnson, la question semblait moins tranchée, celui-ci ayant dans un premier temps refusé d'intégrer dans un futur accord avec l'Union européenne la question du maintien de la participation du Royaume-Uni à la Convention européenne des droits de l'Homme[62]. Finalement, l'accord de commerce et de coopération y fait référence, en prévoyant une forme de conditionnalité réciproque. En effet, toute dénonciation de la Convention européenne des droits de l'homme ou de ses protocoles 1, 6 ou 13 par le Royaume-Uni ou un Etat membre de l'Union européenne mettra fin à l'application de la troisième partie de l'accord, à savoir celle relative à la coopération des services répressifs et judiciaires en matière pénale[63].

B. Les menaces provenant d'une initiative parlementaire ou populaire

La France, la Turquie et la Suisse offrent autant de déclinaisons de menaces de dénonciation provenant des représentants de la population dans les deux premiers cas, de la population elle-même dans le cas de la Suisse.

Le cas français : la menace de dénonciation du Protocole n°11

En France, des députés du parti Les Républicains avaient déposé au début de 2018 une « proposition de résolution invitant le gouvernement à dénoncer le protocole n°11 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les cas liés au terrorisme »[64]. La proposition mentionnait, en les critiquant, des arrêts de la Cour européenne ayant conclu à la violation de la Convention par la France, notamment pour avoir expulsé des personnes condamnées en France pour terrorisme, alors qu'elles couraient le risque de subir des actes de torture dans leur pays d'origine, en violation de l'article 3 de la Convention[65]. Estimant que, dans le contexte des attentats terroristes ayant endeuillé la France, la Cour européenne s'était montrée « tout à fait indifférente à la protection des intérêts des nations européennes et de leur sécurité », les signataires du texte avaient proposé que la France dénonçât le Protocole n°11 qui « autorise le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'Homme »[66]. Cette proposition, émanant d'un important parti politique de l'opposition, appelle certaines remarques.

---

[62] J. STONE, « Boris Johnson Refuses to Commit to Keeping UK in Human Rights Convention", The Independent, 5 mars 2020
https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/boris-johnson-brexit-human-rights-convention-echr-michel-barnier-a9378141.html

[63] Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part, 30 décembre 2020, *J.O.U.E.*, L 444/14, 31 décembre 2020, Article LAW.OTHER.136§2.

[64] Proposition de résolution de J. Aubert, Ass. nat., n°674, 15 février 2018.

[65] Il y est notamment fait à l'allusion à l'arrêt *M.A. c. France* du 1er février 2018.

[66] Une proposition de résolution déposée en 2015 évoquait déjà une éventuelle dénonciation de la Convention au cas où les partenaires de la France n'accepteraient pas d'en renégocier le texte : proposition de P. Lellouche et consorts, n°2601, 18 février 2015.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Telle qu'elle était formulée, la proposition apparaissait techniquement impossible à mettre en œuvre. Le Protocole n°11 à la Convention européenne est un protocole d'amendement[67], dont l'objectif était, outre de créer une cour unique en lieu et place d'une commission et d'une cour, de rendre automatique le droit de recours individuel, auparavant soumis à l'acceptation des Etats parties. Il n'est dès lors pas possible de dénoncer ce protocole en tant que tel[68]. Seule la Convention, telle qu'amendée entre autres par le Protocole n°11, pourrait être dénoncée, dans le respect de la procédure décrite à l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

A supposer même que la France dénonce la Convention dans son ensemble, et à supposer même qu'elle rallie à sa cause d'autres Etats parties, il serait inconcevable de renégocier ce traité afin d'exclure de la compétence de la Cour les affaires liées au terrorisme. En effet, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies avait été confronté à une démarche de Trinité-et-Tobago visant à dénoncer le Protocole facultatif au Pacte international sur les droits civils et politiques, tout en affirmant sa volonté d'y adhérer à nouveau, mais en formulant une réserve visant à exclure les communications introduites par des personnes condamnées à mort. Le Comité des droits de l'Homme avait estimé qu'il aurait été contraire à l'objet et au but du Pacte d'exclure certaines catégories de requérants du mécanisme de protection qu'offre le Comité des droits de l'Homme[69]. Manifestement, la proposition de résolution examinée ici présenterait le même écueil à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme[70].

---

[67] Rapport explicatif du Protocole n°11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, 11 mai 1994, §§55-56.

[68] Une autre question, que nous n'examinerons pas, concerne la possibilité de dénoncer l'un des protocoles additionnels à la Convention européenne énonçant des droits et libertés supplémentaires – les Protocoles n°1, 4, 6, 7, 12 et 13 – sans dénoncer la Convention elle-même. S'il est vrai que chacun de ces protocoles renvoie indirectement à la clause de dénonciation énoncée dans la Convention européenne à l'article 58, la doctrine est très divisée sur la question et la jurisprudence n'y a pas répondu. Voir notamment G.J. NALDI, K.D. MAGLIVERAS, *loc. cit.*, p. 110 ; P-H. Imbert, « Article 65 » *in* PETTITI, DECAUX, IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 946. En France, le Conseil constitutionnel a estimé que la ratification du Protocole n°13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances ne méconnaîtrait pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, dès lors que la dénonciation de ce protocole était possible. CC, décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005. Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est gardé de se prononcer sur le point de savoir si ce protocole pouvait être dénoncé séparément de la Convention ou non. Voir à ce sujet le commentaire de la décision précitée, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n°20, juin 2006.

[69] Comité DH, Communication No. 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, décision sur la recevabilité, 2 novembre 1999, CCPR/C/67/D/845/1999 §6.7.

[70] Récemment, la présidente du parti « Rassemblement national », Marine Le Pen, a formulé publiquement une proposition d'« opting-out » de « certains articles » de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour contourner la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'interdiction d'éloigner vers leur pays d'origine des étrangers encourant un risque de torture ou de traitement inhumain dans l'Etat de destination. https://www.lefigaro.fr/politique/pour-marine-le-pen-une-serie-d-elus-se-sont-compromis-avec -l-islamisme-20201025

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Enfin, il y a lieu de relever que la Convention européenne ne laisse pas les Etats parties démunis face à des situations extrêmes telles que celles liées à la menace terroriste. En effet, le mécanisme de la dérogation, visé à l'article 15 de la Convention, permet de suspendre temporairement, moyennant notification au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, certains droits et libertés reconnus dans la Convention, en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. Le gouvernement français n'a d'ailleurs pas manqué de faire usage de ce droit de dérogation dans le contexte de la menace terroriste[71]. S'il est vrai que l'article 15§2 n'autorise aucune dérogation à l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, tel n'est pas le cas pour d'autres droits et libertés, tels que ceux encadrant la privation de liberté. Contrairement à ce que déclarent les auteurs de la proposition de résolution, le fait que la Cour européenne conserve sa compétence à l'égard des mesures dérogatoires et que des conditions soient mises à l'exercice de la faculté de dérogation n'est pas de nature à compromettre la Nation française et la sécurité de ses citoyens. Il s'agit en revanche d'encadrer le processus de dérogation, afin d'éviter que les Etats n'en fassent un usage abusif ou arbitraire, comme en atteste en particulier l'exigence énoncée à l'article 15§1 selon laquelle l'Etat doit agir « dans la stricte mesure où la situation l'exige »[72].

Le cas turc : vers une remise en cause de l'abolition de la peine de mort ?

En Turquie, aucune menace de dénonciation d'instruments internationaux généraux de protection de l'Homme n'a été formulée directement. Pourtant, la question a pu se poser de manière sous-jacente[73].

En octobre 2018, le seul député représentant le parti ultranationaliste BBP au parlement turc avait déposé une proposition de texte en vue du rétablissement de la peine de mort pour certains crimes[74]. Or, la Turquie s'est engagée sur le plan

Outre le fait que Mme Le Pen a confondu l'Union européenne – où une telle possibilité d'*opting-out* est prévue – et le Conseil de l'Europe, cette proposition serait contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, laquelle ne permet qu'une dénonciation pure et simple…
https://lessurligneurs.eu/marine-le-pen-souhaite-sortir-dun-certain-nombre-darticles-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/

[71] Voir la notification du 24 novembre 2015 au Secrétaire général du Conseil de l'Europe et les cinq déclarations postérieures relatives à la prorogation de l'état d'urgence. La déclaration finale du 7 novembre 2017 a annoncé la fin de l'état d'urgence au 1er novembre 2017.

[72] Ainsi, après la proclamation de l'état d'urgence en Turquie, consécutive à la tentative de coup d'Etat, la Cour européenne, tout en reconnaissant l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation, a conclu que la détention provisoire de journalistes ne répondait pas au critère de « stricte nécessité » qu'impose l'article 15 de la Convention : arrêts *Mehmet Hasan Altan c. Turquie* et *Şahin Alpay c. Turquie*, 20 mars 2018, respectivement §140 et §119 ; arrêt *Ahmet Hüsrev Altan c. Turquie*, 13 avril 2021, §150.

[73] Elle pourrait également surgir au sein d'autres Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme, singulièrement ceux d'entre eux dans lesquels la thèse du rétablissement de la peine de mort semble recueillir l'adhésion d'une fraction importante de la population. Tel est par exemple le cas en France, selon un récent sondage :
https://jean-jaures.org/sites/default/files/redac/commun/productions/2020/1309/fractures_2020.pdf

[74] B. ÇALI, « The Spectre of Trexit: Proposal to Reintroduce the Death Penalty in Turkey », *EJIL : Talk!*, 10 octobre 2018. https://www.ejiltalk.org/the-spectre-of-trexit-proposal-to-reintroduce-the-death-penalty-in-turkey/
Le président Erdogan a par ailleurs déclaré à plusieurs reprises qu'il serait prêt à promulguer une loi rétablissant la peine de mort si le parlement votait un texte en ce sens.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

international en vue de l'abolition de la peine de mort, en ratifiant les Protocoles n°6 et 13 à la Convention européenne des droits de l'Homme et le deuxième Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques[75]. Par conséquent, le rétablissement de la peine capitale en Turquie supposerait que la Turquie dénonce les traités précités. Or, il n'est pas certain qu'elle puisse le faire.

S'agissant des Protocoles 6 et 13, la démarche serait techniquement possible, la clause de dénonciation énoncée à l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'appliquant à ces protocoles[76]. Toutefois, la question de savoir s'il est possible de dénoncer les protocoles sans dénoncer la Convention elle-même demeure à ce jour controversée[77] et aucune pratique ne permet d'éclairer cette question[78].

Quant au deuxième Protocole facultatif au Pacte, celui-ci ne contient aucune clause de dénonciation, de sorte que se reposerait la délicate question de la dénonciation d'un traité ne comportant pas de clause spécifique à cet effet. Or, il est peu probable, comme nous l'avons déjà relevé, que les traités relatifs aux droits de l'Homme tels que le Pacte et son deuxième Protocole facultatif figurent au nombre de ceux qui, par nature se prêteraient à dénonciation, pas plus qu'il ne ressort de l'intention de leurs rédacteurs que ceux-ci entendaient admettre une faculté de dénonciation de ces instruments, au sens de l'article 56§1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[79].

On le voit, si la Turquie devait décider de revenir sur l'abolition de la peine de mort, outre les questions éthiques que cela poserait, elle s'aventurerait sur un terrain juridique des plus délicats…

---

[75] La Turquie a ratifié les Protocoles n°6 et 13, respectivement en 2003 et 2006. Elle a ratifié le 2e Protocole facultatif au Pacte en 2006.

[76] Les articles 6 du Protocole n°6 et 5 du Protocole n°13 prévoient en effet que toutes les dispositions de la Convention s'appliquent à ces protocoles.

[77] Voir *supra* note 68.

[78] On relèvera que le Protocole n°16 à la Convention européenne, concernant les demandes d'avis consultatifs formulées par les plus hautes juridictions des Etats parties, prévoit également en son article 6 que les dispositions de la Convention s'appliquent aux clauses normatives du Protocole n°16. Dans ce cas, le rapport explicatif de ce protocole précise : « Il est entendu que cette disposition, combinée avec l'article 58 de la Convention, permet à une Haute Partie contractante de dénoncer le Protocole sans dénoncer la Convention ». (§28 *in fine* du rapport explicatif). Rien ne permet toutefois d'affirmer que ce même raisonnement peut être tenu pour les autres protocoles additionnels à la Convention comportant une disposition similaire. En effet, contrairement aux autres protocoles additionnels concernés, le Protocole n°16 ne consacre pas de droits et libertés supplémentaires par rapport à la Convention européenne.

[79] Voir l'analyse développée par la Commission des droits de l'Homme des Philippines au sujet des velléités de cet Etat de restaurer la peine de mort : « Human Rights Advisory on the Denunciation of and Withdrawal from International Treaties to Reimpose Death Penalty », CHR A2017-002, 1er juillet 2017. Egalement: « Advisory on the Effect of Reimposing the Death Penalty on the EU GSP+ Benefits to the Phillipines », CHR A2020-018, p.7.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le cas suisse : la menace de dénonciation par le recours à l'initiative populaire

En Suisse, c'est à une autre démarche que s'est livré un parti populiste d'opposition, l'UDC, afin de menacer de dénoncer les engagements internationaux liant la Confédération. Les citoyens helvétiques se sont prononcés le 25 novembre 2018 sur une initiative populaire déposée par ce parti et ayant atteint le seuil minimal requis de 100 000 signatures.

Intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) », l'initiative suggérait de faire primer le droit interne suisse sur le droit international et d'instaurer un mécanisme rigide en cas de conflit entre la Constitution et un traité international[80]. Un tel conflit pourrait survenir lorsque la population accepte une initiative populaire dont le contenu n'est pas, en tous points, compatible avec un traité international liant la Suisse.

Bien que l'initiative ne visât pas un traité en particulier, la Convention européenne des droits de l'Homme constituait assurément la cible privilégiée des initiants[81]. Le texte de l'initiative proposait notamment qu'en cas de conflit entre une obligation internationale et une obligation résultant de la Constitution fédérale, la Confédération et les cantons :

> « (…) veillent à ce que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin en dénonçant les traités internationaux concernés ».

Cette initiative a suscité la vive préoccupation du Comité des droits de l'Homme de l'ONU. Dans ses observations relatives au quatrième rapport périodique de la Suisse sur l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité s'est inquiété de ce que cette initiative propose d'adapter voire de dénoncer les obligations internationales de la Suisse lorsqu'elles entrent en conflit avec la Constitution. Le Comité a recommandé à la Suisse de renforcer prioritairement le contrôle préalable de compatibilité des initiatives populaires avec les obligations découlant du Pacte[82].

L'initiative avait par ailleurs engendré la réprobation de quasiment toute la classe politique suisse, à l'exception de l'UDC. Entre autres critiques, le Conseil fédéral, organe exécutif de la Confédération, avait souligné qu'en exigeant que la Suisse renégocie voire, si nécessaire, dénonce certains traités internationaux conclus dans son intérêt, l'initiative menaçait la stabilité et la fiabilité de la Suisse et représentait un danger pour les relations multilatérales, notamment

[80] Confédération suisse, Arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) », 15 juin 2018.
[81] G. GIACCA, « Et si le droit suisse affirmait pleinement sa primauté sur le droit international ? Implications juridiques et analyse critique d'un éventuel changement de paradigme », *R.D.I.D.C.*, 2017, n°4, p. 653.
[82] Comité DH, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, 24 juillet 2017, CCPR/C/CHE/CO/4, §7.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

commerciales[83]. S'agissant plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil fédéral voyait dans l'initiative un risque d'affaiblissement de la portée de cet instrument, la Suisse risquant à terme une exclusion du Conseil de l'Europe si elle se trouvait empêchée d'en appliquer certaines dispositions[84]. En définitive, l'initiative n'a pas abouti, la population suisse l'ayant rejetée par 66,2 %.

C. Les menaces provenant de la juridiction constitutionnelle

Nous avons évoqué ci-dessus le rôle qu'avait joué la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice du Venezuela dans la dénonciation de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. Dans ce cas, il s'agissait d'amener l'exécutif à prendre cette décision. L'exemple de la juridiction constitutionnelle dominicaine est encore plus éclairant, compte tenu du rôle prééminent que celle-ci joue dans la procédure de dénonciation[85].

Le 4 novembre 2014, le tribunal constitutionnel avait rendu une décision concluant à l'inconstitutionnalité de la déclaration dominicaine d'acceptation de la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme[86], motif pris de ce que le Président avait signé cette déclaration sans l'avoir soumise à l'approbation du Congrès, alors que la constitution dominicaine exigeait un vote parlementaire pour la conclusion des traités internationaux[87].

La décision apparaissait comme une réaction à un arrêt rendu par la Cour interaméricaine quelques semaines auparavant. Dans celui-ci, la Cour avait conclu à de nombreuses violations de la Convention américaine, à raison de la politique discriminatoire que menait le gouvernement dominicain à l'égard des personnes dominicaines d'origine haïtienne et des migrants haïtiens[88]. Le gouvernement dominicain avait rapidement réagi, faisant savoir qu'il rejetait l'arrêt de la Cour interaméricaine et qu'il refusait de l'exécuter[89].

---

[83] Confédération suisse, Département fédéral de justice et police DFJP, Initiative populaire "Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)".
https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html

[84] S'agissant d'une éventuelle dénonciation de la Convention européenne, déjà en 2013, le Conseil fédéral, répondant à une interpellation de l'UDC, avait souligné qu'une telle décision aurait entamé la crédibilité de la Suisse sur le plan international et aurait entraîné son exclusion du Conseil de l'Europe. Avis du Conseil fédéral du 15 mai 2013, Interpellation n°13. 3237.
https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20133237

[85] A. HUNEEUS, R. URUEÑA, *loc. cit.*, 2017, p. 458.

[86] La République dominicaine avait déposé sa déclaration d'acceptation le 25 mars 1999 auprès de l'OEA.

[87] Tribunal Constitucional, TC/0256/14, 4 novembre 2014.
https://www.tribunalconstitucional.gob.do/content/sentencia-tc025614

[88] Cour IADH, *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, 28 août 2014, *série C* n°282.

[89] « El Gobierno dominicano rechaza la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos » (23 octobre 2014).
https://gobiernodanilomedina.do/noticias/el-gobierno-dominicano-rechaza-la-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

La Commission interaméricaine des droits de l'Homme avait condamné la décision du tribunal constitutionnel[90], considérant que celle-ci était dépourvue de tout effet juridique présent ou futur dans l'ordre juridique international[91]. Elle avait également évoqué le principe du *forum prorogatum,* selon lequel lorsque des Etats s'engagent spontanément dans des actes procéduraux qu'ils n'auraient normalement accomplis que s'ils avaient reconnu la compétence d'une juridiction, ils doivent être considérés comme ayant accepté ladite compétence[92]. Il apparaissait en effet que la République dominicaine avait participé à la procédure devant la Cour interaméricaine dans plusieurs affaires antérieures et avait même désigné un juge pour siéger auprès de la Cour… Il aurait également été possible de soutenir qu'en vertu du principe d'*estoppel*, la République dominicaine ne pouvait changer une posture juridique sur laquelle d'autres parties s'étaient appuyées de bonne foi[93].

On relèvera enfin que, de manière critiquable, le tribunal constitutionnel avait assimilé à un traité un acte unilatéral – la déclaration d'acceptation de la juridiction – destiné à mettre en œuvre le traité[94]. On sait en effet que lorsqu'un traité est conclu en violation manifeste d'une règle de droit interne d'importance fondamentale concernant la compétence pour conclure des traités, l'Etat concerné peut invoquer la nullité dudit traité[95]. Le tribunal constitutionnel n'avait pas hésité à appliquer cette cause de nullité à la déclaration d'acceptation dominicaine, pour non-respect des formalités prescrites par la Constitution. Pourtant, le mécanisme prévu à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne permet pas de remettre en cause les déclarations unilatérales adoptées sur la base du traité lui-même[96]. De surcroît, la Constitution dominicaine ne prescrivait aucune formalité pour de telles déclarations.

La décision de la Cour constitutionnelle dominicaine était particulièrement contestable. D'une part, en insistant sur les obligations constitutionnelles, elle passait sous silence les règles relatives à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat devant les instances interaméricaines de protection des droits de l'Homme. D'autre part, en ne précisant pas les conséquences qu'il convenait de tirer de l'inconstitutionnalité constatée, le tribunal constitutionnel

[90] Comm. IADH, Communiqué de presse n°130/14, 6 novembre 2014.
[91] Comm. IADH, « Report on the Situation of Human Rights in the Dominican Republic », 31 décembre 2015, O.E.A./Ser.L/V/II., Doc. 45/15, §143.
[92] *Ibid.*, §142.
[93] D. SHELTON, A. HUNEEUS, « In re Direct Action of Unconstitutionality Initiated Against the Declaration of Acceptance of the Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights », *A.J.I.L.*, 2015, vol. 109, p. 867.
[94] *Ibid.*, p. 870.
[95] Article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.
[96] Il faut par ailleurs relever que l'article 46 ne retient la nullité d'un traité qu'en cas de violation manifeste, que le 2e paragraphe définit comme « objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ». Or, pendant quinze ans, aucun organe de la République dominicaine n'avait remis en cause la validité de la déclaration, élément qui faisait pour le moins douter du caractère « objectivement évident » de la violation constitutionnelle alléguée…

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

laissait planer le spectre d'une dénonciation de la Convention américaine par la République dominicaine. Si celle-ci n'a pas eu lieu, il est néanmoins symptomatique que, depuis lors, aucune affaire mettant en cause la République dominicaine n'ait été jugée par cette Cour. Il est dès lors permis de se demander si, au moins dans les faits, les autorités dominicaines n'ont pas obtenu le résultat qu'elles escomptaient…

D. Les menaces associant différents pouvoirs étatiques : le cas de la Russie

La défiance russe vis-à-vis de la Convention européenne des droits de l'Homme s'est traduite par une menace explicite de dénonciation de l'instrument conventionnel, à l'occasion de la crise ayant opposé la Russie au Conseil de l'Europe. En effet, à la suite de l'annexion de la Crimée par la Russie, l'organisation européenne avait décidé de suspendre à partir de 2014 le droit de vote des parlementaires russes au sein de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[97]. En 2019, le représentant permanent de la Russie n'avait pas exclu de dénoncer la Convention européenne si un compromis n'était pas trouvé sur la question des droits de la délégation russe[98]. Cette crise s'est finalement dénouée après la réintégration de la délégation en 2019[99].

Une autre pomme de discorde concerne la manière dont la Russie a entendu faire obstacle à l'exécution de certains arrêts de la Cour européenne rendus à son encontre. En ce domaine, ce sont tous les pouvoirs de l'Etat qui ont été mobilisés. En 2015, le parlement avait voté des amendements à la loi sur la Cour constitutionnelle[100] permettant à cette dernière de paralyser l'exécution d'une décision internationale en matière de droits de l'Homme si une telle exécution était jugée non conforme à la Constitution russe[101]. Après saisine du ministère de la Justice, la Cour constitutionnelle avait fait usage de cette nouvelle compétence[102] afin de paralyser les effets de l'arrêt *Anchugov et Gladkov*[103]. Dans

[97] Voir notamment la résolution 1990 (2014) « Réexamen, pour des raisons substantielles, des pouvoirs déjà ratifiés de la délégation russe ».
[98] Il faut aussi noter qu'en vertu de l'article 58§3, la Convention européenne des droits de l'Homme aurait cessé d'être applicable à la Russie si cette dernière avait décidé, comme elle en avait fait la menace, de se retirer du Conseil de l'Europe.
[99] Assemblé parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2292 (2019).
[100] Loi fédérale n°7-KFZ de la Fédération de Russie (CDL-REF(2016)006) portant modification de la loi constitutionnelle fédérale n ° 1-FKZ du 21 juillet 1994 sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, entrée en vigueur le 15 décembre 2015.
[101] Pour une analyse détaillée : G. ROSOUX, « Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus : la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère 'exécutoire' d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Rev. trim. dr. h.*, 109/2017, pp. 53 et suiv. ; R. M. FLEIG-GOLDSTEIN, « The Russian Constitutional Court versus the European Court of Human Rights: How the Strasbourg Court Should Respond to Russia's Refusal to Execute ECtHR Judgments », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2017, 56(1), pp. 172 et suiv.
[102]'Cour constitutionnelle, arrêt 12- Π/2016 du 19 avril 2016 (Version anglaise) : https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2016)033-e
[103] Cour eur. dr. h., *Anchugov et Gladkov c. Russie*, arrêt du 4 juillet 2013.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

cette affaire, la Cour européenne avait conclu à la violation par la Russie de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention, pour avoir privé les requérants condamnés à la peine capitale de leur droit de vote aux élections législatives et présidentielles, alors qu'une telle mesure était prévue par la Constitution russe. La Cour constitutionnelle a procédé de la même manière[104] pour empêcher l'exécution de l'arrêt de la Cour européenne sur la satisfaction équitable dans l'affaire *Youkos*[105], par lequel la Cour européenne avait condamné la Russie à payer aux anciens actionnaires du groupe plus d'1.800.000 euros, après avoir conclu au caractère inéquitable des procédures fiscales dirigées contre la société pétrolière russe.

En 2020, un pas supplémentaire a été franchi. Cette fois, le président de la Fédération de Russie a soumis à la consultation nationale différentes propositions d'amendements à la constitution. L'un d'entre eux visait à empêcher l'exécution en Russie des décisions des organes interétatiques créés par les traités internationaux auxquels la Russie est partie, lorsque ces décisions sont interprétées d'une manière contraire à la Constitution russe. Autrement dit, le président Poutine s'est appuyé sur le vote populaire pour bétonner dans la Constitution une réforme qui, depuis 2015, figurait dans un texte législatif. La population s'étant prononcée en faveur des amendements constitutionnels, ceux-ci sont entrés en vigueur.

Dans une telle hypothèse, aucune menace explicite de dénonciation de la Convention européenne n'a été formulée. Il est néanmoins permis d'y voir une menace implicite. En effet, si les instances du Conseil de l'Europe, qui n'ont pas manqué de manifester leur réprobation à l'égard de cette réforme manifestement incompatible avec les obligations internationales de la Russie[106], venaient à prendre de nouvelles sanctions à son encontre, nul doute que cette dernière serait tentée de brandir la menace d'une dénonciation de l'instrument conventionnel européen…

III. LE RECOURS À UNE ALTERNATIVE À LA DÉNONCIATION : LE RETRAIT DE DÉCLARATION RELATIVE À LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Les systèmes interaméricain et africain de protection des droits de l'Homme connaissent le mécanisme des déclarations facultatives portant sur l'acceptation de la compétence de l'organe juridictionnel. Retirer une telle déclaration pourrait apparaître comme un moyen d'éviter l'arme ultime de la dénonciation pure et simple. La Cour interaméricaine s'est prononcée sur le retrait du Pérou (A), tandis que la Cour africaine a fait de même face au précédent rwandais (B). Depuis lors, la juridiction siégeant à Arusha se trouve confrontée à des retraits en cascade (C).

[104] Cour constitutionnelle, arrêt no 1-II/2017 du 19 janvier 2017.
[105] Cour eur. dr.h, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie* (satisfaction équitable), arrêt du 31 juillet 2014.
[106] En particulier : Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis n°981/2020 sur le projet d'amendements à la Constitution (tel que signé par le président de la Fédération de Russie le 14 mars 2020, 18 juin 2020, CDL-AD (2020) 009.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

A. Le retrait péruvien de la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour interaméricaine

En 1999, le Pérou, alors sous la présidence autoritaire de Fujimori, avait pris la décision de retirer sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme[107], avec effet immédiat, alors que la Convention américaine relative aux droits de l'Homme n'envisageait pas cette possibilité. Il s'agissait pour le gouvernement d'empêcher à tout prix la Cour de se prononcer sur deux affaires pendantes très sensibles pour le pouvoir en place. L'une concernait la liberté de la presse, l'autre l'indépendance de la justice[108].

Dans ses décisions rendues au titre de la compétence dans ces deux affaires[109], la Cour interaméricaine dénia tout effet à la déclaration péruvienne, aux termes d'un raisonnement fondé à la fois sur la Convention de Vienne sur le droit des traités et sur l'objet spécifique des traités de protection des droits de l'Homme. Selon la Cour, dès lors que le traité comportait une clause relative à sa dénonciation, l'Etat désireux de se délier de ses engagements conventionnels n'avait d'autre choix que de respecter cette clause et, partant, de dénoncer la convention dans son ensemble. En outre, il pouvait être déduit de l'article 44§1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités une obligation de préserver l'intégrité des obligations conventionnelles, dès lors qu'aux termes de cette disposition, le droit de dénonciation doit en principe s'exercer à l'égard de l'ensemble du traité[110]. Quant à la nature des traités relatifs aux droits de l'Homme, l'exigence d'effectivité du mécanisme de garantie collective s'opposait à toute possibilité de retrait discrétionnaire de la déclaration d'acceptation de compétence de la Cour. Enfin, dans un *obiter dictum*, la Cour précisa qu'à supposer même qu'un tel retrait fût admissible, il eût été nécessaire de respecter un délai de préavis d'un an.

Si la solution retenue était de nature à préserver l'intégrité du système de contrôle interaméricain, celle-ci n'en avait pas moins suscité des doutes. En particulier, d'aucuns avaient souligné que la séparabilité de la déclaration d'acceptation procéderait d'une certaine logique. En effet, rien n'interdit à un Etat de ratifier la Convention américaine sans accepter la juridiction de la Cour au titre de l'article 62 de la Convention[111]. Par conséquent, la situation de l'Etat qui

[107] Aux termes de l'article 62 de la Convention américaine, la compétence de la Cour interaméricaine pour connaître d'espèces relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention est subordonnée à une déclaration d'acceptation de ladite compétence de la part des Etats en cause.
[108] Voir à ce sujet: X. SOLEY, S. STEININGER, *loc. cit.*, p. 12.
[109] Cour IADH, *Ivcher-Bronstein v. Peru* (Competence), 24 septembre 1999, *série C* n°54 ; *Constitutional Court v. Peru* (Competence), *série C* n°55.
[110] L'article 44§1 de la Convention de Vienne dispose : « Le droit pour une partie, prévu dans un traité ou résultant de l'article 56, de dénoncer le traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application ne peut être exercé qu'à l'égard de l'ensemble du traité, à moins que ce dernier n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement ».
[111] La Dominique, la Grenade et la Jamaïque ont ratifié la Convention sans formuler de déclaration d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

retirerait sa déclaration d'acceptation de la juridiction s'apparenterait à celle de l'Etat qui n'a jamais accepté ladite juridiction[112] …

Quoi qu'il en soit, à la suite du changement de régime au Pérou, le gouvernement déclara en 2001 qu'il acceptait de se soumettre à la juridiction contentieuse de la Cour[113].

On notera enfin que plusieurs Etats – la Colombie, l'Equateur, le Salvador et le Mexique – ont précisé dans leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour interaméricaine qu'ils se réservaient le droit de la retirer s'ils l'estimaient nécessaire. Aucun de ces Etats n'a toutefois usé de cette faculté jusqu'à présent. S'ils le faisaient, il est douteux, compte tenu de la jurisprudence précitée, que la Cour interaméricaine accepterait de donner effet à un tel retrait[114].

B. La Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples : le précédent du retrait de la déclaration rwandaise

Si aucun Etat n'a jusqu'à présent entrepris de dénoncer la Charte africaine ou le Protocole, la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples a néanmoins été amenée à se prononcer sur un cas de retrait de la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel auprès de la Cour.

Dans le système africain, la saisine directe de la Cour par les individus ou les organisations non gouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples est en effet facultative, en ce sens qu'elle est subordonnée à son acceptation par déclaration de la part de l'Etat concerné. Le Protocole prévoit en son article 34 (6) que l'Etat partie au Protocole doit nécessairement faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes individuelles. A défaut, la Cour ne peut être saisie que par les Etats parties au Protocole, par la Commission africaine ou encore par les organisations inter-gouvernementales africaines[115].

Or, le Rwanda, ayant ratifié le Protocole en 2003 et déposé en 2013 la déclaration visée à l'article 34 (6) du Protocole, a notifié le 29 février 2016 à l'Union africaine son intention de retirer ladite déclaration[116], privant de la sorte les individus relevant de la juridiction du Rwanda d'un accès direct à la juridiction régionale africaine.

---

[112] L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 17.

[113] Lettre du ministre péruvien de la Justice au président de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 1er février 2001, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, 2001, vol. II, p. 1169.

[114] En ce sens : JO M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2d ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 146 ; K. CLARKE, E. KASSAYE, « African State Withdrawals from the Rome Statute for the International Criminal Court. Legal-Political Considerations», 1er novembre 2016, African Court Research Initiative, pp. 29-30, §§63-64. http://www.africancourtresearch.com/wp-content/uploads/2016/11/AfricanWithdrawal-Final5r1.pdf

[115] Articles 5 et 34 (6) du Protocole.

[116] L'Union africaine a officiellement communiqué la déclaration de retrait à la Cour africaine le 3 mars 2016.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le Gouvernement rwandais n'avait pas fait mystère des motifs du retrait : selon lui, la déclaration facultative aurait été exploitée à des fins contraires à celles qui avaient présidé à son adoption. Plus particulièrement, des personnes fugitives, convaincues de génocide, auraient, sous couvert de la défense du peuple rwandais, utilisé le recours individuel devant la Cour africaine afin d'obtenir une tribune visant à remettre en cause le génocide[117].

Il faut relever que la Cour africaine était saisie du cas de la dirigeante d'un parti politique d'opposition, Victoire Ingabire, laquelle excipait du caractère inéquitable de sa condamnation à quinze ans de réclusion pour entente en vue de porter atteinte au Gouvernement et à la Constitution[118]. La situation de cette opposante politique avait d'ailleurs suscité les inquiétudes du Parlement européen[119]. Une audience publique devait se tenir dans cette affaire devant la Cour africaine le 4 mars 2016, soit quelques jours après le dépôt de la notification du retrait de la déclaration rwandaise… D'autres requêtes mettant en cause le Rwanda étaient également pendantes à la date de la notification, toutes soulevant des questions politiquement sensibles et émanant d'opposants au gouvernement actuel[120].

De son côté, le Rwanda avait demandé à la Cour africaine de suspendre immédiatement l'examen de toutes ces affaires pendantes devant elle. Les autorités rwandaises avaient tenté de minimiser l'impact du retrait, en soulignant que le Rwanda ne quittait pas la Cour[121], et que seuls sept Etats avaient fait une déclaration d'acceptation similaire. Il reste qu'un tel retrait pouvait être perçu comme une remise en cause implicite de la légitimité de la Cour[122].

C'est dans ce contexte que la Cour africaine accepta de rendre un arrêt sur les effets du retrait de la déclaration du Rwanda[123], comportant d'intéressants enseignements. La première question concernait la validité du retrait de la déclaration rwandaise, à défaut de disposition dans le Protocole l'autorisant. Fallait-il, pour se prononcer sur cette question, appliquer les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités ? La Cour estima qu'elle ne pouvait appliquer cette dernière directement, compte tenu de la nature unilatérale de la

[117] Pour davantage d'explications sur les motifs du retrait : D. PAVOT, « Le retrait de la déclaration du Rwanda permettant aux individus et ONG de saisir la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples », *R.Q.D.I.*, 2017, 30 (2), pp.225-228.

[118] Req. n°003/2014, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, introduite le 3 octobre 2014.

[119] Résolution du Parlement européen du 23 mai 2013 sur le Rwanda : l'affaire *Victoire Ingabire* (P7TA(2013)0233.)

[120] F. Viljoen, « Understanding and Overcoming Challenges in Accessing the African Court on Human and Peoples' Rights », *I.C.L.Q.*, 2018, vol. 67, 1, p. 66 et note 17.

[121] Dès lors que le Rwanda reste partie au Protocole, la Commission africaine peut toujours introduire des requêtes dirigées contre lui, en vertu de l'article 5§1 a du Protocole.

[122] En ce sens : T.G. DALY, M. WIEBUSCH, « The African Court on Human and Peoples' Rights: Mapping Resistance against a Young Court », *iCourts Working Paper Series*, No. 119, 2018, p. 27. http://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/iCourts%20Working%20Paper%20119.pdf

[123] Cour afr.dh et des Peuples, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, Arrêt *sur les effets du retrait de la déclaration faite en vertu de l'article 34 (6) du Protocole*, 3 juin 2016 (et *corrigendum* du 5 septembre 2016).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

déclaration faite en vertu de l'article 34 (6) du Protocole, mais qu'elle pouvait néanmoins en faire une application par analogie et s'en inspirer si nécessaire[124].

Etant donné que les déclarations d'acceptation de juridiction similaires à celles figurant dans le Protocole sur la Cour africaine revêtent toujours un caractère facultatif, la Cour en déduisit qu'en tant qu'actes unilatéraux, ces déclarations pouvaient toujours être retirées par leur auteur. En d'autres termes, il en irait de même de la déclaration facultative prévue à l'article 34(6) du Protocole, laquelle serait « séparable » de cet instrument. Par conséquent, le Rwanda, libre en vertu de sa souveraineté de s'engager en acceptant de reconnaître la compétence de la Cour africaine à l'égard des requêtes individuelles, était également en droit de retirer son engagement.

Pour autant, des considérations de sécurité juridique liées aux droits qu'une déclaration faite en vertu de l'article 34 (6) du Protocole fait naître dans le chef des individus et des ONG exigeaient qu'un délai de préavis fût respecté avant de donner effet à un retrait de la déclaration. S'inspirant de la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme et de l'article 56§2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Cour estima qu'un délai de préavis d'un an devait être respecté avant qu'un retrait ne produise ses effets[125]. Par conséquent, le retrait effectué par le Rwanda ne pouvait devenir opérationnel qu'à partir du 1er mars 2017. Contrairement à ce que le Rwanda sollicitait, ledit retrait ne pouvait dès lors entraîner la suspension des affaires pendantes devant la Cour avant cette date.

La solution du délai de préavis d'un an devrait, à l'avenir, empêcher un Etat partie au Protocole d'assortir sa déclaration au titre de l'article 34 (6) d'une sorte de réserve temporelle visant à lui permettre de retirer sa déclaration dans un délai inférieur à un an[126].

A la suite de cet arrêt, la Cour africaine s'est effectivement prononcée sur le fond dans l'affaire *Ingabire*, en l'absence de l'Etat défendeur[127]. Elle a conclu à la violation du droit à la liberté d'expression et, sous divers aspects, à la violation

[124] Point ii du *corrigendum* précité, se rapportant au §54 de l'arrêt précité.

[125] Dans leur opinion dissidente, les juges Niyungeko et Ramadhani ont critiqué la fixation d'un délai d'un an de préavis, estimant, d'une part, que la Cour avait fait une application directe et non simplement analogique de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et d'autre part, qu'elle avait privilégié, sans s'en expliquer, le délai résultant de la pratique de la seule Cour interaméricaine des droits de l'Homme, alors que d'autres juridictions et organes de contrôle en matière de droits de l'Homme prévoyaient des délais de préavis plus courts. S'appuyant sur le critère du délai raisonnable de préavis, les juges dissidents ont considéré qu'un délai de préavis de six mois aurait été suffisant afin de sauvegarder les droits des requérants individuels.

[126] En ce sens : W. HOEFFNER, « L'accès de l'individu à la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples », *Revista Jurídica*, 2016, p. 846 ; L. BURGORGUE-LARSEN, G-F. NTWARY, « Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples (2015-2016), *Rev. trim. dr. h.*, 2018, p. 137.

[127] Le Rwanda avait en effet déclaré, par l'entremise du Ministère de la Justice, qu'il cesserait de participer aux procédures en cours le concernant, « (…) due to strong grounds indicating that the process with regard to cases involving Rwanda is not independant, impartial and the results are pre-determined » : note de service citée par D. PAVOT, *loc.cit.*, p. 236, note 101.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

du droit à un procès équitable[128]. La Cour africaine a par ailleurs rendu d'autres arrêts par défaut dans les affaires introduites avant la prise d'effet du retrait de la déclaration rwandaise[129]. En particulier, la Cour a fait un sort à l'argumentation hautement contestable du Rwanda, déjà développée dans l'affaire *Ingabire*, selon laquelle des individus convaincus de crimes graves liés au génocide n'auraient pas qualité pour saisir la Cour africaine[130].

On contrastera la solution retenue par la Cour africaine sur le retrait de la déclaration rwandaise avec celle, évoquée plus haut, concernant le retrait par le Pérou de la déclaration d'acceptation de la juridiction contentieuse de la Cour de San José. On se souviendra que cette dernière n'avait pas admis la validité de ce retrait, alors que la Cour africaine était parvenue à la solution inverse. En réalité, ces deux décisions ne sont pas nécessairement inconciliables. La Cour interaméricaine avait insisté sur la possibilité offerte au Pérou de faire usage de la clause de dénonciation énoncée à l'article 78 de la Convention américaine pour conclure que la révocation de la déclaration facultative n'était pas valable. En revanche, nous avons vu que ni la Charte africaine, ni le Protocole créant la Cour africaine ne ménagent une faculté de dénonciation. Partant, la seule « échappatoire » consisterait, pour l'Etat africain qui l'a formulée, à retirer sa déclaration d'acceptation du droit de recours individuel. L'essentiel, pour reprendre une formule célèbre[131], serait d'éviter que le traité ne se mue pour l'Etat partie en un véritable « piège à volonté »[132].

C. La Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples : des retraits de déclaration en cascade

Depuis 2019, trois Etats ont suivi les traces du Rwanda : la Tanzanie, le Bénin et la Côte d'Ivoire, à tel point qu'il est permis d'évoquer un processus en cascade. Il apparaît en effet que, parmi les 31 Etats parties au Protocole à la Charte africaine, seuls dix d'entre eux ont déposé une déclaration d'acceptation du droit de recours individuel devant la Cour au titre de l'article 34 (6) du Protocole. Or, depuis que le délai de préavis d'un an a expiré pour tous les Etats ayant retiré leur déclaration, la Cour africaine ne peut plus connaître que de requêtes individuelles dirigées contre les six Etats dont les déclarations sont toujours en vigueur[133].

[128] Cour afr.dh et des Peuples, *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda*, 24 novembre 2017. L'opposante a finalement été libérée le 23 novembre 2018 : arrêt sur les réparations, 7 décembre 2018, §30.
[129] Cour afr.DH et des Peuples, *Rutabingwa Chrisanthe c. République du Rwanda*, 11 mai 2018 ; *Fidèle Mulindahabi c. République du Rwanda*, 4 juillet 2019 (3 arrêts) et 26 juin 2020 (4 arrêts).
[130] Cour afr.DH et des Peuples, *Kennedy Gihana et autres c. République du Rwanda*, 28 novembre 2019, §§23-28.
[131] A. PELLET, « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *R.C.A.D.I.*, 2007, tome 329, p. 23.
[132] Pour une critique de la formule, en ce que le concepteur du « piège » – l'Etat – en serait en même temps la cible : L. CONDORELLI, « Traité : piège à volonté » *in Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 580.
[133] Par ordre chronologique de formulation de la déclaration : le Burkina Faso, le Malawi, le Mali, le Ghana, la Tunisie et la Gambie.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Si l'on ajoute à cela qu'il est rarissime que la Commission africaine saisisse la Cour[134], on mesure à quel point ce phénomène de retrait en chaîne risque d'affaiblir la juridiction régionale et de ne pas inciter d'autres Etats parties au Protocole à formuler une telle déclaration[135].

La Tanzanie

Etat du siège de la Cour africaine, la Tanzanie est le deuxième Etat partie à avoir retiré sa déclaration au titre de l'article 34 (6) du Protocole, en novembre 2019[136]. Aux termes de la lettre portant retrait, celui-ci s'expliquerait par la circonstance que la déclaration d'acceptation du recours individuel aurait été mise en œuvre sans respecter la constitution tanzanienne. Or, au moment où elle fut formulée, la déclaration était accompagnée d'une « réserve », selon laquelle le droit d'accès individuel ne serait accordé qu'en conformité avec la constitution[137]. Outre que la licéité d'une telle « réserve » est douteuse[138], les autorités tanzaniennes se sont bien gardées d'expliquer en quoi la mise en œuvre de la déclaration aurait méconnu la constitution tanzanienne…

L'explication véritable de ce retrait est sans doute à chercher dans certains éléments factuels. En premier lieu, il est probable que la Tanzanie ait voulu de la sorte manifester son mécontentement à l'égard d'arrêts de la Cour rendus à son encontre. En effet, cet Etat a fait l'objet d'un nombre particulièrement important de constats de violation du droit au procès équitable, en relation avec son système de justice pénale[139]. Il n'est par ailleurs pas anodin que la Cour était sur le point de rendre un arrêt concluant notamment que l'imposition obligatoire de la peine de mort pour infraction de meurtre, prévue dans le code pénal tanzanien, violait le droit à la vie[140]. Ensuite, le changement de pouvoir en Tanzanie, nettement

[134] Au 29 juillet 2020, la Commission africaine n'avait saisi la Cour que de trois affaires. Si l'article 5§1 du Protocole permet également la saisine de la Cour par des Etats parties ou par des organisations inter-gouvernementales africaines, cette prérogative n'a guère été mise en œuvre jusqu'à présent.

[135] A. KOAGNE ZOUAPET, « 'Victim of its Commitment… You, Passerby, a Tear to the Proclaimed Virtue': Should the Epitaph of the African Court on Human and Peoples' Rights be Prepared? », *EJIL: Talk !*, 5 mai 2020
https://www.ejiltalk.org/victim-of-its-commitment-you-passerby-a-tear-to-the-proclaimed-virtue-should-the-epitaph-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights-be-prepared/

[136] La notice de retrait a été rédigée le 14 novembre 2019 et a été notifiée à l'Union africaine le 21 novembre 2019.

[137] Déclaration tanzanienne d'acceptation du droit de recours individuel, signée le 9 mars 2010 et déposée le 29 mars 2010.

[138] On se souviendra qu'à l'époque où la Convention européenne comportait des clauses facultatives, la Cour européenne avait exclu que les Etats parties pussent assortir de limites matérielles ou territoriales leur acceptation de la compétence des organes de contrôle : arrêt *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)* précité, en particulier §§73-78.

[139] O. WINDRIDGE, « Under Attack? Under the Radar? Under-Appreciated? All of the Above? A Time of Reckoning for the African Court on Human and Peoples' Rights », *Opinio Juris*, 7 mai 2020
https://opiniojuris.org/2020/05/07/under-attack-under-the-radar-under-appreciated-all-of-the-above-a-time-of-reckoning-for-the-african-court-on-human-and-peoples-rights/

[140] Cour afr.dh et des Peuples, *Ally Rajabu et autres c. République-Unie de Tanzanie*, 28 novembre 2019, §§94-114.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

moins réceptif aux droits fondamentaux, semble être un autre facteur explicatif de ce retrait[141].

Le Bénin

Le 25 mars 2020, le Bénin a déposé auprès de la Commission de l'Union africaine l'instrument de retrait de la déclaration par laquelle il reconnaissait la compétence de la Cour pour connaître de requêtes introduites par des individus et des organisations non gouvernementales. La lettre officielle de retrait mentionne une « grave perturbation de l'ordre juridique interne » et une insécurité juridique consécutives à des immixtions de la Cour africaine dans des domaines qui ne relèveraient pas de sa compétence. Le Bénin y cible en particulier une ordonnance en indication de mesures provisoires par laquelle la Cour africaine ordonnait le sursis à exécution d'un jugement d'adjudication dans un litige à caractère immobilier[142].

Il faut toutefois relever que le retrait de déclaration est intervenu alors que la Cour africaine s'apprêtait à rendre une ordonnance de mesures provisoires dans une affaire politiquement très sensible, élément qui a pu peser sur la décision du gouvernement béninois.

La Cour était saisie par Sébastien Ajavon, un influent homme d'affaires et opposant politique au président en place. A l'appui de sa requête, il invoquait notamment la violation du droit de prendre part à la direction des affaires publiques du Bénin, en raison de l'impossibilité de participer au scrutin municipal de mai 2020.

Pour comprendre l'enjeu de l'affaire, il faut faire état d'un précédent arrêt que la Cour africaine avait rendu en 2019 sur requête de M. Ajavon. La Cour y avait retenu de multiples violations de la Charte africaine et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment liées au droit au procès équitable, à raison des conditions dans lesquelles le requérant avait été condamné par contumace à vingt ans de prison pour trafic international de stupéfiants par une juridiction nouvellement créée, chargée de la répression des infractions économiques et du terrorisme[143]. En outre, fait sans précédent, la Cour africaine avait ordonné au Bénin de prendre toutes les mesures nécessaires pour annuler la décision de condamnation et en effacer tous les effets[144]. Le Bénin ne s'était toutefois pas conformé à cette injonction de la Cour, de sorte que la condamnation

[141] N. DE SILVA, « Individual and NGO Access to the African Court on Human and Peoples' Rights: The Latest Blow from Tanzania », *EJIL : Talk !*, 16 décembre 2019 https://www.ejiltalk.org/individual-and-ngo-access-to-the-african-court-on-human-and-peoples-rights-the-latest-blow-from-tanzania/

[142] Cour afr.dH et des Peuples, *Ghaby Khodei c. Bénin*, ordonnance (mesures provisoires), 28 février 2020.

[143] Cour afr.dh et des Peuples*, Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*, 29 mars 2019. Au stade des mesures provisoires, la Cour africaine avait dans un premier temps ordonné au Bénin de surseoir à l'exécution de la décision de condamnation, dans l'attente de l'arrêt au fond : ordonnance (mesures provisoires), 7 décembre 2018.

[144] *Ibid.*, dispositif de l'arrêt du 29 mars 2019, point XXII.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

de M. Ajavon à vingt ans d'emprisonnement figurait toujours sur son extrait de casier judiciaire. Cette situation l'avait empêché de prendre part aux élections législatives du 28 avril 2019. En outre, son parti ne s'était pas vu délivrer de certificat de conformité et n'avait pas davantage pu se présenter au scrutin législatif.

Ce sont les suites de ces élections qui ont fait l'objet de la nouvelle demande de mesures provisoires. L'intéressé soutenait en effet que le dispositif mis en place à l'issue de ce scrutin par l'assemblée législative nouvellement élue l'empêchait, lui et son parti, de participer aux élections municipales de mai 2020 et faisait obstacle à sa participation à la prochaine élection présidentielle prévue en 2021. Considérant que la situation était de nature à causer au requérant un préjudice irréparable, la Cour africaine ordonna au Bénin de surseoir à la tenue de l'élection du 17 mai 2020, en attendant son arrêt sur le fond de l'affaire[145].

Le Bénin ne s'est pas conformé à cette nouvelle ordonnance en indication de mesures provisoires, voyant dans celle-ci une immixtion dans le système électoral d'un Etat souverain. Les élections municipales ont en effet bien eu lieu à la date prévue, sans la participation du requérant et de son parti.

Dans son arrêt sur le fond en la même affaire, la Cour africaine a retenu une série de violations des droits de l'Homme, parmi lesquelles des violations du droit de participer librement à la direction des affaires publiques de son pays. Dans le dispositif de l'arrêt, la Cour a ordonné au Bénin de prendre toutes les mesures nécessaires pour abroger dans les trois mois, et en tout cas avant toute prochaine échéance électorale, les dispositions législatives en cause[146]. Une fois encore, le Bénin n'a pas exécuté l'arrêt de la Cour et les élections présidentielles qui ont eu lieu le 11 avril 2021 ont mené à la reconduction du président Talon.

La Côte d'Ivoire

Dernière en date, la Côte d'Ivoire a déposé son instrument de retrait de la déclaration le 28 avril 2020[147]. Bien que la correspondance officielle ne mentionne pas la raison de ce retrait, l'Etat ivoirien a évoqué un risque d'atteinte à sa souveraineté, à l'autorité et au fonctionnement de la justice, du fait des agissements de la Cour africaine. En cause, une ordonnance en indication de mesures provisoires que la juridiction régionale avait adoptée quelques jours plus tôt dans l'affaire *Guillaume Soro et autres*. La requête avait été introduite par des ressortissants ivoiriens, pour la plupart des politiciens et parlementaires, dont certains avaient occupé de hautes fonctions publiques. Tous faisaient l'objet de mandats d'arrêt et de dépôt dans le cadre d'une procédure pénale diligentée à la

[145] Cour afr.dh et des Peuples, *Sébastien Germain Marie Aïkoue Ajavon c. Bénin*, Ordonnance (mesures provisoires), 17 avril 2020.
[146] Cour afr.dh et des Peuples, *Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*, arrêt du 4 décembre 2020, point XXIV du dispositif.
[147] Lettre du Ministre des Affaire étrangères ivoirien au président de la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples, 186/MAE/BMAmp, 28 avril 2020.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

fin de 2019 pour détournement de biens publics, recel de biens publics et complot contre l'autorité de l'Etat. Le plus connu d'entre eux, Guillaume Soro, avait occupé le poste de premier ministre et de président de l'Assemblée nationale. En exil en France, il avait annoncé son retour au pays en vue de prendre part à l'élection présidentielle d'octobre 2020. La Cour africaine avait ordonné à la Côte d'Ivoire de surseoir à l'exécution des mandats d'arrêt et de dépôt émis contre les requérants jusqu'à sa décision sur le fond, afin de sauvegarder les droits politiques des requérants et de leur permettre de participer aux prochaines échéances électorales[148]. La Côte d'Ivoire ne s'est pas conformée à cette ordonnance, M. Soro ayant été jugé et condamné le 28 avril 2020.

Que penser de ces retraits en cascade ? Selon la conception du droit international à laquelle on adhère, deux grilles de lecture sont concevables. La première, fondée sur une vision idéaliste du droit international, s'attachera à souligner la mauvaise foi d'Etats qui, sous le couvert d'arrêts de la Cour africaine qui leur sont défavorables ou contrarient les ambitions politiques de leurs dirigeants, laissent un très grand nombre d'individus dépourvus de recours auprès d'une juridiction régionale pour alléguer des atteintes à leurs droits fondamentaux. La seconde grille de lecture, s'appuyant sur une vision réaliste du droit international, insistera sur la nécessité pour les juridictions supranationales de s'assurer de la confiance des Etats parties. A défaut, il ne faudrait pas s'étonner que certains d'entre eux usent des prérogatives que leur confère leur qualité d'entité souveraine pour retirer des engagements qu'ils ont librement souscrits, sous le prétexte que la juridiction supranationale a excédé les limites du mandat que lui ont assigné les Etats parties.

Sur ce point, il est permis de se demander s'il était judicieux pour la Cour africaine d'utiliser son pouvoir d'indiquer des mesures provisoires dans le contexte particulièrement délicat du contrôle des règles électorales. Par contraste, dans la pratique de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'indication de mesures provisoires n'a lieu que dans des circonstances exceptionnelles[149]. La Cour n'y recourt que de manière très parcimonieuse, principalement pour sauvegarder la vie et l'intégrité physique d'individus, et le plus souvent dans le contexte du contentieux de l'éloignement d'étrangers du territoire d'un Etat partie. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles la Cour européenne est parvenue à conserver – jusqu'à présent – l'adhésion des Etats parties. Sans doute l'option de la Cour africaine est-elle louable afin de tenter de sauvegarder l'Etat de droit sur le continent africain[150]. Il n'en demeure pas moins qu'elle a pris le

[148] Cour afr.dh et des Peuples, *Guillaume Kigbafori Soro et autres c. République de Côte d'Ivoire*, Ordonnance (mesures provisoires), 22 avril 2020.

[149] Instruction pratique relative à l'article 39 du règlement de la Cour européenne – Demandes de mesures provisoires.

[150] La démarche de la Cour africaine procède du constat selon lequel les violations graves des droits de l'Homme sur le continent africain résultent souvent de dysfonctionnements constitutionnels. Construire

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

risque, en intervenant dans des contentieux électoraux en cours[151], de saper la confiance que les Etats parties doivent nécessairement lui témoigner pour qu'elle puisse s'acquitter des tâches que ceux-ci lui ont confiées.

On notera enfin que, conformément à l'enseignement de l'arrêt *Ingabire c. Rwanda* de 2016 déjà évoqué, la Cour africaine a continué à rendre des décisions dans des affaires mettant en cause les trois Etats ayant notifié le retrait de leur déclaration, postérieurement à la date des notifications respectives[152]. Il est par ailleurs probable qu'elle continuera à le faire pour toutes les procédures entamées avant l'expiration du délai de préavis d'un an, le retrait de la déclaration n'ayant pas d'effet rétroactif et n'ayant aucune incidence sur les procédures en cours[153]. S'agissant en particulier du cas de la Côte d'Ivoire, la Cour africaine a ordonné, au titre des mesures provisoires, de prendre les mesures nécessaires pour lever les obstacles à l'enregistrement sur la liste électorale pour les élections présidentielles d'octobre 2020 de deux candidats qui en avaient été rayés, du fait de leur condamnation par contumace : Guillaume Soro[154] et Laurent Gbagbo[155], respectivement ancien premier ministre et ancien chef de l'Etat ivoirien. Ces ordonnances n'ont toutefois pas été exécutées, les élections s'étant déroulées sans que ces deux candidats n'aient pu prendre part au scrutin présidentiel.

---

l'état de droit serait dès lors une mesure visant à prévenir ces violations graves : « Retrait de la déclaration au Protocole de la CADHP : Deux éminents Professeurs africains soutiennent le Bénin et la Côte-d'Ivoire », 8 mai 2020. http://news.acotonou.com/h/126395.html

[151] Sur la retenue – voire l'autolimitation judiciaire – dont fait preuve la Cour européenne des droits de l'Homme dans le domaine des contentieux électoraux : L. BURGORGUE-LARSEN, « Promouvoir une forme de gouvernance démocratique », Conférence des 70 ans de la Convention européenne des droits de l'Homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 18 septembre 2020, pp. 2 et suiv.

[152] Entre autres : Cour afr.dH et des Peuples, *Bashiru Rashid Omar c. République-Unie de Tanzanie*, Ordonnance (mesures provisoires), 26 février 2021, §17 ; *Jebra Kambole c. République-Unie de Tanzanie*, 15 juillet 2020, §§19-20 ; *Houngue Eric Noudehouenou c. République du Bénin*, Ordonnance (mesures provisoires), 5 mai 2020, §§4-5; Suy *Bi Gohoré Emile et autres c. République de Côte d'Ivoire* 15 juillet 2020, §67. S'agissant de ce dernier arrêt, rendu en matière électorale, il est intéressant de relever qu'un communiqué du gouvernement ivoirien l'a accueilli favorablement, dès lors qu'il concluait à l'absence de violation.
http://www.gouv.ci/doc/1595010419communique-du-gouvernement-relatif-a-l-arret-de-la-cour-africaine-des-droits-de-l-homme-et-des-peuples-cadhp-sur-la-reforme-de-la-cei.pdf
Il faudrait en déduire, en toute logique, que la Côte d'Ivoire serait prête à se conformer également aux éventuels futurs arrêts de la Cour concluant à des violations de sa part, alors même qu'ils auraient été rendus postérieurement à la déclaration de retrait…

[153] En ce sens : Cour afr.dH et des Peuples, *Andrew Ambrose Cheusi c. République-Unie de* Tanzanie, 26 juin 2020, §§36-39.

[154] Cour afr.dh et des Peuples, *Guillaume Kigbafori Soro et autres c. Côte d'Ivoire*, Ordonnance (mesures provisoires), 15 septembre 2020.

[155] Cour afr.dh et des Peuples, *Laurent Gbagbo c. Côte d'Ivoire*, Ordonnance (mesures provisoires), 25 septembre 2020.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

CONCLUSION

Les situations de dénonciation et de menace de dénonciation visant les traités régionaux de protection des droits de l'Homme sont des plus variées. Elles présentent toutefois un point commun : elles traduisent l'air du temps, caractérisé par une résistance parfois acharnée au multilatéralisme.

S'agissant des cas avérés de dénonciation, quelle que soit la pertinence des arguments invoqués, il paraît difficile de s'y opposer lorsque le traité comporte une clause de dénonciation et que la procédure est respectée. Sans doute les clauses en question prévoient-elles que les juridictions régionales demeurent compétentes pour connaître des faits antérieurs à la prise d'effet de la dénonciation. Il faut toutefois bien reconnaître qu'il est difficile d'obtenir l'exécution de telles décisions de la part d'un Etat qui ne sent plus concerné par le traité qu'il a dénoncé … L'avis consultatif rendu par la Cour interaméricaine le 8 novembre 2020 constitue assurément une tentative intéressante de mieux encadrer le processus de dénonciation de la Convention américaine et de la Charte de l'OEA. Il semble néanmoins que celui-ci laisse sans réponse une question cruciale : quelles seraient les conséquences, pour l'Etat dénonçant, d'une dénonciation effectuée sans respecter les conditions que détaille l'avis consultatif ?

Lorsque les traités régionaux de protection des droits de l'Homme ne comportent pas de clause de dénonciation, il semble peu probable que ceux-ci relèvent de la catégorie des traités qui, par nature, se prêtent à dénonciation au sens de l'article 56§1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La possibilité de retirer la déclaration d'acceptation de la juridiction de l'organe de contrôle apparaît alors comme un palliatif acceptable, pour autant qu'un préavis d'une durée raisonnable soit notifié. Tel est l'enseignement de l'affaire *Ingabire c. Rwanda* analysée ci-dessus. Les récents retraits en cascade de trois Etats africains conduisent à s'interroger sur la manière dont les juridictions régionales doivent exercer la fonction de juger pour s'assurer de la coopération des Etats parties. Il n'est pas certain que l'interventionnisme de la Cour africaine dans les contentieux électoraux, en particulier sous la forme de mesure provisoires, soit la meilleure manière d'y parvenir.

Quant aux menaces de dénonciation, des arguments divers sont formulés, mais la plupart traduisent l'idée selon laquelle priorité devrait être donnée aux obligations constitutionnelles par rapport aux engagements internationaux, au nom d'une conception très étroite de la souveraineté nationale.

Dans son mot de rentrée, le président de la Société française de droit international, Alain Pellet, se demandait en début d'année 2018 que pouvait faire le juriste face à la crise que traverse le droit international, crise trouvant ses racines

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

dans l'exacerbation de la souveraineté et dont les dénonciations et menaces de dénonciation de traités sont sans doute l'un des avatars les plus spectaculaires[156].

A sa modeste échelle, le juriste se doit de mettre en lumière – afin de mieux les démonter – les approximations, les incohérences, voire les erreurs juridiques que charrient trop souvent les propositions ou les menaces de dénonciation d'un certain nombre de traités, notamment dans le domaine des droits de l'Homme.

Il appartient à l'internationaliste de le faire non seulement dans le cadre d'études, mais sans doute aussi à travers les médias, afin d'expliquer à la société civile que la dénonciation des traités et le retrait d'organisations internationales n'est pas la panacée pour restaurer une souveraineté nationale supposée perdue.

RÉSUMÉ

La crise profonde ayant affecté le multilatéralisme ces dernières années n'a pas épargné les traités régionaux de protection des droits de l'Homme sur les continents africain, américain et européen. Ce phénomène s'est traduit par une résurgence des cas de dénonciation de ces traités. Sans nécessairement en arriver à cette extrémité, certains Etats ont émis des menaces de dénonciation, provenant des différents pouvoirs étatiques. D'autres ont décidé de retirer la déclaration par laquelle ils acceptaient le mécanisme juridictionnel de contrôle du respect de leurs obligations conventionnelles. L'article s'attache à analyser l'impact de ces différentes manifestations de défiance vis-à-vis de ces traités régionaux, ainsi que la manière dont les juridictions régionales compétentes en matière de droits de l'Homme ont appréhendé ce phénomène.

ABSTRACT

The deep crisis that multilateralism has undergone in recent years has not spared regional human rights treaties on the African, American and European continents. This phenomenon has resulted in a resurgence of cases of denunciation of these treaties. Without necessarily reaching this point, some states have issued threats of denunciation from the various state powers. Others have decided to withdraw the declaration by which they accepted the jurisdictional mechanism for monitoring compliance with their treaty obligations. The article analyses the impact of these different manifestations of defiance towards these regional treaties, as well as the way in which the regional human rights courts have dealt with this phenomenon.

[156] A. PELLET, *« Crise ou effondrement du droit international ? »,* 19 septembre 2018. http://www.sfdi.org/le-mot-de-rentree-du-president/

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

RESUMEN

La profunda crisis que ha afectado al multilateralismo en los últimos años no ha dejado de lado los tratados regionales de derechos humanos en los continentes africano, americano y europeo. Este fenómeno ha provocado un resurgimiento de los casos de denuncia de estos tratados. Sin llegar necesariamente a este punto, algunos Estados han lanzado amenazas de denuncia por parte de los distintos poderes del Estado. Otros han decidido retirar la declaración por la que aceptaban el mecanismo jurisdiccional para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los tratados. El artículo analiza el impacto de estas diferentes manifestaciones de desafío hacia estos tratados regionales, así como la forma en que los tribunales regionales competentes en materia de derechos humanos han tratado este fenómeno.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

LA COMPETENCE DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE EN PALESTINE

A PROPOS DE LA DÉCISION DU 5 FÉVRIER 2021

Sarah JAMAL

Maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, chercheuse associée au C.R.D.H.

Le 5 février dernier, la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale (CPI) tranchait l'épineuse question de la compétence territoriale de la Cour en Palestine[1], ouvrant ainsi la voie à l'ouverture d'une enquête par le Bureau du Procureur sur les allégations crédibles de crimes relevant du Statut de Rome commis sur les territoires palestiniens occupés depuis le 13 juin 2014[2].

La Palestine avait déjà essayé de se tourner vers la CPI en 2009, à la suite de l'opération militaire israélienne '*Plomb durci*' dans la Bande de Gaza, en déposant une déclaration de reconnaissance de compétence au titre de l'article 12-3 du Statut de Rome, lequel permet à un Etat non partie de consentir à la compétence de la Cour à l'égard d'un crime de manière *ad hoc*. Elle avait alors reconnu la compétence de la Cour pour « identifier, poursuivre et juger les auteurs et les complices d'actes commis sur le territoire de la Palestine depuis le 1er juillet 2002 »[3]. Cependant, après « trois années d'analyse approfondie et de consultations publiques »[4], le premier Procureur de la Cour, Luis Moreno Ocampo, avait décidé de mettre un terme à l'examen préliminaire de la situation en Palestine, qu'il avait initié à la suite du dépôt de cette déclaration, au motif que la Palestine ne constituait pas un Etat au sens de l'article 12-3 du Statut de Rome. En effet, en se fondant sur les fonctions de dépositaire du Statut du Rome du Secrétaire général des Nations Unies,

[1] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, N°ICC-01/18.

[2] V. dans le même sens « La décision de la CPI sur sa compétence dans les territoires palestiniens occupés est un pas en avant vers la justice (expert) », *ONU Info,* 9 février 2021, disponible sur https://news.un.org/fr/story/2021/02/1089032.

[3] CPI, déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour par la Palestine, 21 janvier 2009, disponible sur https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf (traduction libre de l'auteure).

[4] Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda : « Tout le monde est en droit de connaître la vérité sur la compétence de la CPI concernant la Palestine », 2 septembre 2014, https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-st-14-09-02&ln=fr.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

il considérait qu'il appartenait aux organes des Nations Unies ainsi qu'à l'Assemblée des Etats parties d'apprécier la qualité d'Etat de la Palestine, condition de sa participation au système établi par le Statut de Rome. Or, son statut à l'Organisation des Nations Unies (ONU) en tant qu'« entité observatrice » empêchait, à ce moment-là, son adhésion au Statut de Rome et donc par voie de conséquence la reconnaissance de la compétence de la Cour puisqu' « aucune disposition du Statut n'autorise le Bureau du Procureur à adopter une méthode visant à définir le terme « Etat » au regard de l'article 12-3 qui s'écarterait de celle établie aux fins de l'article 12-1 »[5].

L'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) de la résolution 67/19 le 29 novembre 2012 permettait a priori de lever cet obstacle car la Palestine se vit accorder le statut « d'Etat non membre observateur »[6]. Certes, le rehaussement du statut de la Palestine n'équivalait pas à une reconnaissance de sa qualité d'Etat par la communauté internationale, l'Assemblée générale ne disposant pas de cette compétence[7]. Mais ce changement de statut donnait tout de même la possibilité à la Palestine d'adhérer aux conventions internationales pour lesquelles les Nations Unies sont les dépositaires puisque le Secrétaire général des Nations Unies se fonde sur la pratique de l'Assemblée générale des Nations Unies pour apprécier la qualité d'Etat et accepter les instruments d'adhésion[8].

Néanmoins, Mme Fatou Bensouda, succédant à Luis Moreno Ocampo au poste de Procureur, considéra que « la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies ne modifie en rien le caractère invalide en droit de la déclaration de 2009 »[9]. Cependant, elle estima que si le changement de statut de la Palestine au sein des Nations Unies ne permettait pas de valider rétroactivement sa déclaration de reconnaissance, celle-ci pouvait désormais « rejoindre le système établi par le Statut de Rome »[10]. La Palestine était donc invitée à envoyer une nouvelle déclaration de reconnaissance de compétence au greffe de la Cour. Ceci fut fait un peu plus de deux ans plus tard, et plus spécifiquement le 31 décembre 2014, avec la formulation d'une nouvelle déclaration de reconnaissance de compétence en vertu de l'article 12-3 du Statut de Rome[11].

---

[5] CPI, Bureau du Procureur, Rapport sur les activités menées en 2012 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire, novembre 2012, § 201.

[6] AGNU, « Statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies », résolution 67/19, 29 novembre 2012, U.N. doc. A/RES/67/19.

[7] Rappelons à ce titre que la qualité d'Etat de la Palestine est encore contestée par de nombreux Etats parmi lesquels figurent la France qui ne reconnaît pas l'Etat de Palestine à ce jour.

[8] V. *infra.* Cette question sera plus amplement étudiée dans la suite des développements.

[9] CPI, Bureau du Procureur, Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire, novembre 2013, §238.

[10] Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda : « Tout le monde est en droit de connaître la vérité sur la compétence de la CPI concernant la Palestine », *op. cit.*

[11] La déclaration de reconnaissance est disponible sur l'url suivante : https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

C'est en effet en réaction au rejet de l'adoption d'un projet de résolution présenté par la Jordanie – mais d'initiative palestinienne – au Conseil de sécurité, lequel proposait un calendrier pour la Paix de douze mois ainsi que la reconnaissance du statut d'« Etat membre à part entière de l'Organisation des Nations Unies »[12] que la Palestine décida de consentir à nouveau à la compétence de la Cour par une déclaration. Quelques jours plus tard, elle alla même plus loin en adhérant au Statut de Rome. Ainsi, le 2 janvier 2015, le Président Mahmoud Abbas déposa les instruments d'adhésion auprès du Secrétaire général des Nations Unies, en vertu de l'article 125 du Statut de Rome[13]. Et, le 1er avril 2015, la Palestine devint le 123ème Etat partie à la CPI. Le cumul de ces deux formes de participation au système établi par le Statut de Rome eut pour effet de conférer une compétence rétroactive à la Cour à partir du 13 juin 2014 – date énoncée dans la déclaration de reconnaissance de compétence –, conformément à l'article 11-2 du Statut de Rome[14].

L'entrée de la Palestine dans le système établi par le Statut de Rome généra alors une véritable effervescence, en provoquant des réactions hostiles de certains Etats – en particulier les Etats-Unis et Israël[15] – mais aussi en conduisant la doctrine à s'interroger sur la validité de cette adhésion ainsi que sur ses conséquences juridiques tenant à la compétence territoriale de la Cour et aux frontières de la Palestine[16].

La Procureure réagit en ouvrant un examen préliminaire de la situation en Palestine le 16 janvier 2015[17]. Elle rappela, à cette occasion, la finalité de cet examen :

> « A preliminary examination is not an investigation but a process of examining the information available in order to reach a fully informed determination on whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation pursuant to the criteria established by the Rome Statute. Specifically, under article 53(1) of the Rome Statute, the Prosecutor must consider issues of jurisdiction, admissibility and the interests of justice in making this determination »[18].

---

[12] Conseil de sécurité, Jordanie : projet de résolution, U.N. doc S/2014/916.

[13] « Palestine – Accès à la Cour pénale internationale », *R.G.D.I.P.,* « chronique des faits internationaux », 2015, p. 269.

[14] D. RICHEMOND-BARAK, « Double Duty at the ICC », 12 janvier 2015, *EJIL TALK,* disponible sur https://www.ejiltalk.org/double-duty-at-the-icc/.

[15] A. AOUN, « La situation de la Palestine devant la Cour pénale internationale : un recours imminent ? », *Confluences Méditerranée*, *L'Harmattan* 2016/1, n° 96, p. 146.

[16] V. par exemple D. SCALIA, « La Palestine et la Cour pénale internationale » *in* J. FERNANDEZ (dir.), *Justice pénale internationale,* CNRS Editions, Paris, 2016, p. 393 et s.; S. HOGESTOL, « Palestinian membership of the ICC : A preliminary analysis », *Nordic J. Hum. Rts.*, 2015, vol. 33, n° 3, p. 196 et s.; ou encore D. BOSCO, « Palestine in the Hague: Justice, Geopolitics, and the International Criminal Court », *global governance*, vol. 22, n° 1, 2016, p. 158 et s.

[17] CPI, Bureau du Procureur, Rapport sur les activités menées en 2015 en matière d'examen préliminaire, 12 novembre 2015, § 45.

[18] CPI, « The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine », 16 janvier 2015, disponible sur https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1083.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le 22 mai 2018, la Palestine a renvoyé au Procureur la Situation dans l'Etat de Palestine conformément aux articles 13(a) et 14 du Statut de Rome. Ce renvoi n'a eu aucune incidence sur l'examen préliminaire mené par la Procureure, car en vertu de l'article 53-1 du Statut de Rome, il lui incombe de vérifier la compétence de la Cour, la recevabilité de l'affaire (les critères de gravité du crime et de complémentarité) et enfin les intérêts de la justice[19], peu importe qu'un Etat lui ait renvoyé l'affaire au titre de l'article 13 du Statut de Rome ou qu'elle ait agit de sa propre initiative[20]. Cependant, le renvoi de la situation par la Palestine présente tout de même un intérêt procédural puisque la Procureure n'a plus besoin d'obtenir l'autorisation de la Chambre préliminaire pour ouvrir une enquête, comme c'est le cas lorsqu'elle agit *proprio motu*[21]. Et c'est ce qui a incité la Procureure à former une requête auprès de la Chambre préliminaire I au titre de l'article 19-3 du Statut de Rome pour s'assurer de la compétence territoriale de la Cour.

Ayant conclu qu'il existe a priori une « base raisonnable pour ouvrir une enquête »[22], elle a choisi de mobiliser cette procédure lui permettant de « demander à la Cour de se prononcer sur une question de compétence ou de recevabilité »[23]. Bien que convaincue de la compétence de la Cour, elle a tout de même estimé plus prudent d'en obtenir la confirmation, et ce dans le but de faciliter « a cost-effective and expeditious conduct of the Prosecution's investigation on the soundest legal foundation, including by ensuring State cooperation through the provision of an authoritative, clear and public ruling on the jurisdictional basis upon which the Prosecution may conduct the investigation in this situation »[24]. En effet, comme l'avait souligné à de nombreuses reprises la doctrine, plusieurs obstacles entravent la détermination de la compétence territoriale de la Cour. D'une part, la qualité d'Etat de la Palestine n'étant pas encore résolue en droit international, se pose la question de savoir si la Palestine peut être considérée comme « l'Etat sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu » au sens de l'article 12-2-a du Statut, lequel fonde la compétence *ratione loci* de la Cour. D'autre part, si la Palestine peut être considérée comme tel, il reste encore à résoudre la question de la délimitation de ses frontières pour déterminer l'étendue de la compétence territoriale de la Cour.

L'importance de cette question a conduit la Chambre à mettre en place une procédure répondant aux exigences de transparence et du contradictoire. Ainsi, elle a invité la Palestine, Israël et les victimes à présenter des observations ainsi

[19] CPI, Bureau du Procureur, Policy Paper on Preliminary Examinations, novembre 2013, disponible sur https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf, p. 2 et s.
[20] V. en ce sens CPI, Bureau du Procureur, Statement by ICC Prosecutor, Mrs Fatou Bensouda, on the referral submitted by Palestine, 22 mai 2018, disponible sur : https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180522-otp-stat.
[21] *Ibidem ;* Article 15-3 du Statut de Rome.
[22] Article 53 du Statut de Rome.
[23] Article 19-3 du Statut de Rome.
[24] CPI, Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 janvier 2020, No. ICC-01/18, § 20.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

que « tout Etat, toute organisation ou toute personne » qui le souhaite à titre d'*Amicus curiae* en vertu de la norme 103 du règlement de procédure et de preuve. Si Israël a refusé d'utiliser cette procédure[25] et a préféré faire connaître sa position par d'autres moyens[26], la Chambre a bénéficié de très nombreuses observations d'Etats parties, de groupes de victimes et d'autres personnes intéressées.

C'est par un vote à la majorité qu'elle a rendu sa décision confirmant à la fois la qualité d'Etat partie de la Palestine au sens de l'article 12-2-a du Statut de Rome ainsi que sa compétence territoriale s'étend aux territoires occupés par Israël depuis 1967, à savoir Gaza et la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, à la majorité[27]. En résolvant l'épineuse question de la compétence de la Cour sur la Palestine, les juges ont eu l'occasion de préciser leur rôle au sein du système établi par le Statut de Rome tant au regard de leur relation avec le Procureur au titre de l'article 19-3 du Statut que s'agissant de la procédure d'adhésion au Statut (I). Mais souhaitant limiter les effets de leur décision, ils ont eu beaucoup plus de mal à appréhender la place du droit international comme source du droit (II).

I. DES ENSEIGNEMENTS QUANT AU RÔLE DES JUGES AU SEIN DU SYSTÈME ÉTABLI PAR LE STATUT DE ROME

Alors qu'ils avaient précédemment refusé une demande sur la compétence de la Cour au stade de l'examen préliminaire sur le fondement de l'article 19-3 du Statut de Rome[28], fermant ainsi une voie de dialogue avec le Procureur, les juges de la Chambre préliminaire I sont revenus sur cette décision aux termes d'un raisonnement surprenant (A). Mais s'ils ont ainsi accentué leur rôle au stade de l'examen préliminaire, ils ont toutefois refusé de connaître de la validité de l'adhésion de la Palestine, réservant ce rôle aux Etats parties et à l'Assemblée des Etats parties (B).

A. Le développement du dialogue entre la Chambre préliminaire et le Procureur à travers l'article 19-3

Afin d'obtenir une confirmation de la compétence territoriale de la Cour sur la Palestine, la Procureure a choisi de recourir à l'article 19-3 du Statut de Rome. Cette disposition permet au Procureur de « demander à la Cour de se prononcer

[25] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », § 59.

[26] V. en ce sens Israël, The international criminal court's lack of jurisdiction over the so-called "situation in palestine", synopsis, 20 décembre 2019, disponible sur https://mfa.gov.il/MFA/PressRoom/2019/Documents/Ministry%20of%20Foreign%20Affairs%20ICC%20Synopsis.pdf.

[27] M. le juge Péter Kovács est en désaccord à la fois sur le fait que la Palestine est « un Etat sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu » au sens de l'article 12-2-a du Statut et que la compétence territoriale de la Cour dans la Situation en Palestine s'étend aux territoires occupés par Israël depuis 1967, à savoir Gaza et la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est.

[28] CPI, ch. Prél. I, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 septembre 2018, No. ICC-RoC46(3)-01/18.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

sur une question de compétence ou de recevabilité » sans cantonner ce mécanisme à une étape de la procédure. Autrement dit, la lettre de cette disposition semble laisser une large latitude au Procureur pour interpeler les juges lorsqu'une difficulté se présente. Mais alors que la doctrine s'interrogeait encore sur l'utilité de ce mécanisme[29], la décision rendue par la Chambre préliminaire I – dans la même composition – dans le cadre de la *Situation en République populaire du Bangladesh / République de l'Union du Myanmar* paraissait avoir paralysé son utilisation dans les premières étapes de la procédure[30]. En effet, la Procureure avait utilisé cette prérogative pour la première fois dans le but d'obtenir un avis sur la compétence territoriale de la Cour pour connaître de la déportation alléguée de la minorité Rohingya du Myanmar au Bangladesh, avant d'ouvrir formellement un examen préliminaire sur cette situation. Mais si la Chambre avait accepté de se prononcer sur sa compétence territoriale, elle avait, par un raisonnement sibyllin, écarté ce fondement juridique. Plus précisément, elle s'était contentée de qualifier l'interprétation de l'article 19-3 proposée par la Procureure de « quite controversial »[31] et lui avait substitué deux autres fondements juridiques. Elle s'était ainsi d'abord fondée sur l'article 119-1 du Statut de Rome, lequel prévoit que « [t]out différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour ». Se référant à la lecture de positions doctrinales et à une résolution de l'Assemblée des Etats parties adoptée le 14 décembre 2017[32], laquelle ne traite pas spécifiquement de ce point, elle avait affirmé que cette disposition inclut également les questions de compétences. Puis, en s'appuyant sur la contestation de sa compétence par le Myanmar, elle avait conclu à l'existence d'un différend relatif à ses fonctions judiciaires[33]. Même si ce fondement aurait pu être suffisant, elle avait quand même jugée utile de confirmer ensuite sa compétence pour connaître de cette requête en se fondant sur le principe de *la compétence de la compétence*[34]. Elle

[29] V. en ce sens W. A. SCHABAS, *The international criminal court, a commentary on the Rome Statute,* Oxford University Press, 2nd edition, Oxford, 2016, pp. 494-495.

[30] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 september 2018, ICC-RoC46(3)-01/18 ; V. en ce sens L. TRIGEAUD, « Article 19 » *in* J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBÉDA-SAILLARD, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article,* Editions A. Pedone, Paris, 2019, p. 930.

[31] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 september 2018, § 27 (traduction libre de l'auteure) ; V. le commentaire de N. HAUPAIS dans cette revue (chronique de jurisprudence internationale), 2018, n° 4, p. 1038 et s.

[32] V. CPI, Assemblée des Etats parties, Résolution ICC-ASP/16/Res.5, 14 décembre 2017, § 3.

[33] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 september 2018, § 28.

[34] *Ibid.,* § 29 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

avait alors rappelé qu'en vertu de celui-ci, « toute juridiction internationale a le pouvoir d'établir l'étendue de sa propre compétence »[35].

Dès lors, si elle n'avait pas refusé de nouer un dialogue avec la Procureure à ce stade de la procédure, elle semblait quand même a priori exclure l'application de l'article 19-3 du Statut.

Cette position avait d'ailleurs été vivement contestée par le juge dissident Marc Perrin de Brichambaut. Ce dernier avait notamment reproché aux juges de la majorité d'avoir de cette façon éludé la question de l'applicabilité de l'article 19-3, alors que selon lui, cette disposition n'est pas applicable à un stade si précoce de la procédure. En se fondant sur une interprétation contextuelle de l'ensemble de l'article 19, il estimait que cette prérogative ne peut être exercée qu'au stade d'une « affaire »[36]. Rappelons que celle-ci est plus restreinte qu'une situation puisqu'elle correspond à un « événemen[t] spécifiqu[e] dans une « situation » donnée au cours desquels un ou plusieurs crimes relevant de la compétence de la Cour semblent avoir été commis »[37]. Le juge Marc Perrin de Brichambaut allait même jusqu'à prévenir qu'une autre interprétation « may open the door for the Prosecutor to put to the Pre-Trial Chamber hypothetical or abstract questions of jurisdiction that do not arise from a concrete case or even a situation »[38].

Malgré cette précédente décision, la Procureure a adopté ici une démarche similaire et s'est fondée à nouveau sur l'article 19-3 du Statut de Rome pour interroger la Cour sur la portée de sa compétence territoriale en Palestine[39]. Elle a quand même pris soin de justifier l'utilisation de cette prérogative à cette étape de la procédure, en expliquant que cette disposition ne conditionne pas son exercice à l'identification d'une affaire. Elle a même interrogé l'utilité de cette disposition si tel était le cas puisque la Chambre préliminaire interviendrait alors pour délivrer un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître, sur requête du Procureur[40]. Alors qu'elle est tenue dès l'examen préliminaire de déterminer la

[35] *Ibidem.* (traduction libre de l'auteure); V. en ce sens C. SANTULLI, *Droit du contentieux international,* LGDJ, 2ème éd., 2015, Paris, p. 154 et s.

[36] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 september 2018, Partly separate opinion of Judge Perrin de Brichambaut, ICC-01/18-143-Anx2 05-02-2021 1/7 SL PT.

[37] V. en ce sens CPI, Bureau du Procureur, document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires, 15 septembre 2016, pp. 3-4.

[38] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 septembre 2018, Partly separate opinion of Judge Perrin de Brichambaut, ICC-01/18-143-Anx2 05-02-2021 1/7 SL PT, § 13.

[39] V. en ce sens J. FERNANDEZ (dir.), A.-L. CHAUMETTE, M. UBEDA-SAILLARD, « L'activité des juridictions pénales internationales (2018-2019) », *A.F.D.I.,* 2019, p. 462.

[40] Article 58 du Statut de Rome; CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 January 2020, No. ICC-01/18, § 22 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

compétence de la Cour pour ouvrir une enquête[41], elle a donc requis la possibilité d'obtenir l'assistance de la Chambre préliminaire face à une situation complexe :

> « Indeed, a jurisdictional ruling by the Chamber at this stage is consistent with the delicate and carefully crafted system of checks and balances regulating the exercise of the Court's jurisdiction. The Chamber's early intervention would not usurp the Prosecutor's role. Rather, it would assist and guide the Prosecution in the performance of its functions and give effect to a statutorily provided right »[42].

Afin de convaincre la Chambre d'assouplir sa position, elle a également insisté sur l'importance de cet avis pour éviter de mener une enquête coûteuse et gaspiller les ressources limitées de la Cour s'il s'avérait par la suite qu'elle est incompétente[43]. En effet, la Palestine ayant renvoyé la situation à la Procureure, celle-ci n'a pas à demander l'autorisation à la Chambre préliminaire pour ouvrir une enquête. Elle serait donc contrainte de réaliser une enquête dans l'incertitude jusqu'à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt.

La Chambre a, cette fois-ci, accepté la position du Procureur et admis qu'un dialogue entre eux puisse se nouer grâce au mécanisme de l'article 19-3 du Statut de Rome. Cependant, c'est au terme d'un raisonnement étonnant qu'elle est parvenue à justifier son application dans cette espèce. De fait, la Chambre a affirmé que la requête avait été formulée à un stade de la procédure différent du précédent dans la *Situation en République populaire du Bangladesh / République de l'Union du Myanmar*, ce qui est en partie exact puisque la Procureure l'avait interrogée dans une phase pré-préliminaire dans cette précédente procédure. Mais comme la Chambre avait requalifié cette phase en « examen préliminaire »[44], il semblait dorénavant que ces deux requêtes étaient formées au même stade de la procédure. En effet, dans sa précédente décision, la Chambre avait réfuté la qualification avancée par la Procureure d'examen pré-préliminaire, affirmant que le Statut de Rome ne le prévoit pas. Elle avait expliqué que c'est au contraire l'objet de l'examen préliminaire que d'opérer un « pre-investigative assessment » des renseignements transmis, afin de déterminer s'il existe une base raisonnable justifiant l'ouverture d'une enquête. Observant que la Procureure avait commencé ce travail notamment en appréciant quarante-deux communications individuelles,

[41] F. LAFONTAINE, « La décision de la Chambre préliminaire portant sur la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes commis contre le peuple Rohingya », J. FERNANDEZ, O. de FROUVILLE, *L'hirondelle et la tortue, Quatrièmes journées de la justice pénale internationale,* Editions A. Pedone, Paris, 2020, p. 86.

[42] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 January 2020, No. ICC-01/18, § 29.

[43] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Prosecution Response to the Observations of Amici Curiae, Legal Representatives of Victims, and States », 30 April 2020, N ° ICC-01/18, § 8 ; V. également en ce sens F. LAFONTAINE, « La décision de la Chambre préliminaire portant sur la compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des crimes commis contre le peuple Rohingya », *op. cit.,* p. 87.

[44] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", *op. cit.,* § 82.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

elle en avait déduit que l'examen préliminaire était ouvert, malgré son absence d'officialisation[45].

Pourtant, cette fois aussi, la Chambre a montré qu'il lui appartenait de qualifier l'étape de la procédure dans laquelle elle est saisie. Elle a ainsi considéré dans cette espèce que la Procureure l'avait saisie dans la phase de l'enquête, et ce alors que la Procureure a formellement ouvert son enquête le 3 mars 2021[46]. Pour réaliser cette requalification, la Chambre s'est fondée sur l'obligation du Procureur d'ouvrir une enquête en cas de renvoi d'une situation par un Etat partie ou le Conseil de sécurité si les différents critères posés à l'article 53 du Statut de Rome sont remplis[47], omettant qu'en l'espèce la Procureure lui demande un avis sur la compétence de la Cour, ce qui implique nécessairement qu'elle n'a pas terminé son évaluation, sans quoi cet avis n'aurait aucune utilité[48]. Néanmoins, bien que sa requalification fasse apparaître qu'elle limite l'application de ce mécanisme à la phase de l'enquête succédant à la phase de l'examen préliminaire, elle a quand même accepté qu'il puisse être utilisé en l'absence d'affaire – autrement dit dans le cadre d'une enquête sur une situation[49] –, contrairement au juge Perrin de Brichambaut. Celui-ci a conservé sa première interprétation mais en l'assouplissant puisqu'il s'est contenté de relever que la Procureure a identifié des cas potentiels[50].

Il apparaît ainsi que la Chambre s'est imposée un exercice d'équilibriste afin de ne pas revenir sur son précédent tout en permettant une intervention des juges en l'absence d'obligation du Procureur d'obtenir une autorisation pour ouvrir une enquête, comme cela était le cas lors de leur précédente saisine[51]. Bien que la volonté d'éviter une intervention trop tardive des juges ne peut être que saluée, la méthode choisie laisse perplexe. Si la Cour souhaitait cantonner ce mécanisme à l'examen préliminaire en cas de renvoi de la situation, il lui suffisait de rappeler qu'en cas d'enquête *proprio motu,* elle intervient nécessairement pour autoriser l'enquête – donnant ainsi une base solide à cette enquête – contrairement aux

---

[45] *Ibidem.*

[46] CPI, Déclaration du Procureur de la CPI, Mme Fatou Bensouda, à propos d'une enquête sur la situation en Palestine, 3 mars 2021, disponible sur https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine&ln=fr.

[47] CPI, Chambre d'appel, *Situation en République islamique d'Afghanistan*, Judgment 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-02/17-138, § 28.

[48] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », *précité*, § 65.

[49] Sur la notion d'enquête V. J.-M. BIJU-DUVAL, « La procédure pénale devant la CPI », *in* J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article,* Editions A. Pedone, Paris, 2019, p. 352 et s.

[50] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* partly separate opinion of judge Perrin de Brichambaut, ICC-01/18-143-Anx2 05-02-2021 1/7 SL PT, § 11.

[51] V. en ce sens CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », *précité,* § 86 ; CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* partly separate opinion of judge Perrin de Brichambaut, *précité*, § 13 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

enquêtes consécutives à un renvoi. Elle a d'ailleurs utilisé cet argument, mais uniquement pour justifier que l'article 19-3 du Statut de Rome n'est pas limité aux affaires[52].

En outre, si la décision de la Chambre s'inscrit dans une tendance plus large de juridiciarisation des premières étapes de la procédure[53] et permet de développer un dialogue avec le Procureur, il est regrettable que cette décision ne réponde pas véritablement à l'objectif poursuivi par la Procureure. En effet, les juges majoritaires ont choisi la prudence. Certes, afin de respecter les droits de la défense, ils ont nécessairement dû maintenir la possibilité pour l'accusé ou la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître de « contester ultérieurement la compétence de la Cour en vertu de l'article 19-2 du Statut »[54]. Mais ils ont également réservé la possibilité d'examiner d'autres questions de compétence qui pourraient se poser dans les prochains stades de la procédure, affirmant que leurs conclusions « portent sur le stade actuel de la procédure, à savoir l'ouverture d'une enquête par le Procureur en vertu des articles 13-a, 14 et 53-1 du Statut »[55]. Comme le juge Péter Kovács qui regrette ce manque de clarté, nous pouvons nous interroger sur ce qui pourrait conduire à un autre raisonnement à un stade ultérieur de la procédure[56].

Si par cette décision, les juges ont accru leur rôle en reconnaissant l'application de l'article 19-3 du Statut de Rome, ils ont refusé de saisir cette occasion pour intervenir dans la procédure d'adhésion d'un Etat partie.

B. L'absence d'empiètement sur le rôle de l'Assemblée des Etats parties en matière d'adhésion

Dans le cadre de l'interprétation contextuelle de l'article 12-2-a du Statut de Rome, et plus spécifiquement pour déterminer le sens à retenir de la notion d'Etat, la Chambre a eu l'occasion de donner d'utiles précisions sur la procédure d'adhésion d'un Etat partie. Elle a surtout pu se prononcer sur sa compétence.

La procédure d'adhésion au Statut de Rome posée dans l'article 125 du Statut de Rome ne requiert que le dépôt des instruments de ratification auprès du

[52] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », *précité,* § 79.
[53] D. SCALIA, « La Palestine et la Cour pénale internationale », *op. cit.,* p. 385.
[54] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », *précité*, § 77.
[55] *Ibid.,* § 131.
[56] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Judge Péter Kovács' Partly Dissenting Opinion, ICC-01/18-143-Anx1 05-02-2021 1/163 EC PT, § 94 : "I am convinced that all of the basic legal provisions to be applied will remain exactly the same when the Prosecutor potentially seizes the Chamber with a request for an arrest warrant. Why should we wait to enter into a plain legal analysis? Will this really help to meet the '[expected] full cooperation from all ICC States Parties'?".

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Secrétaire général des Nations Unies. Cette procédure d'admission simple[57] résulte du choix des auteurs du Statut de Rome d'insérer une clause « tous les Etats », sans exiger d'autres conditions que celle de ce dépôt pour encourager son universalité[58]. Conformément à l'article 77 de la Convention de Vienne sur le droit des traités régissant les fonctions de dépositaire, lequel peut être tenu comme reflétant le droit coutumier, le Secrétaire général a alors considéré qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier la qualité d'Etat d'une entité. Dès lors, pour accepter un instrument d'adhésion, il s'est fondé sur la pratique de l'Assemblée générale des Nations Unies[59]. De ce fait, il a accepté les instruments d'adhésion de la Palestine en se fondant sur la résolution 67/19 adoptée le 29 novembre 2012 par l'Assemblée générale qui lui a accordé le statut « d'Etat non membre observateur »[60]. L'adoption de cette résolution a, d'ailleurs, permis à la Palestine d'adhérer à plusieurs instruments conventionnels parmi lesquels figurent les principaux traités de protection des droits de l'homme dont le Pacte international sur les droits civils et politiques. La pratique du Secrétaire général des Nations Unies le lui permettait en effet puisqu'il considère que la reconnaissance du statut d'Etat non membre par une résolution de l'AGNU ouvre la possibilité pour la Palestine d'adhérer aux conventions dont les Nations Unies sont dépositaires[61]. La Palestine a, de cette façon, pu mettre en œuvre sa stratégie de recours au multilatéralisme pour faire pression sur Israël et les Etats-Unis à la suite de l'échec des négociations bilatérales[62], même si cette « construction de l'Etat "par en-haut" »[63] rencontre un écueil : l'admission ne vaut pas reconnaissance de la qualité d'Etat en droit international[64].

---

[57] V. pour plus de détails sur les procédures d'admission G. CAHIN, « L'admission aux organisations internationales », *R.G.D.I.P.*, 2012 n° 3, p. 529 et s. ou S. CUENDET, « La qualité de membre : acquisition, évolution, perte », *in* S. CUENDET, « La qualité de membre : acquisition, évolution, perte », *in* E. LAGRANGE, J.-M. SOREL, *Traité de droit des organisations internationales,* LGDJ, Paris, 2013, p. 305 et s.

[58] G. TEBOUL, « Article 125 - Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion » *in* J. FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBÉDA-SAILLARD, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article,* Editions A. Pedone, Paris, 2019, p. 2607.

[59] V. en ce sens U. N. Yearbook, p. 172 et s. ; Cette pratique a été confirmée dans une note interne du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies, Interoffice Memorandum, Issues related to General Assembly resolution 67/19 on the Status of Palestine in the United Nations, 21 décembre 2012.

[60] AGNU, « Statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies », résolution 67/19, 29 novembre 2012, U.N. doc. A/RES/67/19.

[61] V. en ce sens N. DE RIVIÈRE, T. GORJESTANI, « La question de la Palestine aux Nations Unies et dans les organisations internationales », *R.G.D.I.P.*, 2012 n°3, p. 554.

[62] Pour plus de détail sur la stratégie du recours au multilatéralisme V. I. REZAGUI, « La judiciarisation de la stratégie palestinienne de reconnaissance d'un Etat de Palestine : l'exemple de la Cour pénale internationale », ThucyBlog n° 12, 20 février 2020, disponible sur https://www.afri-ct.org/2020/thucyblog-n-12-la-judiciarisation-de-la-strategie-palestinienne-de-reconnaissance-dun-etat-de-palestine-lexemple-de-la-cour-penale-internationale/.

[63] G. CAHIN, « L'admission aux organisations internationales », *op. cit.,* p. 541.

[64] N. DE RIVIÈRE, T. GORJESTANI, « La question de la Palestine aux Nations Unies et dans les organisations internationales », *op. cit.,* p. 550.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Prenant acte de cette pratique, la Chambre a confirmé la nature administrative du rôle de dépositaire du Secrétaire général des Nations Unies[65]. Elle en a déduit que « c'est la décision de l'Assemblée générale des Nations Unies qui confère à une entité la capacité d'adhérer au Statut selon les modalités prévues à l'article 125 de cet instrument, et la notification dépositaire par le Secrétaire général de l'ONU donne simplement effet à la décision de l'Assemblée générale »[66]. Mais si les observations formulées par les *Amicus curiae* reconnaissaient en majorité la nature administrative du rôle du Secrétaire général[67], elles étaient partagées quant à l'organe compétent pour apprécier la validité de cette adhésion. En effet, l'article 77§2 de la Convention de Vienne précise que « [l]orsqu'une divergence apparaît entre un Etat et le dépositaire au sujet de l'accomplissement des fonctions de ce dernier, le dépositaire doit porter la question à l'attention des Etats signataires et des Etats contractants ou, le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause ». Certains *Amicus Curiae* considéraient alors que la Cour était tenue de vérifier cette procédure, car elle constitue « l'organe compétent »[68], en se fondant sur l'article 119-1 du Statut de Rome lequel stipule que « [t]out différend relatif aux fonctions judiciaires de la Cour est réglé par décision de la Cour ». Au contraire, d'autres affirmaient qu'une intervention de la Cour reviendrait à empiéter sur le rôle de l'Assemblée des Etats parties[69]. La Procureure a adopté la seconde position en expliquant que rien dans le Statut n'indique que les auteurs ont souhaité confier ce rôle à la Cour. De sorte que les Etats ont donc entendu conserver ce rôle. De plus, elle a reproché l'utilisation erronée de l'article 119 du Statut de Rome, car la procédure d'adhésion ne relève pas des fonctions judiciaires de la Cour[70]. Tranchant entre ces deux positions, la Chambre – à l'unanimité – a reconnu son incompétence pour connaître de la validité de l'adhésion d'un Etat partie. Elle a même estimé qu'« elle outrepasserait les pouvoirs que lui confère le Statut de Rome si elle se prononçait sur la validité de l'adhésion d'un Etat partie donné »[71]. Si elle a considéré que « les articles 12-1, 125-3, et 126-2 du Statut ont pour effet, pris

[65] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », *précité*, § 95.
[66] *Ibid.*, § 97.
[67] V. en sens contraire, CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Amicus Curiae Observations Submitted by The International Federation for Human Rights (FIDH); No Peace Without Justice (NPWJ); Women's Initiatives for Gender Justice (WIGJ) and REDRESS pursuant to Rule 103, 16 mars 2020, p. 9 et s.
[68] V. en ce sens CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Submission Pursuant to Rule 103 (Todd F. Buchwald and Steven J. Rapp), 16 mars 2020, p. 11 et s.
[69] V. en ce sens CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* W. A. Schabas, « Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence », 15 mars 2020, § 10 et s.; Amicus Curiae Observations by Guernica 37 International Justice Chambers and Professor Kevin Jon Heller (pursuant to Rule 103 of the Rules), 15 mars 2020, p. 12 et s.
[70] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Prosecution Response to the Observations of Amici Curiae, Legal Representatives of Victims, and States », *précité,* § 18 et s.
[71] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », *précité*, § 102.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

ensemble, d'entraîner l'entrée en vigueur automatique du Statut à l'égard d'un nouvel Etat partie »[72], elle a réservé le rôle de l'Assemblée des Etats parties. Elle a, ainsi, observé que « la seule manière de contester l'entrée en vigueur automatique du Statut pour un Etat partie qui y adhère passe par le règlement du différend par l'Assemblée des Etats parties, comme prévu à l'article 119-2 du Statut »[73]. A défaut, l'adhésion s'impose à la Cour.

La Chambre a, ensuite, déduit de son absence de compétence en matière d'adhésion une définition fonctionnelle de l'Etat au sens de l'article 12-2-a du Statut de Rome. Elle a, ainsi, expliqué qu'une autre interprétation « permettrait à une chambre de revenir de manière détournée sur le résultat de la procédure d'adhésion parce qu'elle estime qu'une entité ne satisfait pas aux conditions associées à la qualité d'Etat en droit international général »[74]. Mais en opérant ce raisonnement, la Chambre a adopté une approche ambivalente de la place du droit international dans le système établi par le Statut de Rome.

II. UNE APPROCHE AMBIVALENTE DU DROIT INTERNATIONAL COMME SOURCE DU DROIT

Afin de déterminer la portée de sa compétence territoriale en Palestine, la Chambre a choisi d'adopter une définition fonctionnelle de la notion d'Etat, en interprétant strictement l'article 21-1 du Statut de Rome, révélant, ainsi, une approche fragmentée du droit international en sous-système autonome (A). Mais si elle a semblé exclure le droit international de son raisonnement pour limiter les effets de sa décision, c'est en s'appuyant sur les décisions adoptées par les organes des Nations Unies qu'elle est parvenue à établir l'étendue de sa compétence territoriale (B).

A. Une approche fragmentée du droit international

Interrogée sur la compétence territoriale de la Cour en Palestine, la Chambre a accepté d'y répondre, en refusant l'assertion selon laquelle il s'agirait d'une question à « caractère politique plutôt que juridique »[75]. Deux approches lui étaient alors proposées. La première consistait à interpréter la notion d'Etat au sens du droit international général et donc à apprécier si la Palestine est un Etat en droit international[76] – élément d'ailleurs très contesté parmi les participants –, tandis que la seconde approche prônait une définition fonctionnelle de cette

[72] *Ibidem.*
[73] *Ibidem.*
[74] *Ibid.,* § 103.
[75] *Ibid.,* § 53.
[76] V. par exemple CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Observations on the question of jurisdiction pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, R. Badinter et autres, 16 mars 2020, ICC-01/18-97, § 3 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

notion, c'est-à-dire propre au Statut de Rome[77]. A ce titre, la Chambre était incitée à considérer que l'Etat au sens de l'article 12-2-a du Statut de Rome correspond à l'Etat partie. Cette approche fonctionnelle, – qui a d'ailleurs été proposée par la Procureure à titre principal[78] –, comporte l'avantage indéniable d'éviter à la Chambre d'entrer dans la controverse de la qualification d'Etat en droit international de la Palestine et d'empiéter sur la compétence des Etats en matière de reconnaissance[79], et ce, alors que « [l]es conditions d'existence d'un Etat demeurent, quoi qu'en disent les manuels, une matière bien instable, tant chaque cas est toujours affaire d'espèce et tant les qualifications ici plus qu'ailleurs sont gouvernées par un relativisme où les préoccupations politiques prédominent », ainsi que l'explique le Professeur Jean Salmon[80].

Retenant une définition fonctionnelle, la Chambre l'a justifiée en transposant l'interprétation stricte de l'article 21-1 du Statut de Rome portant sur l'application du droit à l'opération d'interprétation, excluant de ce fait le droit international général de cette opération.

Fruit d'un compromis entre le respect du principe *nullum crimen sine lege*[81] et une nécessaire latitude en faveur des juges face à la nature « composite » du droit international pénal[82], cet article prévoit que la Cour applique « [e]n premier lieu le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve » et seulement « [e]n second lieu, selon qu'il convient », « les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés »[83]. Les juges ont, à plusieurs reprises, affirmé que cette disposition consacre une hiérarchie entre le droit propre à la CPI et le droit international[84]. De sorte qu'ils n'appliquent les sources

[77] V. par exemple CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* W. A. Schabas, « Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence », 15 mars 2020, § 3.
[78] CPI, Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 janvier 2020, No. ICC-01/18, § 103 et s.
[79] V. en ce sens A. PELLET, « The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court », *J. Int'l Crim. Just*., n° 8, 2010, p. 984.
[80] J. SALMON, « La proclamation de l'Etat palestinien », *A.F.D.I.*, volume 34, 1988. p. 39.
[81] V. Article 22 du Statut de Rome : « Nullum crimen sine lege 1. Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour. 2. La définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation. 3. Le présent article n'empêche pas qu'un comportement soit qualifié de crime au regard du droit international, indépendamment du présent Statut ».
[82] V. en ce sens M. MCAULIFFE DEGUZMAN, « Article 21 » *in* O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *obervers' notes, article by article*, 2nd edition, 2008, : C. H. Beck Hart Nomos, München Oxford Baden-Baden, p. 702 et s. ; W. A. SCHABAS, *The international criminal court, a commentary on the Rome Statute, op. cit.,* p. 513 et s.
[83] Article 21 du Statut de Rome.
[84] CPI, ch. de première instance II, *Situation en République démocratique du Congo*, affaire le Procureur c. Germain Katanga, jugement du 7 mars 2014, N° : ICC-01/04-01/07, § 40 ; V. également en ce sens A. PELLET, « Nouveau regard sur les sources du droit applicable par la Cour pénale internationale », in P. ACONTI et al. (dirs.), *International Law and the Protection Humanity, Essays in Honor of Flavia Lattanzi, Brill | Nijhoff*, 2017, p. 473 et s. ; V. en sens contraire N. CLARENC BICUDO, « Article 21 » *in* J.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

extérieures que lorsqu' « il existe un vide juridique dans les dispositions du Statut, des Eléments des crimes et du Règlement »[85]. Toutefois, cette interprétation n'a pas empêché la Chambre d'appel d'admettre que « [l]'interprétation des traités, et le Statut de Rome n'échappe pas à la règle, est régie par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, et plus particulièrement par les dispositions des articles 31 et 32 »[86], lesquelles reflètent le droit coutumier en matière d'interprétation, comme l'ont admis de nombreuses juridictions[87]. En conséquence, conformément à la règle d'interprétation codifiée dans l'article 31-1 de cette Convention, les juges interprètent les dispositions du Statut de Rome « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Mais l'article 31-3-c de cette Convention ajoute que lors de cette opération, « [i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte […] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », ouvrant, ainsi, une brèche permettant de recourir au droit international général pour interpréter la *lex specialis*[88]. Néanmoins, afin d'éviter de définir la notion d'Etat selon son sens ordinaire en droit international général, la Chambre a neutralisé cette règle d'interprétation. Elle a, ainsi, affirmé que « le recours à l'article 31-3-c de la Convention de Vienne sur le droit des traités […] ne peut en aucun cas perturber la hiérarchie des sources de droit consacrée par l'article 21 du Statut, par laquelle la Chambre est liée ». Lors de l'interprétation de l'article 12-2-a du Statut, elle s'est alors cantonnée aux seules dispositions pertinentes du Statut à savoir, en plus de la disposition interprétée, des articles 125-3 (adhésion) et 126-2 (entrée en vigueur)[89].

Cette limitation des outils d'interprétation à sa disposition lui permet, alors, de retenir une définition fonctionnelle de la notion d'Etat. En effet, la Chambre s'est d'abord fondée sur le chapeau de l'article 12 du Statut de Rome pour établir que la notion d'Etat renvoyait à celle d'Etat partie[90]. En analysant le contexte de cette disposition, elle a ensuite considéré que son incompétence en matière d'appréciation de la validité de l'adhésion d'un Etat partie l'empêchait de retenir une autre définition de l'Etat, car, retenir une définition en droit international

---

FERNANDEZ, X. PACREAU, M. UBEDA-SAILLARD, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article, précité,* p. 968 et s.

[85] *Ibid.,* § 39 ;

[86] CPI, ch. d'appel, *Situation en République Démocratique du Congo*, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'autorisation d'interjeter appel, 13 juillet 2006, N° : ICC-01/04, § 33.

[87] V. par exemple CIJ, *Différend territorial,* Lybie c. Tchad, arrêt du 3 février 1994, C.I.J. Recueil 1994, p. 21, § 41 ; OMC, *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*, rapport de l'Organe d'appel, 29 avril 1996, WT/DS2/AB/R, pp. 18-19 ; *Methanex Corporation v. United States of America*, sentence arbitrale, UNCITRAL, 2 août 2005, *précitée,* part II, chap. B, p. 7, § 15.

[88] D. ALLAND, « L'interprétation du droit international public », *R.C.A.D.I.,* volume 362, 2013, p. 167 et s.

[89] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, *précité*, § 88.

[90] *Ibid.,* § 93 ; V. la critique de cette interprétation formulée par le juge Péter Kovács' : CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Judge Péter Kovács' Partly Dissenting Opinion, *précité*, § 61.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'obligerait à examiner sa qualité d'Etat et donc à exercer une compétence qui ne lui appartient pas[91]. Enfin, la Chambre s'est attachée à l'objet et au but du Statut, et à ce titre au rôle que lui confère le Statut de Rome : « établir la responsabilité pénale individuelle »[92]. Elle s'est même appuyée sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice du 27 février 2007 dans laquelle cette dernière affirmait ne pas accorder d'importance aux positions adoptées par le TPIY « sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence, et dont la résolution n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises »[93], en se fondant sur son mandat limité à la responsabilité pénale individuelle. La Chambre a repris à son compte cette jurisprudence et en a déduit que « pareille décision [sur la qualité d'Etat] n'est pas nécessaire pour les buts spécifiques de la présente procédure ou l'exercice général du mandat de la Cour »[94].

En retenant cette interprétation, la Chambre s'est écartée de sa précédente décision rendue dans la *Situation en République populaire du Bangladesh / République de l'Union du Myanmar* dans laquelle elle s'était appuyée sur le droit international pour interpréter cette même disposition[95]. Effectivement, elle devait, dans cette espèce, déterminer si le « comportement en cause » visé à l'article 12-2-a du Statut de Rome implique que l'ensemble des éléments du crime commis ait eu lieu sur le territoire de l'Etat partie ou si la seule présence d'un des éléments du crime suffisait. Choisissant la seconde interprétation, les mêmes juges ont justifié leur raisonnement en se fondant sur le contexte de cette disposition, incluant à ce titre les « règles appropriées du droit international »[96]. Ils ont ensuite confirmé leur interprétation en tenant compte de l'objet et du but du Statut de Rome.

Toutefois, la Chambre paraît ici s'aligner sur la jurisprudence des Chambres de première instance I et II. Celles-ci transposent l'article 21-1 – tel qu'il est interprété par la Cour – à l'opération d'interprétation. Ce n'est donc que « lorsque les textes fondateurs ne résolvent pas précisément telle ou telle question »[97]

[91] V. *Supra*

[92] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, *précité,* § 104.

[93] C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 27 février 2007, C.I.J. Recueil 2007, p. 170, § 403.

[94] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, *précité*, §§ 107-108.

[95] CPI, ch. prél. I, Request under regulation 46(3) of the regulations of the Court, Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute", 6 septembre 2018, § 62 et s.

[96] *Ibid.,* § 65 (traduction libre de l'auteure).

[97] CPI, Ch. de première instance II, *Situation en République Démocratique du Congo,* Affaire le Procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, N° : ICC-01/04-01/07, § 47 ; CPI, ch. de première instance III, *Situation en République Centrafricaine*, affaire le Procureur

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

qu'elles recourent au droit international. Cette application des règles d'interprétation issues de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 a été vivement contestée par le juge Kovács. Ce dernier a notamment appelé à distinguer l'application du droit (ou plus précisément l'importation de droit) et l'interprétation, estimant que le principe du « vide juridique » comme condition de recours au droit international ne s'applique pas en matière d'interprétation[98]. De toute manière, en l'absence de définition de la notion d'Etat dans le Statut de Rome, la Chambre aurait pu mobiliser le droit international, conformément à la jurisprudence des Chambres d'instance mentionnée. En réalité, il apparaît surtout que les juges de la majorité ont souhaité éviter de se prononcer sur la qualité d'Etat de la Palestine[99], même si cela ne leur a pas empêché de devoir régler la question des frontières de la Palestine pour déterminer l'étendue de la compétence de la Cour. Dès lors pour parvenir à justifier une définition fonctionnelle de l'Etat, la Chambre a appréhendé le système établi par le Statut de Rome comme un système autonome du droit international. Ce faisant, elle contribue à la fragmentation du droit international en sous-systèmes autonomes voire ici en ilots isolés[100].

Pourtant, dans le même temps, sa décision s'inscrit dans un mouvement plus général au sein du droit international. En effet, face à la stratégie de 'judiciarisation' du conflit israélo-palestinien adoptée par la Palestine[101], la Cour pénale internationale n'est pas le premier organe à avoir été saisi d'une demande de résolution d'un différend par la Palestine. Le 23 avril 2018, la Palestine a également saisi le Comité d'élimination de la discrimination raciale (ci-après le CERD) d'une communication interétatique à l'encontre d'Israël conformément à l'article 11 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, en alléguant plusieurs violations de cette Convention

c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, N° : ICC-01/05-01/08, 72 et 75 et s. ;V. en sens contraire CPI, ch. de première instance V, *Situation in The Republic of Kenya,* in the case of the Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Mr Ruto's Request for Excusai from Continuous Presence at Trial, 13 juin 2013, No.: ICC-01/09-01/11, § 100 et s.

[98] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Judge Péter Kovács' Partly Dissenting Opinion, *précité*, § 112 et s.

[99] V. en ce sens CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, N°ICC-01/18, § 107.

[100] Sur le phénomène de fragmentation du droit international bien connu des internationalistes V. notamment CDI, « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, 13 avril 2006, A/CN.4/L.682, p. 171 et s. (publié dans l'Annuaire de la C.D.I, 2006, vol. II, A/CN.4/L.682, p. 186 et s) ; P.-M. DUPUY, « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice », *NYU J Intl L & Politics,* vol. 31, Issue 4, 1998-99, pp. 791-808 ; J. PAUWELYN, « Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands », *Mich. J. I Int'l.,* vol. 25, Issue 4, 2004, pp. 903-916 ; G. HAFNER, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law », *Mich. J. I Int'l.,* vol. 25, Issue 4, 2003-2004, pp. 849-864 ; ou encore R. DEPLANO, « Fragmentation and Constitutionalisation of International Law : A Theoretical Inquiry », *Eur. J. Legal Stud*., vol. 6, Issue 1, 2013, pp. 85-114.

[101] I. REZAGUI, « La judiciarisation de la stratégie palestinienne de reconnaissance d'un Etat de Palestine : l'exemple de la Cour pénale internationale », *op. cit.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

par Israël sur les territoires occupés en tant que puissance occupante. Cet organe quasi-juridictionnel a donc dû apprécier sa compétence pour connaître cette communication. Occultant la qualité d'Etat de la Palestine en droit international, il s'est contenté de retenir sa qualité d'Etat partie en affirmant que cette dernière remplissait les conditions fixées aux articles 17 et 18 de la Convention dont il est le gardien. Il parvient à cette conclusion en se fondant sur la résolution 67/19 de l'Assemblée générale des Nations Unies ainsi que sur son adhésion à l'UNESCO[102]. De manière plus générale, l'admission aux organisations internationales montre que la notion d'Etat comporte un caractère fonctionnel en droit international. Ainsi, par exemple, dès l'origine des Nations Unies, les Philippines, l'Inde, l'Ukraine et la Biélorussie ont été considérés comme membre fondateur conformément à l'article 3 de la Charte des Nations Unies alors qu'ils n'étaient pas encore des Etats au sens du droit international général[103]. Cette interprétation souple de la notion d'Etat a été maintenue pendant la décolonisation puisque la plupart des anciennes colonies ont été admises au sein des Nations Unies avant même d'être des Etats[104]. Cette notion conserve depuis ce caractère comme en témoigne l'admission du Saint-Siège dans plusieurs organisations internationales[105]. Ainsi, pour reprendre les termes du Professeur Mathias Forteau, « le droit international contemporain dessine l'Etat sous la forme d'une figure à géométrie variable, dont le tracé des contours dépend de la matière impliquée »[106]. Par conséquent, la Chambre aurait pu parvenir à la même conclusion sans exclure le droit international de son raisonnement, puisque ce dernier en matière d'admission aux organisations internationales attribue une définition fonctionnelle à la notion d'Etat.

Cependant, en excluant le droit international au titre de l'article 21-1 du Statut de Rome, la Chambre souhaitait, avant tout, limiter les effets de sa décision en droit international. Ainsi, elle a indiqué à deux reprises « [p]our éviter tout malentendu […] que ces conclusions ne préjugent en rien de toute question de droit international découlant des événements qui s'inscrivent dans le cadre de la Situation en Palestine mais qui ne relèvent pas de la compétence de la Cour »[107]. Pourtant, après avoir conclu à la qualité d'Etat partie de la Palestine, elle n'a pas

[102] CERD, Inter-State communication submitted by the State of Palestine against Israel, 12 décembre 2019, CERD/C/100/5, § 3.9; Pour un commentaire de cette décision V. Jan EIKEN, « Breaking New Ground? The CERD Committee's Decision On Jurisdiction In The Inter-State Communications Procedure Between Palestine And Israel », 29 janvier 2020, *EJIL TALK*, disponible sur https://www.ejiltalk.org/breaking-new-ground-the-cerd-committees-decision-on-jurisdiction-in-the-inter-state-communications-procedure-between-palestine-and-israel/

[103] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* W. A. Schabas, « Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence », § 5.

[104] J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.,* vol. 334, 2002, p. 45.

[105] S. CUENDET, « La qualité de membre : acquisition, évolution, perte », *op. cit.*, p. 296

[106] M. FORTEAU, « L'Etat selon le droit international: une figure à géométrie variable? », *R.G.D.I.P*. 2007, p. 768.

[107] CPI, Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 janvier 2020, No. ICC-01/18, § 113.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

pu se priver de cette source du droit pour déterminer l'étendue de sa compétence territoriale, révélant les limites de sa conception des rapports entre le système établi par le Statut de Rome et le droit international.

B. Une décision fondée sur le droit international, révélant l'ancrage international de la Cour

La reconnaissance de la Palestine en tant qu'Etat partie à la CPI oblige la Chambre à identifier ensuite le territoire palestinien afin de déduire l'étendue de sa compétence territoriale, et ce alors, que les frontières entre la Palestine et Israël sont disputées en droit international[108]. Plusieurs participants à la procédure invoquaient cette difficulté comme obstacle à l'exercice de la compétence de la Cour[109], affirmant que la Chambre excèderait son mandat. Mais, la Chambre a rappelé que « le fait que des frontières fassent l'objet d'un différend n'a jamais empêché un Etat de devenir partie au Statut »[110]. Surtout, si elle a confirmé ne pas être compétente pour trancher un différend territorial, elle a reconnu, comme toute juridiction, qu'il lui appartient de déterminer sa compétence territoriale[111]. Contrecarrant d'éventuelles critiques, elle a tout de même précisé qu'elle ne répondait à cette question qu'aux fins de déterminer sa compétence. Si bien que la détermination de sa compétence « n'implique aucune détermination sur les litiges frontaliers entre la Palestine et Israël »[112]. C'est à ce titre d'ailleurs qu'elle a écarté l'application du principe de l'Or monétaire invoqué par des participants à l'égard d'Israël[113]. Cependant, même au titre uniquement de sa compétence, la Chambre devait quand même évaluer l'étendue du territoire Palestinien pour fixer les paramètres de l'enquête du Procureur. Si elle a repris ici aussi une définition fonctionnelle du territoire de la Palestine pour en limiter les effets en droit

[108] V. par exemple Y. AL-KHUDAYRI, « Procedural Haze: The ICC's Jurisdiction over the Situation in Palestine », *Pal. Y.B. Int'l L.,* vol. 20, 2017, p. 133 et s. ou S. A.E. HOGESTOL, « Palestinian Membership of the ICC: A Preliminary Analysis », *Nordic J. Hum. Rts.*, vol. 33, 2015, p. 201 et s.

[109] V. par exemple CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Professor Malcolm N Shaw QC, Submission of Observations to the Pre-Trial Chamber Pursuant to Rule 103, 16 mars 2020, §42.

[110] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, §115.

[111] V. en ce sens CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* W. A. Schabas, « Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence », 15 mars 2020, § 27.

[112] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021, § 60.

[113] Ce principe a été consacré par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943*. La Cour a, ainsi, déclaré ne pas pouvoir statuer sans le consentement de l'Etat tiers lorsque ses intérêts juridiques « seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision » (C.I.J., *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943* (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 15 juin 1954 (question préliminaire), C.I.J. Recueil 1954, p. 32). Sur ce principe V. par exemple E. JOUANNET, « L'impossible protection des droits du tiers par la Cour internationale de Justice dans les affaires de délimitation maritime », *in* La mer et son droit, Mélanges offerts à L. Luchini et J. P Quéneudec, Paris, Pedone, 2003, p. 321.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

international, cette fois-ci, elle a dû se tourner vers le droit international et n'a pas hésité à s'appuyer sur la *soft law*.

Liant la qualité d'Etat partie à la notion de territoire, la Chambre s'est fondée sur des résolutions de l'AGNU et du Conseil de sécurité. Elle a justifié ce recours en s'appuyant sur la procédure d'adhésion. Par un système de renvoi, elle a retenu d'abord l'importance de la résolution 67/19 de l'AGNU, puis les résolutions auxquelles ce texte renvoie, qu'elles aient été adoptées par l'Assemblée ou le Conseil de sécurité. Ainsi, elle s'est dispensée de déterminer elle-même les frontières de la Palestine et a fait le choix de « sous-traiter »[114] cette question en retenant le fondement sur lequel le Secrétaire général s'est déterminé pour accepter les instruments d'adhésion. Elle en a conclu que sa compétence s'étend aux territoires occupés par Israël depuis 1967, à savoir Gaza et la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est[115], suivant donc l'interprétation du Procureur[116].

Et comme le Statut le requiert, elle a confirmé cette interprétation en la confrontant au droit international des droits de l'homme. En effet, en raison des liens inhérents entre les droits de l'homme et le droit international pénal et des potentiels conflits entre eux dans le cadre du procès pénal[117], les auteurs du Statut ont introduit à l'article 21-3 du Statut de Rome une règle d'interprétation, obligeant la Cour à appliquer et interpréter les sources de l'article 21-1 de ce même Statut de manière compatible avec le droit international des droits de l'homme. Autrement dit, sans imposer une suprématie des droits de l'homme, l'article 21-3 du Statut garantit leur respect en s'inspirant de la technique d'« interprétation conforme »[118]. Explicitant cette disposition, la Chambre d'appel a confirmé l'importance de cette règle d'interprétation en affirmant que « [l]es droits de l'homme sous-tendent le Statut dans tous ses aspects, notamment celui de l'exercice de la compétence de la Cour. Les dispositions du Statut doivent être interprétées, et surtout appliquées, en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus […] »[119]. Et c'est dans ce sens que la Chambre a recouru au droit à l'autodétermination pour confirmer sa compétence territoriale. Ce dernier n'ayant pas encore été identifié par la Cour en tant que droit de l'homme, elle a d'abord, sans surprise, reconnu cette qualité en se fondant sur différents instruments internationaux (la Charte des Nations Unies, le Pacte

[114] Expression reprise de l'opinion partiellement dissidente du juge Kovács' *précitée,* p. 68.
[115] CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* « Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine », 5 février 2021 § 118.
[116] CPI, Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 janvier 2020, No. ICC-01/18, § 3.
[117] V. en ce sens W. A. SCHABAS, *The international criminal court, a commentary on the Rome Statute, op. cit.,* p. 530.
[118] N. CLARENC BICUDO, « Article 21 », *op. cit.,* p. 973.
[119] CPI, Chambre d'appel, *Situation en République Démocratique du Congo,* Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 14 décembre 2006, ICC-01/04-01/06-772- tFRA, § 37.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

international relatif aux droits civils et politiques et la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies) ainsi que sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et du Comité des droits de l'homme. En effet, le droit à l'autodétermination, énoncé dans la Charte des Nations Unies a été repris dans l'article 1er commun aux deux Pactes[120]. Le Comité des droits de l'homme l'érige même au rang de premier droit puisque, selon lui, sa réalisation est « une condition essentielle de la garantie et du respect effectif des droits individuels de l'homme »[121]. Plus récemment, la Cour internationale de Justice a également reconnu que le droit à l'autodétermination « en tant que droit humain fondamental, a un champ d'application étendu »[122]. C'est donc en se fondant sur ces assertions que la Chambre poursuit son raisonnement en observant que différentes instances internationales ont reconnu l'application de ce droit au peuple palestinien. Elle s'est, ainsi, fondée sur l'avis rendu par la Cour internationale de Justice en 2004[123], lequel reconnaît le droit à l'autodétermination des Palestiniens, sans pour autant confirmer leurs droits sur le territoire occupé. Par cette référence, la Chambre montre l'importance accordée aux avis de la Cour en droit international malgré leur absence de force obligatoire[124]. La Chambre a, ensuite, renforcé son raisonnement en se référant également à des résolutions de l'AGNU et du Conseil de sécurité, sans pour autant prendre le soin d'en examiner la valeur juridique[125], alors que rappelons-le, ce n'est que « dans certaines circonstances » que la Cour internationale de Justice reconnaît que les résolutions de l'AGNU – dépourvues de force obligatoire – peuvent avoir une valeur normative[126].

Ainsi, la Chambre a éludé la question des effectivités depuis 1967, préférant retenir le *statu quo* qui transparaît dans les décisions adoptées par les organes des Nations Unies. Autrement dit, sur cette question controversée de l'identification des frontières israélo-palestiniennes, la Chambre a choisi, une nouvelle fois, de se

[120] Article 1er commun au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407 et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, p. 3.

[121] Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 12 : Article premier (Droit à l'autodétermination), 1984, § 1 ; v. dans ce sens : M. N. SHAW, « Peoples, Territorialism and Boundaries », *EJIL*, 1997, p. 484.

[122] CIJ, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965,* avis consultatif, 25 février 2019, § 144.

[123] CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Rec. 2004*, § 118 ; R. RIVIER, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Cour internationale de Justice, avis consultatif du 9 juillet 2004 », *A.F.D.I.*, 2004, pp. 292-336.

[124] V. en ce sens CIJ, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965,* avis consultatif, 25 février 2019, *précité,* § 81.

[125] V. en ce sens CPI, ch. prél. I, *Situation dans l'Etat de Palestine,* Judge Péter Kovács' Partly Dissenting Opinion, *op. cit.,* § 270.

[126] CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec. 1996*, pp. 254-255, § 70. Cette règle a été reprise dans le projet de conclusions sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs de la Commission du droit international, 2018, doc. A/73/10 : Conclusion 12, Résolutions d'organisations internationales et de conférences intergouvernementales.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

montrer prudente en se fondant sur l'énoncé d'autres organes internationaux, que ce soit par le biais de l'article 21-3 du Statut de Rome que par un renvoi à la procédure d'adhésion. Par cette technique, la Chambre a montré que la CPI entretient un dialogue avec les autres organes internationaux au sein du droit international. En conséquence, malgré un énoncé de principe excluant le droit international, la Chambre paraît plutôt distinguer les effets de ses conclusions en droit international – effets limités au système établi par le Statut de Rome – de la place du droit international comme source du droit dans son raisonnement.

CONCLUSION

Si la Chambre s'est montrée, dans une certaine mesure, téméraire et n'a pas reculé face à cette situation épineuse pour déterminer sa compétence en application du principe dit de *la compétence de la compétence*, en nouant un dialogue avec la Procureure en vertu de l'article 19-3 du Statut de Rome, son raisonnement interroge quant à son utilisation du droit international comme source du droit. La Chambre a surtout joué la prudence, car comme le mentionnaient certains participants, par cette décision, la CPI mettait en jeu sa légitimité[127], déjà fréquemment remise en question. La Cour a donc cherché à tout prix à limiter les effets de sa décision au système établi par le Statut de Rome. Mais ce souhait compréhensible est illusoire[128]. Sa décision participera certainement au développement du droit international, car elle représentera quand même un argument de plus en faveur des droits de la Palestine. Surtout, en adoptant cette démarche prudente, la Chambre n'a fait que reporter certaines difficultés au stade suivant de la procédure, sans apporter de réponse ferme. Elle a, ainsi, laissé une question importante en suspens : les Accords d'Oslo. Certains participants y voyaient un obstacle à sa compétence en vertu de la règle *nemo dat quod non habet*[129] puisque la Palestine ne possède pas de compétence pénale pour connaître des infractions commises par des Israéliens en Cisjordanie ni de compétence pour connaître des crimes commis dans la zone C[130]. Mais la Chambre s'est appuyée sur la jurisprudence de la Chambre d'appel[131] pour renvoyer l'analyse de cette question à plus tard. Plus précisément, elle a affirmé que cette question n'a pas à être résolue dans le cadre d'une ouverture d'enquête.

[127] V. par exemple Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine,* Observations with respect to the Situation in the State of Palestine on behalf of the European Center for Law and Justice, 13 mars 2020, p. 11.
[128] Y. RONEN, « ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip », *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 8, 2010, p. 24.
[129] V. par exemple, Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine*, Ambassador Dennis Ross, Amicus Curiae Observations on Issues Raised by the "Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine", 16 mars 2020, § 9 et s.
[130] V. l'Article 1er de l'Annexe IV de l'Accord intérimaire israélo-palestinien relatif à la Cisjordanie et à la bande de Gaza (Oslo II), conclu le 28 septembre 1995 disponible sur : https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/eed216406b50bf6485256ce10072f637/bb2b59417609ec9485256f1800663122?OpenDocument.
[131] CPI, ch. d'appel, *Situation en Afghanistan,* Judgment on the appeal against the decision on the autho risation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 5 mars 2020, § 44.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Il appartiendra aux « Etats concernés [de la soulever] sur la base de l'article 19 du Statut »[132]. Une chose est donc certaine : la Procureure n'a pas réussi à obtenir une réponse qui lui permettrait définitivement de mener ses enquêtes en toute quiétude…

RÉSUMÉ

La décision rendue par la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale le 5 février dernier nous livre de riches enseignements. Elle tranche ainsi l'épineuse question de la compétence territoriale de la Cour en Palestine, confirmant d'une part, la qualité d'Etat partie de la Palestine au sens de l'article 12-2-a du Statut de Rome et d'autre part, que la compétence de la Cour s'étend aux territoires occupés par Israël depuis 1967. Mais elle ne se limite pas à ces deux conclusions puisque les juges ont saisi cette occasion pour préciser leur rôle au sein du système établi par le Statut de Rome tant au regard de leur relation avec le Procureur à travers l'application du mécanisme de l'article 19-3 du Statut de Rome, que s'agissant de la procédure d'adhésion au Statut. Mais souhaitant limiter les effets de leur décision au système établi par le Statut de Rome, ils ont eu beaucoup de mal à appréhender le droit international comme source du droit. L'excluant pour retenir une définition fonctionnelle de l'Etat, ils n'ont pu s'empêcher de s'appuyer dessus ensuite pour identifier le territoire palestinien afin de déterminer l'étendue de la compétence territoriale de la Cour.

ABSTRACT

The decision rendered by the first Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court on the 5th February provides us with rich lessons. It decides hence to resolve the thorny question of the territorial jurisdiction of the Court in Palestine, confirming on the one hand, the status of the State Party of Palestine in the context of Article 12-2-a of the Rome Status and on the other hand, that of the territorial jurisdiction of the Court which extends to the territories occupied by Israel since 1967. But it does not limit its input to just these two conclusions since the judges took this opportunity to clarify their role within the system established by the Status of Rome both with regard to their relationship with the Prosecutor through the application of the mechanism of Article 19-3 of the Rome Statute, and with regard to the procedure for accession to the Statute. But aiming to limit the effects of their decision for the system established by the Rome Statute, they had great difficulty in understanding international law as a source of law. Excluding it in order to retain a functional definition of the state, they could not help relying on it later to identify the Palestinian territory in order to infer the extent of the court's territorial jurisdiction.

[132] CPI, Ch. prél. I, *Situation in the State of Palestine,* Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, 22 janvier 2020, No. ICC-01/18, § 129.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

RESUMEN

La decisión tomada por la Sala de cuestiones preliminares I de la Corte penal internacional el pasado 5 de febrero nos deja grandes enseñanzas. Ella resuelve la cuestión delicada de la competencia territorial de la Corte en Palestina, confirmando por un lado, la calidad de Estado parte de Palestina con arreglo al artículo 12-2-a del Estatuto de Roma, y por otro lado, que la competencia de la Corte se extiende a los territorios ocupados por Israel desde 1967. Cabe resaltar que la decisión no se limita a estas dos conclusiones, puesto que los jueces han aprovechado la ocasión para precisar su rol en el sistema establecido por el Estatuto de Roma, tanto frente a su relación con el Fiscal a través de la aplicación del mecanismo del artículo 19-3, como en lo que respecta al procedimiento de adhesión al Estatuto. Sin embargo, deseando limitar los efectos de su decisión al sistema establecido por el Estatuto de Roma, ellos han tenido muchas dificultades en la comprensión del derecho internacional como fuente del derecho. En efecto, lo han excluido para retener una definición funcional de Estado, para luego apoyarse en él para identificar al territorio palestino con el fin de inferir el alcance de la competencia territorial de la Corte.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Thibaut FLEURY GRAFF

Avec les notes de

Florian AUMOND, Louis BALMOND, Alexis BOUILLO, Meritxell CASTAÑO, Caroline CHAUX, Raphaël COSTA, Sandrine DE SENA, Auriane DIROU, Daphné DREYSSE, Andréa FEUILLATRE, Géraldine GIRAUDEAU, May JANSEM, Emilie LENAIN, Raphaël MAUREL, Valère NDIOR, Claire-Elise PÉRON, Florence POIRAT, Alexandra VOLOU

SOMMAIRE

ARABIE SAOUDITE – QATAR : Reprise des relations diplomatiques et ouverture des frontières (n°2021/2.19, M.C.) ; ARMENIE – AZERBAIDJIAN : Haut-Karabagh, vers la fin du statu quo ? (n°2021/2.20, M.J.) ; AUSTRALIE : Poursuites pour crimes de guerre commis en Afghanistan par des soldats australiens (n°2021/2.21, C.-E.P.) ; BIRMANIE/MYANMAR : Coup d'Etat et droit international (n°2021/2.22, C.C.) ; ETATS INSULAIRES DU PACIFIQUE : Retraits en chaîne des Etats micronésiens du Forum des îles du Pacifique : le signe d'une crise régionale ? (n°2021/2.23, G.G.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE : Suspension des comptes de réseaux sociaux du président Donald Trump à la suite de l'assaut du Capitole (n°2021/2.24, V.N.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE – AFGHANISTAN : Retraits de troupes (n°2021/2.25, A.B.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE – CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (ONU) : Décision des Etats-Unis de « renouer » avec le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (n°2021/2.26, F.A.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE – RUSSIE : Ciel fermé pour le vol Washington-Moscou (n°2021/2.27, R.C.) ; FRANCE – NATIONS UNIES : La France s'exprime devant la Quatrième Commission des Nations Unies sur la Polynésie Française : une vraie fausse actualité (n°2021/2.28, F.P.) ; FRANCE – REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO : Arrestation de Roger Lumbala (n°2021/2.29, S.d.S.) ; GRECE – TURQUIE : Discussions relatives à l'exploitation des hydrocarbures en Méditerranée orientale (n°2021/2.30, G.G.) ; OMS – CHINE : Enquête de l'OMS en Chine sur les débuts de la pandémie de Covid-19 (n°2021/2.31, R.M.) ; REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : remise de Mahamat Saïd à la Cour pénale internationale (n°2021/2.32, A.F.) ; ROYAUME-UNI : Refus d'extrader Julian Assange (n°2021/2.33, A.D.) ; ROYAUME-UNI – UNION EUROPEENNE : Londres refuse le statut d'ambassadeur au chef de la Délégation européenne après des mois de négociations (n°2021/2.34, D.D.) ; TRAITE SUR L'INTERDICTION DES ARMES NUCLEAIRES : Entrée en vigueur (n°2021/2.35, L.B.) ; UNION EUROPEENNE / AGENCE EUROPEENNE DE GARDE-FRONTIERES ET DE GARDE-COTES (FRONTEX) : Les activités de Frontex en mer Egée placées sous haute surveillance (n°2021/2.36, E.L.) ; UNION EUROPEENNE – RUSSIE : Première mise en œuvre du régime mondial de sanctions de l'UE en matière de droits de l'homme (n°2021/2.37, A.V.)

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

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

ARABIE SAOUDITE - QATAR

Rétablissement des relations diplomatiques et ouverture des frontières

2021/2.19 – Après plus de trois ans d'inimitié et de relations diplomatiques complexes entre divers pays du Golfe, la situation semble avoir pris un nouveau tournant en ce début d'année 2021 à la suite de l'annonce d'une réouverture des frontières entre l'Arabie Saoudite et le Qatar. Les deux pays sont arrivés à un accord le 4 janvier, mettant fin à la crise qui les oppose depuis 2017, ainsi qu'aux mesures qui avaient été adoptées à l'encontre du Qatar.

La nouvelle a été communiquée peu avant le sommet du Conseil de coopération du Golfe (CCG) par le ministre des Affaires étrangères koweitien lors d'une allocution télévisée, dans laquelle celui-ci a informé de la réouverture « de l'espace aérien ainsi que des frontières terrestres et maritimes entre l'Arabie Saoudite et le Qatar à compter de ce soir » (« L'Arabie saoudite met fin au blocus contre le Qatar », *Le Monde*, 5 janvier 2021).

Quelques jours plus tard, le 11 janvier 2021, une lettre a été envoyée au Président du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de l'Arabie saoudite, dans laquelle il confirmait à son tour la reprise des relations avec le Qatar. Annexée à cette lettre figure l'annonce officielle des autorités saoudiennes, où l'on peut lire la décision du Gouvernement de rouvrir « l'espace aérien et les frontières maritimes et terrestres entre le Royaume et le Qatar » ainsi que « le rétablissement des relations diplomatiques et la réouverture de son ambassade et de ses bureaux à Doha et l'adoption de toutes les mesures nécessaires à cette fin » (Document S/2021/31 du 12 janvier 2021).

Cette annonce a également été l'occasion pour l'Arabie saoudite de remercier le Koweït et le Gouvernement étatsunien ; le premier pour son rôle de bons offices pendant cette crise, et le second pour les efforts déployés afin de rétablir les relations entre les Etats du Golfe. En effet, le président sortant, Donald Trump, et son équipe, auraient joué un rôle essentiel dans cette affaire. Un de ses *senior presidential adviser*, Jared Kushner, se serait réuni en 2020 avec des leaders saoudiens et par la suite avec des leaders qataris, afin d'aborder, notamment, la question des vols commerciaux en provenance et à destination du Qatar. Ce dernier, en raison des mesures adoptées par ses pays voisins en 2017, et dans le but d'éviter un isolement complet, avait négocié avec l'Iran la possibilité d'emprunter son espace aérien, en échange du versement d'une somme s'élevant à une centaine de millions de dollars par an. Afin de priver le gouvernement d'Hassan Rouhani de cette ressource financière, les réunions avec les autorités saoudiennes et qataries avaient pour objet d'inciter à faire passer les vols susmentionnés dans l'espace aérien saoudien (« U.S. Hopes a Small Step in Easing a Mideast Rivalry Could Further Rattle Iran's Economy », *The New York Times*, 6 janvier 2021).

La reprise des relations entre les pays du Golfe a été accueillie favorablement par le Secrétaire général des Nations Unies qui s'est félicité de la déclaration d'Al Ula « visant à renforcer la sécurité, la paix, la stabilité et la prospérité régionales » (SG/SM/20524 du 5 janvier 2021), ainsi que par plusieurs Etats tels que la Chine, l'Inde, l'Allemagne, l'Espagne ou la France. Ce dernier, par exemple, a salué la nouvelle ainsi que « la médiation de l'Etat du Koweït, le rôle des Etats-Unis et les efforts de tous les pays qui ont permis d'aboutir à ce résultat » (*https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/afrique-du-nord-moyen-orient/evenements/article/reprise-des-relations-diplomatiques-entre-les-etats-membres-du-conseil-de*).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Origine du conflit. La « Crise du Golfe de 2017 », telle qu'elle a été baptisée, remonte en réalité à 2013 lorsque l'Arabie saoudite, le Bahreïn, le Koweït, l'Oman, le Qatar et les Emirats arabes unis ont signé le premier « accord de Riyad ». En vertu de celui-ci les Etats se sont engagés, notamment, à ne pas apporter assistance à des groupes terroristes. Ainsi, le texte prévoit que les Etats ont l'obligation de ne pas fournir un soutien « to the Muslim Brotherhood or any of the organizations, groups or individuals that threaten the security and stability of the Council states through direct security work or through political influence » (*https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/55378/Part/I-55378-0800000280527ea2.pdf*).

Or, en 2017, l'Arabie Saoudite, les Emirats arabes Unis, l'Egypte et le Bahreïn, estimant que le Qatar ne respectait pas ses engagements, ont mis en œuvre la clause prévue dans le Mécanisme d'application de l'accord de Riyad selon laquelle « [i]f any country of the GCC Countries failed to comply with this mechanism, the other GCC Countries shall have the right to take any appropriate action to protect their security and stability ». Ils ont alors annoncé une rupture des relations diplomatiques et commerciales avec leur Etat voisin (*https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/55378/A-55378-0800 000280527eaf.pdf*).

Les quatre Etats affirmaient que le Qatar soutenait de diverses manières certains groupes terroristes tels qu'Al-Qaida, l'Etat islamique, ou encore les Frères musulmans. Ils dénonçaient également le refus du Qatar de censurer la chaîne d'informations *Al Jazeera*, accusée de propagande au profit des groupes en question et d'inciter à la violence dans l'ensemble de la région – selon les termes du ministre des Affaires étrangères saoudien (*https://www.saudiembassy.net/news/saudi-foreign-minister-demands-qatar-stop-funding-terrorism-are-non-negotiable*). Un comportement en contradiction apparente avec le premier point du Mécanisme d'application de l'accord de Riyad, prévoyant clairement que les Etats parties doivent s'engager à ce que « any media owned or supported by any GCC country should not discuss any disrespectful subjects to any GCC Country, directly or indirectly ».

L'Egypte avançait, par exemple, dans une lettre adressée au Président du Conseil de sécurité le 3 août 2017 qu'« [i]l est de notoriété publique que le Qatar appuie le terrorisme en Syrie, en Iraq, en Lybie et dans d'autres pays, comme l'indiquent les rapports présentés au Conseil de sécurité par les groupes d'experts […] le Qatar a failli à ses obligations internationales en matière de lutte contre le terrorisme » (Document S/2017/670 du 7 août 2017). De même, dans la déclaration du 5 juin 2017 publiée par les Emirats arabes unis il était précisé qu'ils adoptaient ces mesures radicales, entre autres, « au vu du soutien, du financement et de l'accueil que le Qatar persiste à offrir à des groupes terroristes, principalement les Frères musulmans, et de sa constance à promouvoir les idéologies de Daesh et d'Al-Qaida par ses médias directs et indirects » (*http://www.wam.ae/en/details/1395302617576*).

Parmi les mesures adoptées par l'Arabie saoudite et ses alliés, le retrait de leur personnel diplomatique à Doha et la fermeture de leurs espaces terrestres, aériens et maritimes pour tout moyen de transport en provenance ou à destination du Qatar, étaient les principales. Par ailleurs, les ressortissants qataris se sont vu interdire le droit d'entrer ou de circuler sur le territoire des Etats voisins, et ceux qui vivaient dans ces Etats avaient été contraints de rentrer au Qatar.

Au vu de la nature et des effets de ces mesures, celles-ci ont fait l'objet de divers recours sur le plan international.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Les procédures liées à la crise de 2017. D'une part, cette affaire a donné lieu à trois procédures devant la Cour internationale de Justice, toutes introduites en 2018, un an après l'application des mesures à l'encontre du Qatar.

Deux de ces requêtes avaient été introduites conjointement par l'Arabie saoudite, le Bahreïn, l'Egypte et les Emirats arabes unis, à l'encontre d'une décision prise par l'Organisation mondiale de l'aviation civile (OACI), le 29 juin 2018 (v. cette *Revue* : Chronique de jurisprudence internationale, nº2020/3-4, pp. 662-666, P-F. Laval).

Néanmoins, quelques jours avant, le 11 juin 2018, une première instance avait été introduite par le Qatar à l'encontre des Emirats arabes unis pour ce qu'il considérait être une violation « délibérée et flagrante » de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR). La Cour, après avoir entendu les représentants des deux Etats sur les exceptions préliminaires soulevées par les Emirats arabes unis, a récemment rendu sa décision, le 4 février 2021, ne s'estimant pas compétente pour connaître des demandes formulées par le Qatar. Si les Emirats arabes unis avaient soulevé trois exceptions préliminaires, c'est uniquement la première qui a été examinée par les juges et qui a été retenue : la Cour a estimé que les faits allégués par le Qatar ne relevaient pas du champ d'application *ratione materiae* de la CIEDR « dès lors que les mesures dont il tire grief n'opèrent pas, par leur but ou par leur effet, une discrimination raciale au sens du paragraphe 1 de l'article premier de la convention » (*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale* (Qatar c. Emirats arabes unis), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ 4 février 2021, §113).

Cette solution n'a néanmoins pas été prise à l'unanimité, et trois opinions dissidentes ont été présentées par les juges Bhandari, Robinson et Sebutinde. Les deux premiers ont exprimé leur désaccord avec la distinction opérée par la Cour, qui lui a permis de tenir le raisonnement susmentionné, entre le concept de nationaux et l'expression « national origin » employée par l'article 1§1 de la CIEDR. Pour sa part, le juge Julia Sebutinde a considéré que la Cour n'aurait pas dû retenir la première exception préliminaire soulevée par les Emirats arabes unis en ce que celle-ci ne présentait pas un aspect exclusivement préliminaire et qu'elle aurait dû être abordée lors de l'examen au fond de l'affaire.

D'autre part, l'Organe de règlement des différends de l'OMC avait également été saisi par le Qatar estimant que certaines mesures adoptées par l'Arabie saoudite, le Bahreïn et les Emirats arabes unis violaient les principales dispositions des accords relatifs au commerce des marchandises (GATT de 1994), au commerce des services (AGCS) et aux droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC). La procédure à l'encontre des Emirats arabes unis a été suspendue à la demande du Qatar le 18 janvier 2021 (Document WT/DS526/6). Cependant, la procédure à l'encontre de l'Arabie saoudite a donné lieu à un rapport d'un Groupe spécial communiqué le 16 juin 2020. Ce dernier avait considéré que les mesures en cause étaient « incompatibles avec l'Accord sur les ADPIC » dans la mesure où elles avaient eu pour effet d'annuler ou de compromettre « des avantages résultant pour le Qatar de cet accord » (Document WT/DS567/R). Cette décision a fait l'objet d'un appel de la part du gouvernement saoudien le 28 juillet 2020, qui n'a pas encore été traitée notamment en raison de l'indisponibilité temporaire de l'Organe d'appel de l'OMC (v. cette « Chronique » n° 2018/3.59, 2019/2.40 et 2020/3-4.53).

Avec la reprise des relations entre l'Arabie saoudite et le Qatar un bilan peut être fait des mesures adoptées en 2017 à l'encontre de ce dernier. Treize conditions avaient été

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

posées pour mettre fin auxdites mesures. Parmi celles-ci, on exigeait au Qatar la fermeture de la chaîne *Al Jazeera*, la rupture de toute coopération militaire avec la Turquie ainsi que des liens avec l'Iran incompatibles avec les sanctions étatsuniennes et internationales en vigueur contre celui-ci. Il est intéressant d'observer que les relations se sont rétablies alors même qu'aucun élément ne semble indiquer un alignement du Qatar avec les exigences des Etats à l'origine de la rupture diplomatique et économique.

M.C.

ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN

Haut-Karabakh : vers la fin du *statu quo ?*

2021/2.20 – L'accord tripartite de cessez-le-feu signé le 10 novembre 2020 par l'Arménie, l'Azerbaïdjan et la Russie met un terme à la reprise des hostilités engagées au sein du Haut-Karabakh depuis le 27 septembre 2020. Peuplé à majorité d'Arméniens mais rattaché au territoire de l'Azerbaïdjan depuis 1921 par Staline, le Haut-Karabakh ou auto-proclamé « Artsakh » avait déclaré son indépendance en 1992, entraînant des affrontements entre l'Azerbaïdjan et l'armée arménienne venu lui apporter son soutien. Conflit « gelé » depuis 1994 et le premier cessez-le-feu, un *statu quo* précaire – déjà ébranlé en 2015 par plusieurs affrontements – persistait difficilement. Durant cette période, les efforts diplomatiques de l'OSCE, en particulier du groupe de Minsk constitué par la France, les Etats-Unis et la Russie ont échoué. A ce titre, le projet de « Principes Fondamentaux » (*Basic Principles*) proposé en 2007 et voué au retour du Haut-Karabakh au sein des frontières de l'Azerbaïdjan ainsi qu'à la détermination d'un statut autonome par référendum n'a jamais été ratifié par les parties (*ejiltalk.org/at-daggers-drawn-international-legal-issues-surrounding-the-conflict-in-and-around-nagorno-karabakh/*). Le nouvel accord, conclu sous l'égide exclusif de Moscou, consacre les avancées militaires de l'Azerbaïdjan, qui reconquiert les territoires acquis par le Haut-Karabakh depuis 30 ans, tout en concédant pour cinq ans un accès direct entre le Haut-Karabakh et l'Arménie par le corridor de Latchin – voie d'accès montagneux – qui permet la libre circulation entre les deux territoires. La présence russe sur le territoire litigieux, par l'intermédiaire de ses forces militaires de maintien de la paix, illustre une nette défaite pour l'Arménie et les habitants du Haut-Karabakh, dont la plupart ont fui à l'arrivée des troupes azerbaïdjanaises. Pour autant, l'accord en question laisse toujours en suspens le *statu quo* et plusieurs questions de droit international public sont en jeu. La plus classique est celle de la difficile conciliation des droits invoqués, à savoir d'un côté le droit à l'auto-détermination par l'indépendance promut par les Arméniens du Haut-Karabakh et de l'autre le droit à l'intégrité territoriale, tel que reconnue par la communauté internationale en faveur de l'Azerbaïdjan en vertu du principe de l'*uti possidetis juris.* Sur ce point déjà largement débattu, la préservation de l'intangibilité des frontières issues de l'URSS avait été formalisée par l'Arménie et l'Azerbaïdjan lors des accords d'Alma-Ata en 1991. Dans cette veine, le Conseil de sécurité avait rendu quatre résolutions en 1993 (résolutions 822, 853, 874, 884) puis une nouvelle en 2008 (résolution n° 62/243) requérant le « retrait complet, immédiat et sans conditions des troupes d'occupation arméniennes des territoires occupés d'Azerbaïdjan » et reconnaissant sans surprise son droit à l'intégrité territoriale. Cela est peu surprenant quand on sait qu'en droit international public, le droit des peuples à disposer d'eux même n'est pas synonyme d'indépendance. En effet, par la reconnaissance de l'existence de diverses communautés ethniques, religieuses ou

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

linguistiques, l'Etat peut *à minima* octroyer des droits et libertés à ces communautés ou un droit à l'autodétermination par une certaine autonomie politique et administrative (A. PELLET, « The Opinions of the Badinter Arbitration Committee », *EJIL*, 1992). La CIJ reconnaît à cet égard que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes constitue un droit opposable *erga omnes* dans le cadre d'un contentieux (*Timor oriental,* Portugal c. Australie, arrêt, *Rec.* CIJ 1995, §29). Or ce principe fondamental du droit international à l'origine circonscrit à la décolonisation ne l'est plus aujourd'hui et la communauté internationale n'a pas hésité à reconnaître l'indépendances de plusieurs nouveaux Etats (*inter alia* le Timor Oriental, le Kosovo, le Soudan du Sud). Néanmoins, chaque situation est *sui generis* et ce principe ne saurait évidemment justifier les déclarations d'indépendances de tous les peuples qui y aspireraient. Une telle hypothèse conduirait à des remises en cause fréquentes de l'intégrité territoriale causant une érosion du concept même de l'Etat. En l'espèce, la question se pose de nouveau pour le Haut-Karabakh, en particulier sous la forme de la « sécession réparatrice » (*restorative secession*). Cette accession à l'indépendance repose principalement sur un droit tiré de l'interprétation de la « Déclaration relative au principe du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies ». Cette résolution des Nations Unies dispose notamment que les Etats doivent respecter le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, non seulement en se conformant « au principe de l'égalité de droits » mais également en étant « doté d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur » (Résolution A/RES/262). Dès lors si un gouvernement ne se comporte pas conformément à ses obligations à l'égard d'une communauté ou minorité, elles auraient un droit à la sécession pour « réparer » les griefs causés. C'est entre autres sur ce fondement que plusieurs juges de la CIJ se sont prononcés en faveur de l'indépendance du Kosovo (opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade ; opinion individuelle de M. le juge Yusuf, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, *Rec.* CIJ, 2010). Néanmoins il est acquis que l'oppression en cause doit atteindre un certain seuil de gravité pour qu'un groupe puisse prétendre à la sécession (A. CASSESE « Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal », Cambridge University Press, Grotius Publication, Cambridge, 1995, Vol. 16 p. 352-359). Or s'il est vain de s'interroger *a posteriori* sur les prétentions de l'Azerbaïdjan à intégrer pleinement les Arméniens du Haut-Karabakh à l'époque de la déclaration d'indépendance en 1992, il est en revanche intéressant d'apprécier dans les faits si des preuves manifestes de discriminations, persécutions ou violences à l'encontre des Arméniens du Haut-Karabakh par l'Azerbaïdjan ont effectivement eu lieu et si le seuil de gravité pourrait être atteint (*opiniojuris.org/2020/12/23/remedial-secession-and-the-responsibility-to-protect-the-case-of-nagorno-karabakh/).* Outre les discriminations économiques dont ont souffert les Arméniens du Haut-Karabakh durant la période soviétique de rattachement à l'Azerbaïdjan, le pogrom de Soumgaït en 1988 causant la mort de plusieurs civils d'origine arménienne illustre un climat de défiance et un sentiment anti-arménien de l'Azerbaïdjan vis-à-vis de la minorité arménienne rattachée à son territoire à l'époque de la déclaration d'indépendance. *A fortiori*, la violation incontestable du droit international humanitaire par l'Azerbaïdjan lors de la reprise des combats en 2020 ne fait que renforcer ce climat : l'utilisation d'armes à sous munitions, dont les conséquences à long terme sur la population civile sont avérées, est prohibée par le Traité d'Oslo du 29 mai 2008

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

(P. SAUTREUIL, « Lourds soupçons de crimes de guerre dans le Haut-Karabagh », *La Croix* du 4 nov. 2020) et le recours assumé à des terroristes djihadistes convoyés par la Turquie s'apparente au recours à des mercenaires, interdit par le droit de la guerre (J.-P. FILIU, « Les filières turques de mercenaires syriens en Azerbaïdjan », *Un si Proche Orient,* Blog, 18 oct. 2020). Un dénouement grâce à un recours devant la CPI paraît en outre inenvisageable puisque ni l'Arménie ni l'Azerbaïdjan n'ont ratifié le statut de la Cour. Malgré ces évidences, certains auteurs considèrent que le seuil de persécution suffisant n'est pas atteint pour justifier d'une sécession (A. PELLET, « The Opinions of the Badinter Arbitration Committee », *European Journal for International Law EJIL*, 1992) ou que l'utilisation de la force par le Haut-Karabakh – en violation de l'article 2 (4) de la Charte des Nations Unies – à la suite de sa déclaration d'indépendance en vicie *ab initio* toute prétention à la reconnaissance en droit international (O. Corten, « le conflit au Haut-Karabakh et le droit international », Centre de droit international de l'ULB , *https://www.youtube.com/watch? v=eGE7o_sBc8w*). Que la sécession réparatrice soit ou non justifiée, plusieurs obstacles subsistent. Le premier découle des difficultés du Haut-Karabakh à consolider les organes attributifs d'un Etat. En effet, à l'inverse du Kosovo qui a su construire des institutions relativement solides et se faire représenter dans les organisations internationales, le Haut-Karabakh ne présente toujours pas de signe d'autonomie institutionnelle viable, et se trouve économiquement et politiquement dépendant de l'Arménie voisine, à tel point que la CEDH considère que les actes des dirigeants du Haut-Karabakh doivent être attribués à l'Etat arménien selon le principe de responsabilité tel qu'édicté par le projet d'articles de la Commission pour le droit international (*Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II(2) ; CEDH, *Chiragov et autres c. Arménie*, 16 juin 2015, n°13216/05) et en application des principes déjà dégagés par la CIJ dans plusieurs affaires (*Activités Militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci,* Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, fond, arrêt, *Rec.* CIJ, 1986 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, *Rec.* CIJ, 2007). A cet égard, la comparaison avec les Républiques d'Ossétie du Sud et d'Abkhasie, dont les indépendances autoproclamées ne sont aucunement reconnues par la communauté internationale et qui sont toujours sous perfusion russe (L. JACQUES, « Quasi coup d'Etat en Abkhazie », *Libération* du 10 janv. 2020), est édifiante et ne présage pas d'une grande effectivité.

Quant au recours à la force, il est clair en droit international que justifier cet usage de la force par la légitime défense à l'encontre d'une occupation territoriale de plus de 30 ans est illicite, en ce que ni la condition d'immédiateté, ni celle de proportionnalité de la réponse ne sont respectées (Résolution 3314 des Nations Unies). Dès lors un tel acte contraire au droit international et au *jus ad bellum* ne peut en principe produire d'effet et engage la responsabilité de l'Etat, comme l'a rappelé la Commission des réclamations Erythrée / Ethiopie (Sentence partielle, *Jus Ad Bellum*, Réclamations de l'Ethiopie, décision du 19 décembre 2005). Elle constate d'ailleurs que les litiges frontaliers entre Etats sont si fréquents que toute exception à l'interdiction de l'emploi de la force sur le territoire prétendument occupé illégalement aboutirait à une violation du droit international. Dans les faits, une telle offensive militaire a eu pour conséquence l'exode massive de plusieurs milliers d'Arméniens du Haut-Karabakh, ce qui interroge sur la pertinence actuelle de la sécession si le territoire est vidé de ses habitants arméniens et

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

qu'un retour n'est pas attendu. Les différents aspects du récent conflit ne permettent donc pas de tirer des conclusions définitives sur le *statu quo,* mais l'avenir du Haut-Karabakh est plus qu'incertain. Un recours devant la CIJ pourrait être envisagé, mais il semble compromis puisque l'Arménie ne demande pas le rattachement du Haut-Karabakh à son territoire. Le Haut-Karabakh se présentant comme un Etat indépendant, les difficultés d'un tel recours sont évidentes. En effet, la Cour « ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*. » (*Timor oriental*, Portugal c. Australie, arrêt, *Rec.* CIJ, 1995, p. 90, §29).

M.J.

AUSTRALIE

Poursuites pour crimes de guerre commis en Afghanistan par des soldats australiens

2021/2.21 – Début janvier 2021, le parquet australien a engagé une enquête sur les agissements de ses militaires en Afghanistan, soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre (« L'Australie lance une enquête sans précédent sur ses crimes de guerre », Julia CRAWFORD, *justiceinfo.net*, publié en ligne le 4 janvier 2021). La publication en novembre 2020 du rapport d'enquête de l'inspecteur général des forces australiennes de défense, ou rapport Brereton, avait déjà obligé le général Angus Campbell au *mea cupla* public et à limoger 13 des 25 soldats mis en cause.

Ces poursuites posent la question des fondements nationaux du droit international pénal et de leurs relations avec le Statut de Rome (1998), la Cour Pénale Internationale (CPI) ayant justement engagé une enquête sur les activités des forces étrangères en Afghanistan.

L'intégration des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide dans le droit australien date de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Après le conflit, l'île australe s'est trouvée être le refuge d'anciens militaires et hauts placés japonais et allemands. Le *War Crime Act* de 1945 a permis de prononcer plus de 600 condamnations en Australie entre 1945 et le début des années 1950 (V. Fact Sheet « Wordl War II war crimes », Site internet des Archives nationales australiennes). Cette législation avait deux particularités : premièrement, son applicabilité temporelle et matérielle se cantonnait à la Seconde Guerre mondiale (paragraphe 3, *War Crime Act* 1945) ; deuxièmement, elle posait des définitions autonomes pour chacun des crimes condamnés par le droit pénal international. Ces crimes étaient caractérisés par la commission de « serious crimes » issus du droit pénal britannique commis dans le cadre du conflit armé (paragraphes 6 et 7, *War Crime Act* 1945).

La législation australienne a pris un autre tournant en intégrant directement le droit international pénal et humanitaire dans son code pénal avec les deux lois de ratification du Statut de Rome. De manière plus méthodique que précédemment, le code consacre des subdivisions pour chaque type de crime, prenant en compte le contexte de conflit armé international ou non-international pour les crimes de guerre. Ainsi les subdivisions D et E sont consacrées aux crimes de guerre dans le cas des conflits armés internationaux tandis

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

que les subdivisions F et G sont consacrées aux crimes de guerre dans le cadre des conflits armés non-internationaux.

Il semble donc nécessaire de différencier les deux cas de figure, bien que la législation australienne ne donne pas de définition de conflit armé international ou non-international. Les titres des subdivisions font cependant directement référence aux Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels. A titre d'exemple, nous trouvons : « *Subdivision D - War crimes that are grave breaches of the Geneva Conventions and of Protocol I to the Geneva Conventions* ». De telle sorte que la qualification se fait selon tout évidence par les critères posés par ces instruments. L'Australie étant signataire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, il parait en effet opportun que ces définitions soient unifiées sur les plans internes et international.

Selon l'article 2 commun aux Conventions de Genève, sont qualifiés d'internationaux les conflits auxquels au moins deux Etats participent, quand bien même ceux-ci se cantonneraient au territoire d'un unique Etat (article 2 commun, Conventions de Genève du 12 août 1949). Les conflits armés non-internationaux sont eux définis par le Statut de Rome comme des combats opposant des forces armées étatiques à des groupes armés non-étatiques mais organisés, qui se cantonnent au territoire d'un Etat et atteignent un certain niveau d'intensité (article 8.2.f), Statut de Rome, 1998).

Le déclenchement de la guerre d'Afghanistan, en réponse aux attentats du 11 septembre 2001, s'est concrétisé par l'arrivée sur le territoire afghan de soldats américains et alliés, dont les forces spéciales australiennes. Au total, des soldats d'au moins 23 Etats ont participé au combat, comprenant notamment les contingents réduits des alliés de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) et les forces sous mandat onusien. Les premières forces australiennes ont été déployées le 22 octobre 2001 (Brereton Report, p. 244). Cependant, tous ces contingents étaient alliés et opposés à un même groupe armé, *a priori* non-étatique : les talibans. Certains auteurs ont envisagé la possibilité de qualifier les talibans de gouvernement *de facto*, notamment au cours de la première année de la guerre, afin de les considérer comme des forces étatiques. En effet, durant cette période les talibans contrôlaient la majorité du territoire et adoptaient des décrets qu'ils faisaient respecter. Mais cette situation reste épisodique, changeant dès la fin 2001. Peu à peu les talibans ont perdu du terrain et de nombreux mouvements ont été dissous, une Administration Transitoire a permis d'élire un Président et l'Armée Nationale Afghane a été lentement reformée. Ainsi toutes les forces armées étatiques étaient opposées aux talibans, soit des forces non-étatiques. La guerre d'Afghanistan constitue ainsi un conflit armé non-international.

Les actions des militaires australiens étaient donc soumises au droit international humanitaire applicable aux conflits armés non-internationaux à double titre : les subdivisions 268.F et 268.G du Criminal Code australien et les instruments internationaux, soit les Conventions de Genève et le Statut de Rome. Toutes ces dispositions ont pour but de protéger « les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités » (article 3, Conventions de Genève, 1949). Il s'agit des civils et des personnes hors de combats, également appelés « personnes protégées ». Ces dernières sont les militaires empêchés de participer aux hostilités. L'article 3 commun prévoit une liste, non exhaustive, des raisons d'un tel empêchement : « maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause » (article 3 commun, Conventions de Genève, 1949).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le droit international humanitaire autorise à tuer, mais uniquement dans le cadre des affrontements. Ainsi ôter la vie à une personne ne participant pas aux combats est qualifié de meurtre (article 3 paragraphe 1.a), Conventions de Genève, 1949 ; subdivision 268.24, *Criminal Code Act* 1995). Le fait d'infliger des tortures, ou tout acte inhumain ou dégradant, à ces personnes est également prohibé (article 3 paragraphes 1.a) et 1.c), Conventions de Genève, 1949 : subdivisons 268.25 et 268.26, *Criminal Code Act* 1995).

L'enquête Brereton révélait l'existence de preuves crédibles établissant qu'au moins 39 civils et prisonniers afghans ont été « tués illégalement » par les forces spéciales en périphérie des affrontements. Cette expression, largement reprise par la presse, prend tout son sens grâce au prisme du droit international humanitaire. En effet, l'enquête révèle de multiples meurtres commis sur des civils et des personnes hors de combats (Brereton Report, pp. 68 à 108). Les mises en scène autour de ces actes prouvent que les soldats australiens avaient conscience de leurs actes. Ils ont par exemples mis en scène des corps pour faire croire qu'il s'agissait de combattants, positionnant des armes, prenant des photos et falsifiant les rapports (Brereton Report, pp. 73, 79, 81, 82). De nombreux civils et non-combattants ont ainsi été tués, selon certaines sources parfois par de jeunes recrues « poussées à ôter leur première vie », pratique connue sous le nom de « blooding » (Brereton Report, p. 29).

Si ces faits se trouvent avérés, se pose la question des autorités qui doivent poursuivre les soldats australiens. D'un point de vue juridique, cela revient à se demander quelle juridiction est compétente pour connaître de ces faits.

Au regard de l'article 5.1.c) du Statut de Rome, la Cour a compétence pour connaître des crimes de guerre. Ces crimes de guerre sont définis par l'article 8 comme des « infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ». Sont ainsi listés l'homicide intentionnel, la torture et les traitements inhumains. Cependant, la CPI n'a qu'une compétence supplétive. L'article premier du Statut de Rome pose le principe de la complémentarité de la CPI par rapport aux juridictions nationales, principe rappelé par la section 268.1 (3) du *Criminal Code Act.* La Cour n'intervient que lorsque les tribunaux nationaux ne peuvent pas ou ne veulent pas poursuivre les mis en cause (article 17, Statut de Rome, 1998).

Ainsi le droit pénal australien, comme de nombreux autres droits nationaux, prévoit une compétence universelle pour poursuivre et juger les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes relevant du génocide. La section 268.117 paragraphe (1) du *Criminal Code Act* 1995 prévoit, par renvoi à la section 15.4, l'applicabilité de la section 268 pour les espèces sans rattachement matériel ou personnel avec l'Australie. Cependant, le déclenchement de poursuites contre un national étranger est soumis à l'autorisation écrite du General Attorney (s.16.1 (1), *Criminal Code Act* 1995).

La subsidiarité de la CPI est particulièrement importante pour l'Australie qui en a fait l'objet d'une déclaration interprétative lors de sa ratification du statut. Ladite déclaration rappelle que ce dispositif permet à l'Australie de remplir pleinement ses obligations au regard du statut : la Cour n'a qu'une compétence supplétive, il faut laisser l'occasion à l'Etat de juger lui-même de ces crimes. La compétence de la Cour n'est déclenchée qu'en cas de manquement. Ce mécanisme rappelle celui de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui conditionne la recevabilité d'une requête à l'épuisement des voies de recours internes.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Une différence majeure est néanmoins à souligner : en soumettant la remise d'une personne à la CPI à l'autorisation du General Attorney, il ne s'agit plus pour la juridiction internationale de se prononcer sur la recevabilité de la requête qui lui est soumise. Ici les autorités nationales sont celles qui contrôlent la compétence de la Cour et potentiellement leur propre manquement international par absence de poursuites. L'efficacité de la subsidiarité semble donc bien moindre que celle de la CEDH qui est saisie par le justiciable.

Dans l'ordre juridique international, la CPI restera celle qui se prononcera sur sa propre compétence et appréciera si les poursuites engagées par les autorités nationales sont suffisamment sérieuses ou non. Le verrou instauré par l'Australie concerne principalement la mise en œuvre des pouvoirs de la Cour pour mener ses enquêtes. La déclaration interprétative pourrait à ce titre être vue comme une réserve aux articles du statut qui concernent la coopération des Etats Parties dans le cadre des enquêtes, notamment l'arrestation et la remise des personnes sous le coup d'un mandat d'arrêt émis par la CPI.

Toujours est-il que les autorités australiennes ont compétence pour poursuivre leurs propres soldats, dont la nationalité est une condition d'enrôlement, pour crimes de guerre au titre des sections 268.117 et 15.4.

Cette compétence, exercée avec la réelle volonté de faire éclater la vérité, fait a priori obstacle à la recevabilité devant la CPI (article 17.1.a), Statut de Rome, 1998).

Une question reste néanmoins à aborder concernant l'article 17. Durant l'enquête interne à l'armée, certains soldats ont accepté de témoigner en échange d'une immunité et d'une anonymisation dans le rapport. Cette immunité, non garantie encore par le Procureur dans le cadre de l'enquête pénale, serait a priori contraire au Statut de Rome, qui ne mentionne – pour les exclure – que les seules immunités garanties à la personne en raison de sa qualité officielle (article 27, Statuts de Rome, 1998). Cette immunité juridictionnelle pourrait donc être perçue par la CPI comme une volonté nette de ne pas poursuivre la personne au titre de l'article 17.2. de ses statuts, déclenchant sa compétence.

Si la question théorique se pose, il reste peu probable qu'un tel scénario se déroule. Premièrement, il est assez rare que les juridictions nationales prennent l'initiative de poursuivre leurs propres militaires pour des crimes condamnés au titre du Statut de Rome. Les Etats les plus enclins à user de leur compétence universelle le font à l'encontre de ressortissants étrangers, comme le prouvent encore les récentes procédures engagées contre des personnalités du régime de Bachar El Assad en France, Allemagne et Pays-Bas. Deuxièmement, la CPI se bat déjà sur le sujet afghan contre Washington, qui malgré le changement d'administration, reste toujours autant opposé à la compétence de la Cour concernant ses opérations extérieures.

Les initiatives telles que celle-ci sont à encourager ? Une attention toute particulièrement doit cependant être portée au déroulé des enquêtes et de la procédure. Les autorités nationales ne disposent pas nécessairement de tous les outils de la CPI afin de mener une enquête sur le territoire d'un ou plusieurs autres Etats.

Enfin, ces procédures nationales ne permettront probablement pas de donner une place plus importante aux victimes, critique croissante en droit pénal international.

C.-E.P.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

BIRMANIE/MYANMAR

Coup d'Etat et droit international

2021/2.22 – Depuis le 1er février dernier, et le coup d'Etat militaire qui a secoué le pays, la Birmanie est le théâtre de manifestations populaires massives, violemment réprimées par l'armée. La population demeure mobilisée, malgré le durcissement de la répression et les menaces à l'égard des protestataires. En un mois de mobilisation, le bilan est déjà lourd : 180 morts auprès des manifestants, et presque 2000 opposants politiques et contestataires arrêtés (« En Birmanie, au moins 138 manifestants tués depuis le coup d'Etat, selon l'ONU », *Le Monde* du 15 mars 2021). La transition démocratique de la Birmanie, opérée à partir des années 2011, aura ainsi été de courte durée face à la soif de pouvoir de la junte militaire, présente au sein du gouvernement depuis 1988.

C'est en effet la chronique d'un coup d'Etat annoncé qui se joue sous les yeux de la communauté internationale. L'histoire politique de la Birmanie est dominée par les régimes impériaux et dictatoriaux. Après vingt-six ans de dictature sociale soutenue par le parti communiste chinois, l'armée birmane renverse le pouvoir lors du coup d'Etat du 18 septembre 1988 et instaure le Conseil d'Etat pour la paix et le développement. Les élections de 1990, qui opposent le Parti de l'Union, de la solidarité et du développement (ci-après le PUSD) – parti contrôlé par l'armée - à la Ligue Nationale pour la Démocratie (ci-après LND) – parti d'Aung San Suu Kyi – sont largement remportées par cette dernière. Face à cette défaite, le Conseil d'Etat pour la paix et le développement annule les élections et assigne à résidence Aung San Suu Kyi. S'ouvrent alors vingt ans de dictature militaire. La Birmanie se retrouve rapidement acculée sous les sanctions internationales. L'étau économique se resserre progressivement autour de l'Etat, grevé d'embargos et mis au ban des relations commerciales internationales. Economiquement contraint, le Conseil d'Etat pour la paix et le développement opère une lente libéralisation à partir du 30 octobre 2011, date de proclamation de la République. Une nouvelle constitution, adoptée en 2008, instaure un régime semi-démocratique. Le pouvoir exécutif est attribué à un président élu par un collège électoral composé à deux tiers de membres élus et un tiers de militaires non élus. Une assemblée législative bicamérale est créée. Elle se compose à 75% de membres élus, 25% des sièges étant réservés à l'armée. Le régime établi par la constitution de 2008 instaure ainsi une apparence de régime démocratique sous contrôle de l'armée. En effet, l'octroi automatique de 25% des sièges à l'assemblée législative permet à l'armée de conserver un droit de veto sur les législations adoptées, mais également sur toute modification de la constitution de 2008 qui requiert un vote de 75% des voix (article 436 de la constitution birmane).

Cette timide démocratisation suffit cependant à la communauté internationale qui lève progressivement les sanctions économiques adoptées contre la Birmanie. L'Etat se voit offrir l'accès aux régimes commerciaux préférentiels, tel que le programme « tout sauf les armes » de l'Union européenne destiné à soutenir la transition démocratique amorcée. En 2015, les élections législatives attribuent à la LND une majorité de sièges au parlement tout en ménageant un nombre suffisant de sièges au PUSD pour préserver le contrôle de l'armée. Aung San Suu Kyi, devenue le visage de la lutte pour la démocratie, entre au gouvernement. Son mandat est cependant entaché par les dénonciations, issues d'organisations non gouvernementales, de violations massives des droits de la minorité des Rohingya. Considérée comme seul garde-fou au pouvoir conservé par l'armée, la communauté internationale condamne sans conviction la politique de Aung San Suu Kyi

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

à cet égard. Les relations diplomatiques sont maintenues et aucune sanction n'est adoptée contre l'Etat.

Les élections législatives de novembre 2020 changent la donne. La LND remporte massivement les élections : elle obtient 258 sièges au sein de la chambre des représentants et 138 sièges au sein de la chambre des nationalités. Ce « triomphe électoral » rapproche dangereusement la LND des 75% de voix nécessaires pour réviser la constitution de 2008 (B. Philip, « En Birmanie, le triomphe électoral du parti d'Aung San Suu Kyi », *Le Monde* du 11 novembre 2020). Soucieuse de conserver son contrôle sur l'Etat, l'armée conteste le résultat des élections et prend le contrôle des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires dès le coup d'Etat du 1er février. L'état d'urgence est déclaré et Aung San Suu Kyi est à nouveau assignée à résidence sur divers fondements douteux (notamment le non-respect des règles sanitaires liées au covid-19 et la très nébuleuse infraction d'incitation aux troubles publics). Face au risque de perdre son pouvoir, l'armée birmane « cesse de jouer à la démocratie » (A. de Mersan, « L'armée birmane cesse de jouer à la démocratie France Culture, *Les enjeux internationaux,* épisode du 2 février 2021).

Le coup d'Etat militaire est immédiatement condamné par la communauté internationale. Le 4 février, le Conseil de Sécurité des Nations Unies adopte une déclaration commune appelant « à préserver les institutions et les mécanismes démocratiques, de s'abstenir de toute violence et de respecter pleinement les droits humains, les libertés fondamentales et l'état de droit » (SC/14430). Le Conseil de Sécurité insiste notamment sur la libération des opposants politiques, au premier rang desquels Aung San Suu Kyi. Toutefois, cette déclaration commune n'est pas suivie de l'adoption d'une résolution contraignante. Au contraire, le Conseil de Sécurité se borne à « réaffirmer son soutien sans faille aux organisations régionales », notamment à l'ASEAN dont est membre la Birmanie. Cette attitude de retrait du Conseil de Sécurité n'est pas inhabituelle. En dépit des sollicitations du Secrétaire Général Kofi Annan sur la responsabilité du Conseil en matière de condamnation des coups d'Etat comme « question de principe » (S/1999/776), les réactions contraignantes du Conseil sont rares. Le Conseil de Sécurité n'a recouru au chapitre VII à l'égard d'un coup d'Etat que dans quatre situations : Haïti en 1993 (S/RES/841), la Sierra Leone en 1997 (S/RES/1132), la Guinée Bissau en 2012 (S/RES/2048) et le Mali en 2020 (S/RES/2541). Dans ces quatre situations, une mission onusienne de maintien de la paix était déployée sur le territoire de l'Etat avant le coup d'Etat. La sanction du Conseil de Sécurité, par l'adoption d'une résolution contraignante, est alors conjoncturelle d'un contexte plus large de menace à la paix et la sécurité internationales. Egalement, les deux dernières résolutions adoptées – sur la Guinée-Bissau et le Mali – n'autorisent pas le recours à la force et renvoient très largement à la compétence de la Cédéao et de l'Union africaine pour une sortie de crise, témoignant ainsi d'une régionalisation de la gestion des coups d'Etat.

Cette position de prudente retenue n'est pas partagée par l'ensemble des Etats membres du Conseil de Sécurité. Les Etats-Unis ont adopté une série de sanctions ciblées, notamment le gel d'avoirs, à l'encontre des responsables militaires du coup d'Etat et des violences perpétrées à l'égard des manifestants. Aucune sanction à l'encontre de l'Etat de Birmanie, telle que la suspension des relations commerciales ou l'adoption d'un embargo n'est pour l'instant annoncée. S'agit-il du résultat de l'individualisation progressive du régime des sanctions en droit international ou doit-on plutôt y voir les conséquences de l'apaisement des relations avec la Chine promis par le nouveau président Joe Biden ?

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Assurément le coup d'Etat en Birmanie constitue un test pour le nouveau président américain et sa politique vis-à-vis de la Chine (D.E. SANGER, « Biden imposes sanctions on generals who engineered Myanmar coup », *The New York Times,* 10 févr. 2021). La politique américaine, mise en scène lors de la rencontre sino-américaine des 18 et 19 mars 2021, demeure ambiguë entre une vive condamnation des restrictions imposées à Hong Kong, partenaire commercial important pour les Etats-Unis, et les sanctions limitées adoptées à l'encontre des responsables chinois des violations massives des droits de la minorité ouïgours. La prise de position à l'égard du coup d'Etat en Birmanie orienterait alors la politique extérieure américaine soit vers une défense uniforme de la démocratie, soit vers un soutien sélectif selon ses intérêts économiques.

L'Union européenne s'est montrée moins réticente à adopter des sanctions contre l'Etat. Dans une riche résolution adoptée le 11 février, le Parlement européen propose la suspension de la Birmanie du programme de tarifs préférentiels « tout sauf les armes » ainsi qu'une fermeture de l'accès au marché intracommunautaire (2021/2540(RSP)). Elle invite notamment « les entreprises établies dans l'Union […] à réévaluer d'urgence leurs relations commerciales avec le Myanmar et à suspendre toutes leurs relations avec les entreprises liées à l'armée ». La résolution se démarque des autres réactions internationales par l'importance, à la fois quantitative et qualitative, des griefs retenus contre les instigateurs du coup d'Etat. Là où les déclarations du Conseil de Sécurité et d'autres Etats insistent sur la violation des droits de l'homme, le Parlement s'attarde sur l'interruption de l'ordre constitutionnel par l'armée. La résolution confronte ainsi les mesures adoptées à la suite du coup d'Etat – notamment le cumul des pouvoirs, l'adoption de l'état d'urgence, et l'arrestation des opposants politiques – à la constitution nationale pour en conclure « que le coup d'Etat militaire du 1er février 2021 est par conséquent anticonstitutionnel » (point H). Elle invite alors la junte militaire à restaurer l'ordre constitutionnel et respecter « la volonté démocratiquement exprimée par la population birmane » (point 1). L'adoption de sanctions *internationales* ne repose pas ici sur la seule violation d'obligations de droit international, mais bien sur la méconnaissance de la constitution nationale par la junte militaire. Non seulement le parlement européen se substitue à l'autorité nationale en qualifiant les mesures internes d'anticonstitutionnelles, mais il s'appuie sur cette qualification pour retenir la violation des principes démocratiques qui conditionnent l'accès au programme « tout sauf les armes ». La résolution témoigne ainsi d'une projection des standards européens en matière d'état de droit dans son action extérieure (RTD. Eur. 2019/2, p. 337). Notamment, le Parlement européen va plus loin que le simple constat d'une violation de la constitution, et « demande instamment » au gouvernement légitime birman « d'entamer un processus libre et équitable de rédaction et de promulgation d'une nouvelle constitution avec la population du Myanmar » (point 7).

Cette réaction contraste avec la contestation limitée des violations des droits de la minorité Rohingya. La résolution du Parlement européen fait état du soutien politique et financier de l'Union européenne à la promotion *des droits de l'homme* depuis 2013, qu'elle chiffre à 688 millions d'euros (point W). Or, dans la même résolution, le Parlement reconnaît que les violences à l'égard des Rohingya « se sont poursuivies après l'ouverture démocratique et ont culminé tragiquement dans les atrocités de 2017 » (point R). La connaissance par l'Union européenne des violations des droits de l'homme perpétrés contre les minorités religieuses birmanes n'a donc pas empêché l'accès au programme « tous sauf les armes » ni l'octroi de généreuses donations pour « promouvoir les droits de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'homme ». La libéralisation politique et économique amorcée à partir de 2011, et notamment l'accès au gouvernement d'Aung San Suu Kyi, aurait ainsi justifié les réactions timorées de l'Union à l'égard des violations massives des droits de l'homme. La démocratisation opérée par la Birmanie, sous les efforts de la LND, et soutenue par l'Union européenne relève alors d'un critiquable jeu d'équilibriste entre les intérêts majoritaires et la protection des minorités.

Si la réaction de l'Union européenne se démarque par l'étendue de l'incursion qu'elle s'autorise dans le domaine constitutionnel birman, la position adoptée par l'ASEAN pèche quant à elle par laconisme. L'Organisation se borne à relever que le respect des principes démocratiques, de l'état de droit, de la bonne gouvernance et des droits de l'homme est inscrit dans la Charte institutionnelle (*https://asean.org/asean-chairmans-statement-developments-republic-union-myanmar/*). L'Organisation s'abstient de condamner le coup d'Etat et appelle pudiquement au « *return to normalcy* ». La déclaration n'aborde aucunement la question de l'interruption de l'ordre constitutionnel ni de la transition démocratique de l'Etat. Seul l'intérêt de la stabilité politique des Etats membres pour une « *prosperous ASEAN community* » est rappelé. Le contraste entre les deux réactions est d'autant plus saisissant que la Birmanie, si elle est membre de l'ASEAN, n'est qu'un partenaire économique mineur pour l'Union européenne. La Chine se rallie à la réaction mesurée de l'ASEAN. Elle s'est ainsi limitée à appeler « toutes les parties » au calme et au dialogue. La Chine a tout intérêt à ne froisser aucun potentiel détenteur du pouvoir en Birmanie. Le maintien d'une bonne relation est nécessaire pour continuer à jouir de l'accès privilégié de la Birmanie sur le Golfe du Bengale et de sa participation précieuse au vaste projet des « nouvelles routes de la soie ».

La diversité des réactions de la communauté internationale face au coup d'Etat survenu en Birmanie questionne l'effectivité de l'« *emerging right of democratic governance* » (Thomas M. Franck, « The Emerging Right to Democratic Governance », *A.J.I.L*, vol. 86, no. 1, 1992, pp. 46-91). En 1992, Thomas Franck voit dans la réaction de la communauté internationale, et notamment des Nations Unies, au coup d'Etat survenu en Haïti la preuve d'une « *newly emerging "law" which requires democracy to validate governance* » qui ne serait pas « *merely the law of a particular state that, like the United States under its Constitution* », mais évoluerait en un « *requirement of international law, applicable to all and implemented through global standards, with the help of regional and international organizations* ». Ce bref aperçu de la position de la communauté internationale à l'égard de la junte militaire birmane ne permet pas de soutenir la conjecture de Thomas Franck. Si ce droit à la gouvernance démocratique semble revêtir une certaine effectivité au sein d'organisations régionales telles que l'Union européenne ou l'Union africaine (voir sa réaction face au coup d'Etat survenu au Mali en août 2020, PSC/PR/COMM.(CMXLV)), il n'a nullement atteint le statut d'obligation de droit international général. Au contraire, le cas de la Birmanie, et les conséquences qui découlent de sa proximité avec les intérêts de la Chine, dessinent un affaiblissement du principe de gouvernance démocratique dans les relations internationales. La prise de position de plus en plus marquée de la Chine au sein du Conseil de Sécurité infléchit désormais la domination occidentale au sein de la politique onusienne (voir sur ce point, F. COUVEINHES, « La critique des principales orientations du conseil de sécurité par la République Populaire de Chine : éléments pour une évaluation des effets de la fin de l'hégémonie occidentale sur le droit de la paix et de la sécurité internationales. », cette *Revue*, 2013, vol. 117, n°2, pp. 232-280). L'adoption d'une résolution contraignante par le Conseil de Sécurité sur la situation en Birmanie se

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

heurte ainsi aux vetos russes et chinois, rejetant toute interprétation élargie de « menace à la paix et la sécurité internationale » pour y inclure des situations purement internes (*https://www.un.org/press/fr/2007/CS8939.doc.htm*). Le poids commercial de la Chine est également pris en compte par les Etats dans la détermination de leurs politiques extérieures, en témoignent les dissensions au sein de l'ASEAN sur une prise de position plus ferme. Par ailleurs, l'ambiguïté de la politique européenne d'assistance à la transition démocratique birmane, consistant à fermer les yeux sur les violations des droits des minorités, mine sa tentative de promotion de l'impératif démocratique. Au contraire, la multiplication des coups d'Etat depuis une décennie, notamment au sein de jeunes démocraties, questionne l'efficacité de la promotion de la démocratie par les acteurs internationaux voire la pertinence de la définition de la démocratie ainsi promue. L'acception purement procédurale de la démocratie – à travers le seul critère des élections – montre ici ses limites. La Birmanie et l'histoire de sa lutte pour la démocratie mettent en évidence l'importance de la culture démocratique pour que la greffe institutionnelle et procédurale prenne. A ce titre, les récents événements invitent à repenser le rôle du droit international, ses modalités et son efficacité, à promouvoir le respect des droits politiques et humains.

C.C.

ETATS INSULAIRES DU PACIFIQUE

Retraits en chaîne des Etats micronésiens du Forum des îles du Pacifique : le signe d'une crise régionale ?

2021/2.23 – Le 9 février 2021, les Etats fédérés de Micronésie, les Iles Marshall, Nauru et Kiribati ont déclaré souhaiter se retirer du Forum des îles Pacifique (FIP), tout comme l'avaient déjà fait les Palaos la semaine précédente, en raison de tensions autour de la récente élection du Secrétaire général de l'Organisation (*Outremers360*, 9 février 2021). A l'heure où le défi climatique et ses conséquences économiques et migratoires nécessitent une meilleure coordination régionale, la crise du Forum créé en 1971 n'est pas de bon augure. Elle reflète par ailleurs les luttes d'influence australienne, américaine et chinoise au sein d'une région dont le contrôle, en particulier pour l'exploitation des ressources, apparaît stratégique pour les grandes puissances.

Initialement née en tant que « Forum du Pacifique Sud », puis empruntant son nom actuel en 2000 pour tenir compte de l'élargissement de sa zone d'influence, le FIP offre le cadre principal de la coopération politique des Etats insulaires du Pacifique. Ses 18 membres – avant que le retrait annoncé ne soit effectif – ont des statuts constitutionnels divers. Il s'agit, en plus des Etats déjà mentionnés, de l'Australie, des Iles Cook, des Fidji, de Niue, de la Nouvelle-Zélande, de Palaos, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, de Salomon, de Samoa, de Tonga, de Tuvalu et du Vanuatu. La Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française complètent cette liste en tant que membres à part entière depuis 2016, malgré leur statut infra-étatique, et en dépit des relations assez distantes du Forum avec la France (sa création n'est pas étrangère à la solidarité des Etats du Pacifique contre les essais nucléaires français). Tokelau et Wallis-et-Futuna sont quant à eux membres associés, respectivement depuis 2014 et 2018, et l'Organisation reconnait également neuf observateurs, dont les Nations Unies et la Commission des pêches du Pacifique central et occidental (voir le site du FIP : *https://www.forumsec.org/*). Le Forum est une organisation

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

non spécialisée traitant de thèmes divers tels que le développement, l'environnement, la sécurité ou la pêche, et plus récemment de la gestion de la Covid. Sa présence apparaît essentielle dans une région sans dynamique d'intégration.

Bien qu'un tel découpage ne repose sur aucune véritable réalité culturelle ou scientifique, quatre ensembles sont traditionnellement identifiés au sein du Pacifique : la Malaisie, la Mélanésie, la Micronésie et la Polynésie. S'appuyant sur une pratique en cours depuis l'élargissement géographique du FIP et consistant à favoriser tour à tour une zone plutôt qu'une autre au poste de Secrétaire général, les Etats micronésiens, situés au nord-ouest de l'océan Pacifique, s'attendaient à ce que leur candidat fût élu en février dernier. Aussi l'élection d'Henry Puna, ancien Premier ministre des Iles Cook a fait éclater des rivalités préexistantes et a suscité une vive opposition des gouvernements micronésiens, ayant publiquement fait part de leur intention de se retirer de l'Organisation, et dénonçant une mainmise du Pacifique Sud sur le Forum. Dans un communiqué du 8 février, les présidents des cinq Etats concernés ont déclaré engager la procédure de retrait telle que prévue par l'article XII de l'accord établissant le Secrétariat du FIP (*https://gov.fm/files/MPS_Leaders_Meeting_-_Communique_2021_Feb.pdf*).

L'Organisation n'en est pas à sa première crise. L'Etat fidjien en avait été temporairement suspendu en 2009 en raison de la situation politique du pays et du refus de Bainimarama d'organiser de nouvelles élections. Suva avait alors créé en réaction le Forum de développement des îles du Pacifique, en excluant de fait la Nouvelle-Zélande et l'Australie, principaux contributeurs financiers du FIP (voir « Les dernières élections législatives aux Fidji : une étape dans la transition constitutionnelle de la République militaire », Blog *Jus Politicum,* 17 décembre 2018).

Il reste que ce nouveau rebondissement est préoccupant tant du point de vue de l'équilibre de la zone que de la place que ce délitement de la coopération régionale laisse aux stratégies étrangères dans l'Indo-Pacifique. Il pourrait y avoir plusieurs répercussions pratiques, notamment en ce qui concerne l'avenir de l'Université du Pacifique. La principale institution d'enseignement supérieur de la région repose en effet sur un partenariat original entre 12 Etats membres, dont Kiribati, Marshall Islands et Nauru, avec des campus répartis sur un espace de 33 millions de km2 (site de la USP : *https://www.usp.ac.fj/*). L'Université s'était déjà trouvée dans la tourmente un peu plus tôt dans l'année, lorsque le gouvernement fidjien avait brutalement ordonné l'expulsion de son vice-président et son épouse vers l'Australie, après des critiques émises par ce dernier à l'encontre de la gestion des finances publiques, un tollé dénoncé par de nombreux Etats (« *Fiji deports Australian university professor during 'incredibly damaging day for the Pacific'* », *ABC*, 4 février 2021 : *https://www.abc.net.au/news/2021-02-04/fiji-pal-ahluwalia-vc-deportation-university-of-south-pacific/13120256*). A défaut de nouveaux accords, les efforts pour un régionalisme Pacifique pourraient bien subir durablement les effets de cette accumulation de crises (voir à ce sujet l'article de Collin Tukuitonga, ancien secrétaire général de la Communauté du Pacifique, « *Dual crisis at USP and the Pacific Islands Forum : the chance for a different future ?* », *https://devpolicy.org/dual-crises-at-usp-and-the-pacific-islands-forum-the-chance-for-a-different-future-20200208-2/*).

G.G.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

ETATS-UNIS

Suspension des comptes de réseaux sociaux du président Donald Trump à la suite de l'assaut du Capitole

2021/2.24 – Le 6 janvier 2021, en fin de matinée, des centaines de partisans du président sortant Donald Trump se sont introduits de force dans l'enceinte du Capitole des Etats-Unis alors que s'y tenait la procédure de certification, par le Congrès, de la victoire de Joe Biden à l'élection présidentielle du 3 novembre 2020. Les émeutiers venaient d'écouter le discours « Save America » prononcé par Donald Trump sur la Pelouse Sud de la Maison Blanche, un discours discréditant les résultats du scrutin, avançant l'existence de fraudes et incitant les partisans à se rendre au Capitole pour contester la certification : « *We have come to demand that Congress do the right thing and only count the Electors who have been lawfully slated. Lawfully slated. I know that everyone here will soon be marching over to the Capitol building to peacefully and patriotically make your voices heard* ». L'assaut lancé sur le Capitole, durera plusieurs heures, causera la mort de cinq personnes et ébranlera la démocratie américaine.

Dès le début de l'assaut, les dirigeants de plusieurs réseaux sociaux, outils privilégiés de communication de Donald Trump durant son mandat, ont été interpellés par des milliers d'utilisateurs aux Etats-Unis et à travers le monde, afin de prévenir la publication de nouveaux propos susceptibles d'aggraver la situation (D. CITRON, « *It's Time to Kick Trump Off Twitter* », *Slate*, 6 janv. 2021). En effet, la vidéo du discours « Save America » a été relayée sur ses comptes Twitter, Facebook et Youtube et sur ceux de plusieurs membres de son entourage, familial ou politique, contribuant à la diffusion massive de propos considérés comme frôlant l'appel à l'insurrection (« *Inside Twitter's Decision to Cut Off Trump* », *The New York Times*, 16 janv. 2021). Plus tard dans la journée, alors que se poursuivaient les violences au sein du Capitole, Donald Trump publiait trois tweets : une courte vidéo appelant ses militants à se retirer du Capitole ; une déclaration qui tout en justifiant les évènements appelait à la fin des violences (« *These are the things and events that happen when a sacred landslide election victory is so unceremoniously & viciously stripped away from great patriots who have been badly & unfairly treated for so long. Go home with love & in peace. Remember this day forever!* ») ; enfin, une déclaration vilipendant son vice-président Mike Pence. Sous la pression médiatique et populaire, les réseaux sociaux ont été contraints de réagir, de façon graduelle. Twitter a été le premier à intervenir en affichant sous les tweets de Donald Trump des avertissements remettant en cause leur conformité avec les conditions d'utilisation du réseau social ou niant tout simplement leur véracité. Puis, invoquant des « risques de violence », Twitter a neutralisé les boutons d'engagement (J'aime, Commenter, Retweet) situés sous le tweet de Donald Trump qui reproduisait la vidéo du discours « Save America », limitant ainsi de façon considérable sa viralité (« Ces accusations de fraude électorale sont contestées, et il est impossible de répondre, aimer ou retweeter ce tweet, en raison d'un risque de violence »). Enfin, Facebook, Twitter, Youtube, Instagram, Snapchat et d'autres plateformes ont entrepris, entre le 6 et le 7 janvier, de supprimer plusieurs publications du président avant de bloquer son accès à ses comptes pendant des périodes initiales de douze ou vingt-quatre heures, ultérieurement prolongées de plusieurs jours, voire rendues permanentes. Twitter a ainsi annoncé la suspension permanente du compte de Donald Trump le 8 janvier (Twitter, « Permanent suspension of @realDonaldTrump », *blog.twitter.com/en_us/topics/company/ 2020/suspension.html*), supprimé des tweets publiés par le président via son

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

compte officiel @potus – qu'il utilisait rarement au profit de son compte personnel @realDonaldTrump – et annoncé, le 11 janvier, avoir supprimé environ 70 000 comptes affiliés au mouvement conspirationniste QAnon, lequel était soupçonné d'avoir joué un rôle central dans l'organisation ou la promotion de l'assaut (Twitter, « An update following the riots in Washington, DC », *blog.twitter.com/en_us/topics/company/2021/protecting--the-conver sation-following-the-riots-in-washington--.html*). Quant à la plateforme Facebook, celle-ci a annoncé, le 7 janvier, la suspension du compte de Donald Trump pour « une durée indéterminée et pendant au moins deux semaines » (Facebook, « *Our Response to the Violence in Washington* », *about.fb.com/news/2021/01/responding-to-the-violence-in-washington-dc/*). Les comptes de réseaux sociaux de nombreux proches de Donald Trump ont connu le même sort dans les jours qui ont suivi l'assaut du Capitole tandis que le réseau social *Parler*, considéré comme espace privilégié de discussion de l'alt-right (l'extrême droite) américaine, a été supprimé des plateformes de téléchargement App Store (Apple) et Play Store (Google) entre les 8 et 9 janvier. Il était craint que, faute de pouvoir communiquer via les réseaux sociaux de premier plan que constituent Facebook et Twitter, les partisans de Donald Trump n'organisent des actions violentes sur *Parler* en vue de l'inauguration du président élu Joe Biden prévue le 20 janvier 2021.

Ces différentes mesures, rapidement qualifiées de « bannissement » de Donald Trump par les médias internationaux, ont suscité des réactions contrastées aux Etats-Unis, une partie de l'opinion publique et de la doctrine accusant les plateformes d'avoir réagi tardivement tandis que certaines personnalités appartenant au camp Républicain y voyaient la confirmation d'un biais de modération au détriment des propos conservateurs. L'action concomitante, mais *a priori* non coordonnée, d'une dizaine de plateformes numériques pour réduire au silence Donald Trump et nombre de ses partisans, a relancé le débat sur le pouvoir dont disposent les réseaux sociaux sur l'expression publique, sur la teneur du Premier amendement à la Constitution américaine qui protège la liberté d'expression, et sur la nécessité de réformer la Section 230 du *Communications Decency Act* (1996), laquelle exonère, à certaines conditions, les sociétés du numérique de toute responsabilité pour les contenus publiés par les utilisateurs. L'évènement a également rappelé les risques qu'entraînent les manœuvres de désinformation (ou de « réinformation ») pour les démocraties, lorsqu'elles visent notamment à remettre en cause la sincérité d'un scrutin dont rien, en l'occurrence, ne laissait penser qu'elle avait pu être compromise.

Plusieurs membres de gouvernements à travers le monde ont également réagi à la suspension des principaux canaux de communication médiatique d'un chef d'Etat en exercice. De façon notable, la Chancelière allemande Angela Merkel a fait savoir, via son porte-parole Steffen Seibert, le 12 janvier 2021, qu'elle jugeait la fermeture de ses comptes « problématique » : « Il est possible d'interférer dans la liberté d'expression, mais selon les limites définies par le législateur, et non par la décision d'une direction d'entreprise (…). C'est pourquoi la chancelière voit comme problématique que les comptes du président américain sur les réseaux sociaux soient fermés définitivement » (« Donald Trump banni de Twitter : Merkel juge la fermeture des comptes du président problématique », *RTBF*, 11 janv. 2021). Le Commissaire européen Thierry Breton a estimé quant à lui, dans une tribune publiée dans *Le Figaro* et sur le site *Politico* que le fait « Qu'un PDG puisse débrancher le haut-parleur du président des Etats-Unis sans autre forme de contrôle et de contre-pouvoir fait plus qu'interpeller » (Thierry BRETON : « Les

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

défis numériques auxquels sont confrontées nos démocraties sont mondiaux» », *Le Figaro*, 10 janv. 2021). Enfin, Cédric O, Secrétaire d'Etat au numérique en France, a affirmé que « La régulation du débat public par les principaux réseaux sociaux au regard de leurs seuls CGU [conditions générales d'utilisation], alors qu'ils sont devenus de véritables espaces publics et rassemblent des milliards de citoyens, cela semble pour le moins un peu court d'un point de vue démocratique » (compte Twitter, 9 janv. 2021).

Soucieuse de prouver sa bonne volonté, la direction de Facebook a annoncé le 21 janvier avoir demandé à son Conseil de surveillance (*Oversight Board*) de se saisir de la question de la suspension du compte de Donald Trump pour déterminer si celle-ci devait être maintenue (Facebook, « Referring Former President Trump's Suspension From Facebook to the Oversight Board », *about.fb.com/news/2021/01/referring-trump-suspension-to-oversight-board/*). Selon ses statuts, le Conseil de surveillance, organe réputé indépendant chargé d'évaluer l'adéquation des activités de modération de Facebook, a pour mission de « protéger la liberté d'expression en prenant des décisions indépendantes et fondées sur des principes concernant des éléments de contenu importants, et en émettant des avis consultatifs sur les politiques en matière de contenu de Facebook ». Le Conseil pourrait donc être amené à exiger la réhabilitation numérique de l'ancien président, décision à laquelle la société Facebook aurait l'obligation de se conformer en raison du caractère contraignant des décisions de cet organe de contrôle. Twitter a, de son côté, initié en mars 2020 un processus de consultation de sa communauté d'utilisateurs pour l'aider à déterminer si les chefs d'Etats et membres de gouvernements devraient être soumis aux mêmes règles que les autres utilisateurs (Twitter, « *Calling for public input on our approach to world leaders* », *blog.twitter.com/en_us/topics/company/2021/calling-for-public-input-on-our-approach-to-world-leaders.html*). A ce jour, l'ancien président des Etats-Unis n'est pas en mesure d'accéder à ses comptes ou de communiquer sur la majorité des plateformes de réseaux sociaux.

V.N.

ETATS-UNIS - AFGHANISTAN

Déclaration du 15 janvier 2021 portant sur la réduction de l'engagement américain en Afghanistan

2021/2.25 – Le 15 janvier 2021 par le biais d'une déclaration du secrétaire à la Défense des Etats-Unis Christopher Miller, est annoncée la réduction du nombre de militaires américains stationnés en Afghanistan à 2500 soldats, niveau le plus bas depuis le déclenchement de l'intervention en 2001. Ce désengagement américain est, selon les mots de M. Miller, consécutif au fait que « *the United States is closer than ever to ending nearly two decades of war and welcoming in an Afghan-owned, Afghan-led peace process to achieve a political settlement and a permanent and comprehensive ceasefire* » (*Statement by Acting Defense Secretary Christophe Miller on Force Levels in Afghanistan*, 15 janvier 2021).

En effet, les troupes américaines sont présentes sur le sol afghan depuis 2001 suite aux attentats du 11 septembre 2001 imputés à l'organisation terroriste Al-Qaida. Cette opération nommée « *Enduring Freedom* » a débuté le 7 octobre 2001 et, après presque 20 ans d'existence, est aujourd'hui la plus longue guerre menée par les Etats-Unis (v. cette « Chronique », *RGDIP* 2001, p. 983).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le premier fondement juridique invoqué à l'époque était alors l'exercice du droit de légitime défense contre « *those who plan, authorize, commit, or aid terorrist attacks against the United States and its interests – including those who harbor terrorists – threaten the national security of the United States* » (*President Signs Authorization for Use of Military Force Bill, Statement by the President,* The White House, 18 septembre 2001). Cet argumentaire développant la possibilité de recourir à la force en réponse à une agression armée constituée par le refus de livrer les responsables des attentats terroristes du 11 septembre à la justice américaine avait alors contribué à une évolution des pratiques étatiques concernant le *jus ad bellum*. En effet, contrairement à l'intervention en Irak quelques années plus tard, peu d'Etats se sont opposés à l'initiative américaine. C'est dans cet élan que les Etats alliés des Etats-Unis, notamment par le truchement de l'OTAN ont ensuite, sur le fondement de la clause d'assistance mutuelle, rejoint la coalition menée par les Etats-Unis. Le Conseil de sécurité, dans une résolution célèbre pour son ambiguïté – et après une réunion marquée par la gravité du moment (S/PV.4370) – a alors condamné les attentats tout en évoquant à la fois le droit de légitime défense et la possibilité de « prendre toutes les mesures nécessaires » (S/RES/1368 ; pour un exposé exhaustif de la justification à l'intervention en Afghanistan, voir M. BYERS, « The Intervention in Afghanistan – 2001 – », *in* O. Corten, T. Ruys, A. Hofer (dir.), *The Use of Force in International Law. A Case-Based Approach*, Oxford University Press, 2018, pp.625-638 ; cette ambiguïté dans le discours onusien se retrouvera par ailleurs exacerbée dans la résolution 2249 (2015) consécutive aux attentats du Bataclan laissant entrevoir une tendance à l'exceptionnalisme comme moteur argumentatif au sein des décisions du Conseil).

La puissance militaire des Etats-Unis et de leurs alliés entraîne un renversement assez rapide du régime taliban alors au pouvoir, et l'instauration d'un gouvernement provisoire. Depuis cette date, le pays est au centre d'un conflit entre le gouvernement afghan allié des Américains et les talibans qui continuent à bénéficier d'un soutien d'une partie de la population et d'organisations terroristes présentes dans la région.

Aux côtés des américains, des soldats étrangers sous commandement OTAN sont présents sur le territoire au sein de la *Force internationale d'assistance et de sécurité* ayant pour objectif à partir de 2011 de transférer les actions de cette force au gouvernement afghan. En 2014, ce transfert de responsabilité est achevé et à partir de 2015 l'OTAN demeure sur place dans un objectif non-combattant de formation et de conseil des forces de sécurité nationales (*https://www.nato.int/cps/fr/natohq/topics_69366.htm*). Ainsi, cela fait plusieurs années qu'au sein de la coalition, la perspective d'un passage d'une dynamique de *peace-enforcement* à celle de *peace-building* est évoquée. En ce sens, dès 2014, l'idée d'un retrait américain avait été mise sur la table mais la persistance des violences avait alors conduit l'administration Obama à faire marche arrière (N. WADHAMS, « *Afghanistan's War* », *The Washington Post*, Feb. 26, 2020).

Donald Trump, dans la droite ligne de sa politique de désengagement au Moyen-Orient, a fait de ce retrait américain une promesse de campagne réitérée avec force en 2018 (T. GIBBONS-NEFF and M. MASHAL, « *U.S. to withdraw about 7,000 troups from Afghanistan, Officials says », The New York Times*, Dec. 20, 2018). Dès cette année-là, il œuvre alors à la mise en place d'un accord entre les Etats-Unis et les talibans à travers l'ouverture de négociations secrètes quant aux conditions de retrait des troupes de la coalition (négociations auxquelles paradoxalement ni le gouvernement afghan ni les Etats membres de la coalition ne seront conviés). L'objectif était donc pour l'administration

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Trump d'obtenir des concessions talibanes en échange du retrait des forces américaines, ce retrait étant le préalable à toute négociation d'une paix durable selon les tenants d'un Emirat islamique d'Afghanistan (« *U.S. diplomats held face-to-face talks with Talibans, Insurgents say* », *The New York Times,* Jul. 28, 2018).

Ainsi, étaient principalement recherchés par les Etats-Unis la mise en place d'un cessez-le-feu, l'engagement de négociations entre le gouvernement afghan et les talibans, un engagement à ne plus préparer d'attentats contre les Etats-Unis depuis le territoire afghan et la mise en place de garanties de sécurités permettant le retrait progressif des troupes. Cependant, dès le début des négociations, la partie adverse se montra peu disposée à accepter le moindre cessez-le-feu et à formuler toute promesse d'un dialogue avec le gouvernement afghan avant le retrait effectif des troupes américaines. La seule concession acceptable par les talibans fut de garantir la sécurité du départ des troupes américaines et la fin du soutien à des groupes terroristes (G. LEFEUVRE, « Débandade américaine en Afghanistan », *Le Monde Diplomatique,* Avril 2020). Cependant, dès septembre 2019, fut annoncée une entente de principe entre les Etats-Unis et les talibans autour des 4 points centraux soulevés par l'administration américaine (*https://edition.cnn.com/2019/09/02/ politics/us-afghanistan-agreement-in-principle/index.html*) mais il manquait alors l'approbation finale du Président Trump qui annula au dernier moment la signature de l'accord prévue le 8 septembre suite à une attaque revendiquée par les talibans à Kaboul amenant à la mort de 11 afghans et un soldat américain (P. Stewart, J. Lange, « Trump says he canceled peace talks with Taliban over attack », *Reuters,* Sep. 7, 2019). Malgré cela, les négociations reprirent en décembre 2019 après le consentement des talibans à une semaine de « réduction de la violence » – engagement manifestement bien moins contraignant et à la portée plus incertaine que ce qu'aurait pu présager l'établissement d'un cessez-le-feu (S. QAZI, « *US-Taliban truce begins, raising hopes of peace deal* », *Aljazeera,* Feb. 22, 2020).

Un accord intitulé *Agreement for Bringing Peace to Afghanistan* fut finalement adopté le 29 février 2020 à Doha entre les Etats-Unis et « l'Emirat Islamique d'Afghanistan qui n'est pas reconnu par les Etats-Unis comme un Etat ». Cet accord pose des obligations aux deux parties dont la teneur est pour le moins déséquilibrée en faveur des seconds. Ainsi, la première partie de l'accord énonce que *« The United States is committed to withdraw from Afghanistan all military forces of the United States, its allies, and Coalition partners, including all non-diplomatic civilian personnel, private security contractors, trainers, advisors, and supporting services personnel within fourteen (14) months following announcement of this agreement* » – cela de manière graduelle avec un premier retrait en 135 jours (Article A) puis un second retrait total des troupes en cas de respect de l'accord par les talibans sous neuf mois et demi (Article B.1). Au-delà de la rapidité affichée à laquelle doit s'engager le gouvernement américain dans le processus de retrait de ses soldats, force est de constater que se retrouvent impliqués dans cette démarche les membres de la coalition pourtant absents des négociations et non-parties à l'accord qui en a émergé. En plus de ce calendrier de retrait, les Etats-Unis s'engagent à libérer 5 000 prisonniers talibans « *as a confidence building measure with the coordination and approval of all relevant sides* » (Article C), engagement pris sans avoir consulté le gouvernement afghan qui détenait alors ces prisonniers ; à revoir les sanctions à l'encontre des membres des groupes talibans avec pour objectif la suppression des sanctions d'ici le 27 août 2020 (Article D) ; à œuvrer au retrait des sanctions ciblées contre des talibans inscrits sur les listes du Conseil de sécurité d'ici le 29 mai 2020 (Article F) ; et enfin, les

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Etats-Unis et leurs alliés s'engagent à ne plus recourir à la menace et l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de l'Afghanistan ou intervenir dans ses affaires intérieures (article F). Concernant les talibans, l'essentiel de leurs obligations aux termes de l'accord tient à ce qu'ils doivent empêcher l'utilisation du sol Afghan par des groupes terroristes pour mener des actions contre les Etats-Unis et leurs alliés ; cela doit notamment passer par une rupture des liens entre talibans et Al-Qaida et l'arrêt des attaques contre les américains et leurs alliés (Partie 2, articles 1 à 5). Ainsi, le cessez-le-feu, loin d'être devenu une condition du retrait américain devient « *an item on the agenda of the intra-Afghan dialogue and negociations* » (Préambule §4), dialogue dont les parties ne sont d'ailleurs pas nommées et qui a pour seul cadre un commencement prévu pour le 10 mars 2020. Ainsi, alors que l'accord indique explicitement que ses deux volets sont interconnectés (chaque partie doit mettre en œuvre ses engagements pour que l'autre fasse de même reprenant le schéma de l'exception *non adimpleti contractus*), cela implique comme mesure concrète que les Etats-Unis s'engagent à un retrait rapide et progressif en échange d'un arrêt du soutien taliban au groupe Al-Qaida.

Cet accord a suscité un certain retentissement médiatique, les Nations Unies accueillant positivement l'idée d'un possible règlement politique de la situation en Afghanistan (*https://news.un.org/fr/story/2020/02/1062901*) et le Conseil de sécurité saluant les « considérables progrès » qu'il constitue (S/RES/2513 §1). Pourtant, plusieurs réserves ont été émises concernant le respect par les talibans de leurs obligations consécutives à l'accord. Ainsi, même dans le camp républicain, ont émergé des critiques sur le fait que les Etats-Unis offraient de nombreuses contreparties aux talibans sans réelles assurances tangibles en échange (M. QUINN, « *Liz Cheney says U.S.-Taliban peace deal raises concerns like Iran nuclear deal* », *CBS News,* Mar. 3, 2020). En effet, concernant la fin des liens entre eux et Al-Qaida, un rapport des Nations Unies de mai 2020 semble indiquer que « les relations entre les talibans, et en particulier le réseau Haqqani, et Al-Qaida demeurent étroites » (*https://www.un.org/press/fr/2020/sc14391. doc.htm*). Cette observation est confirmée dans un rapport conjoint de la Direction exécutive du Comité contre le terrorisme et l'Equipe analytique et de surveillance des sanctions créée par les résolutions 1526 et 2253 datant de juin 2020 (S/2020/493). Ces liens étroits existant entre les talibans et le groupe terroriste semblent difficiles à rompre en raison d'amitiés réciproques, de combats communs, de liens matrimoniaux et d'une évidente proximité idéologique. Cet état de fait ne semble pas s'orienter vers un grand changement comme noté par le 27ème rapport de l'Equipe d'appui analytique et de surveillance des sanctions qui, le 2 février 2021, indique que « les Etats Membres n'ont que peu d'indications de changements importants dans les relations entre Al-Qaida et les talibans » (S/2021/68 §63). Concernant la mise en place d'un dialogue inter-afghan, la crise sanitaire ainsi qu'une querelle interne au gouvernement afghan ont empêché la tenue de discussions en mars 2020 comme prévu initialement bien que celles-ci aient pu débuter à partir de septembre 2020 ouvrant notamment la question de la répartition du pouvoir dans le pays. A cet égard, depuis les élections législatives de 2018, le pouvoir est aux mains d'un gouvernement d'union nationale dont l'autorité et la légitimité ne sont pas reconnues par les talibans qui y voient un pantin des Américains. De plus, la conception du régime politique à instaurer en Afghanistan diverge nettement entre les deux groupes : alors que le gouvernement en place et allié des Etats-Unis plaide pour le maintien d'un régime de type présidentiel (type de régime présent en Afghanistan depuis l'adoption de la Constitution du 3 janvier 2004 (*https://mjp.univ-perp.fr/constit/af2004.htm)*, les talibans quant à eux prêchent pour l'institution d'un Emirat

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

islamique d'Afghanistan comme celui précédant l'intervention américaine de 2001 (L. RENAUD, « Les discussions de paix en Afghanistan », *LawWorld,* 2. Ainsi, l'enjeu du retrait américain se place aussi dans le champ de l'avenir constitutionnel du pays. Cela se traduit sur le terrain par le fait que, selon l'OTAN, « *the Taliban refrained from attacks against Coalition Forces; however they increased attacks against ANDSF to levels above seasonal norms* » (RS, response to SIGAR vetting, 4/17/2020, citée dans le rapport au Congrès du 30 avril 2020 du *Special inspector general for Afghanistan reconstruction* p.62). Ainsi, l'accord semble porter ses fruits quant à l'arrêt des hostilités entre les soldats de la coalition et les talibans sans toutefois engendrer un tel effet sur le conflit interne entre le gouvernement et les talibans. Cette hausse des violences contre les autorités nationales afghanes a par ailleurs été confirmée par la Mission d'Assistance des Nations Unies en Afghanistan (*https://unama.unmissions.org/sites/default/files/27_april_2020_-_more_than_500_civilians_killed_in_afghanistan_conflict_during_first_quarter_2020_english.pdf*). A ces difficultés, s'ajoute un partage du pouvoir toujours très fragile au sein du gouvernement afghan entre le Président Ghani et son adversaire politique Abdullah (C. HAQUET, « Afghanistan : l'alliance entre Ashraf Ghani et Abdullah, une entente tactique et fragile », *L'Express* du 27 mai 2020), cette situation interne offrant aux talibans une plus grande marge de manœuvre dans leurs activités antigouvernementales.

Malgré ces éléments d'incertitude quant au respect des termes de l'accord par les talibans, le 15 janvier 2021 les Etats-Unis annoncent une réduction importante des troupes stationnées en Afghanistan. Pourtant, de nombreux observateurs rapportent que la violence dans le pays continue d'augmenter par l'intermédiaire d'attaques menées par les groupes talibans afin de faire perdre au gouvernement afghan la maîtrise de son territoire. Il semble à cet égard que les frappes aériennes américaines demeurent un outil indispensable au gouvernement de Kaboul pour conserver cette relative maîtrise de la situation (S. GEORGE, « *The Taliban is on the offensive. Keeping the militants at bay : US. Airstrikes, even as bases close and troops leave* », *The Wahsington Post,* Nov. 21, 2020). Ainsi, l'annonce du retrait américain, loin de favoriser les pourparlers, a compliqué les affaires du gouvernement afghan qui perd de sa force dans les négociations inter-afghanes après avoir déjà dû concéder, à contre-cœur, la libération des 5 000 prisonniers talibans aux termes de l'accord Etats-Unis-Talibans (P. CONSTABLE, « Peace talks are faltering, violence has surged, and U.S. troops are pulling out. Can the Afghan government withstand the pressure ? », *The Washington Post,* Jan. 13, 2021).

Le gouvernement afghan n'est par ailleurs pas le seul à voir d'un mauvais œil ce retrait américain. En effet, le Congrès s'est opposé au retrait des troupes et a interdit au Pentagone l'utilisation de fonds pour mener cette réduction de troupes à travers le *National Defense Authorization Act for Fiscal Year* de 2021, illustrant une nouvelle fois la tendance de l'organe législatif américain à recourir à l'arme budgétaire pour faire infléchir la politique de l'exécutif. Ce texte énonce que l'administration Trump ne peut accéder aux fonds qu'en fournissant une évaluation de l'effet d'un tel retrait sur la mission de contre-terrorisme en cours ou en soumettant une dérogation accompagnée d'une justification écrite concernant l'importance de ce mouvement de troupes pour les intérêts américains de sécurité nationale (texte disponible ici : *https://www.washington post.com/context/national-defense-authorization-act-for-fiscal-year-2021/19b24912-9f30-45ae-9c89-ac7126757c77/?itid=lk_inline_manual_8* pp.1355-1359). A cet égard, force est de constater que le *statement* du 15 janvier 2021 ne comporte ni évaluation ni dérogation comme exigé par le *National*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Authorization Act. Face à ce manquement, l'administration Trump a été obligée de rédiger une dérogation pour satisfaire aux exigences du Congrès américain. Cependant, cela n'a pas fait taire l'opposition au retrait qui se fonde sur deux points principaux : l'atteinte aux exigences du contre-terrorisme et l'accord Etats-Unis-Talibans de février 2020. Ainsi, plusieurs représentants ont souligné le fait qu'il était assez peu probable que le maintien d'un *quorum* de 2500 soldats sur place suffise à mener effectivement les missions de contre-terrorisme en Afghanistan contrairement à ce qu'affirme la déclaration du 15 janvier (critique d'autant plus pertinente que les objectifs de contre-terrorisme peinent à être atteints malgré le taux d'engagement américain actuel) ; d'autres insistent sur le fait que ce retrait viole l'*Agreement for Bringing Peace to Afghanistan* précité en organisant un retrait des troupes alors que les obligations pesant sur les talibans aux termes de l'accord ne sont pas remplies (notamment le volet concernant la fin des liens entre les talibans et les entités terroristes internationales comme Al-Qaida et l'Etat islamique) (S. GEORGE, « *U.S. forces in Afghanistan cut to 2,500, lowest level since 2001* », *The Washington Post,* Jan. 15, 2021). Il semble à cet égard que la mise en application de l'accord ait suivi, conformément aux attentes initiales des talibans, non pas un schéma de réciprocité mais une priorité de mise en œuvre des obligations pesant sur Washington et l'octroi d'une forme de présomption de bonne foi au bénéfice des talibans peu commune dans le registre discursif habituel du Président Trump.

Ainsi, cette annonce de retrait étant loin de faire l'unanimité tant aux Etats-Unis qu'en Afghanistan, c'est peut-être cela qui explique la remise en cause de cette déclaration par l'administration Biden nouvellement élue. En effet, le Président Biden par l'intermédiaire d'Anthony Blinken a annoncé en février 2021 vouloir revoir l'accord signé en février 2020 notamment pour évaluer le respect par les talibans de leurs obligations concernant la rupture des liens avec les groupes terroristes, la réduction des actes de violence et la conduite de négociations inter-afghanes (« Afghanistan : Joe Biden veut revoir l'accord signé avec les talibans », *Radio-Canada,* 23 janv. 2021). M. Blinken n'a alors pas spécifié la capacité opérationnelle qui continuerait à stationner en Afghanistan mais l'objectif affiché était de permettre une effectivité de la mission de contre-terrorisme ainsi que l'obtention de garanties quant au sort de la société civile une fois le retrait effectué (J. FOLLOROU, « Afghanistan : l'administration Biden remet en cause les promesses de Donald Trump aux talibans », *Le Monde* du 20 janv. 2021). De ce fait, ce n'est pas tant une remise en cause de la substance de l'*Agreement for Bringing Peace to Afghanistan* qu'un retour à l'idée de réciprocité de sa mise en œuvre qui semble guider la politique du Président Biden. Il apparaît à cet égard que l'OTAN suive la ligne de la nouvelle administration américaine en subordonnant leur désengagement en Afghanistan à un effort de la part des talibans dans le respect de leurs engagements vis-à-vis des liens qu'ils entretiennent avec les organisations terroristes internationales (R. EMMOTT, « Le retrait de l'Otan d'Afghanistan dépendra du niveau de violences », *La Tribune,* 15 févr. 2021). Face à ce risque de retournement de situation, les talibans ont menacé le Président Biden d'une « tornade guerrière » en cas de remise en cause de l'accord montrant ainsi la fragilité tant de l'apaisement des relations américano-talibanes que de la pacification de la société afghane (S.E. RASMUSSEN, « Alors que l'armée américaine accélère son retrait, l'Afghanistan se prépare au pire », *L'Opinion,* 22 nov. 2020*)*. C'est peut-être cette menace qui a poussé l'administration Biden à faire preuve récemment d'une plus grande sévérité à l'égard du gouvernement Ghani en le pressant à accroître le dialogue avec les talibans dans la perspective de la mise en place d'un gouvernement intérimaire et d'une révision

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

de la Constitution incluant le droit de vote sous peine de rendre effectif le retrait américain dès le 1er mai (J. FOLLOROU, « L'administration Biden accroît la pression sur le régime de Kaboul », *Le Monde* du 9 mars 2021). En somme, alors que la déclaration du 15 janvier jetait un vent d'incertitude quant au sort du gouvernement Ghani et de la population afghane, le changement opéré par l'administration Biden laisse ouverte la question du désengagement de la coalition et de ses modalités de mise en œuvre. Le peuple afghan quant à lui, relégué au rang de simple observateur, continue de subir, impuissant, les affres des jeux de puissance et ses funestes conséquences.

A.B.

ETATS-UNIS – CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME

Décision des Etats-Unis de « renouer » avec le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies

2021/2.26 – Le premier discours de politique étrangère du nouveau Président des Etats-Unis, Joe Biden, a clairement confirmé ce qui était anticipé : une rupture radicale avec celle qu'avait menée son prédécesseur. L'annonce du « retour » de la première puissance sur la scène internationale devra alors passer par une réactivation du multilatéralisme et une promotion des « valeurs » (*https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/02/04/remarks-by-president-biden-on-americas-place-in-the-world).* Les actes suivent rapidement avec deux décisions d'importance : le retrait de la notification de retrait de l'Organisation mondiale de la santé (*https://www.whitehouse. gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/letter-his-excellency-antonio-guterres)* et l'acceptation de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015 *https://www.white house.gov/briefing-room/statements-releases/2021/01/20/paris-climate-agreement/*) (v. cette « Chronique », n°2021/1.6). Identiques par le symbole ces décisions se distinguent cependant par leur objet. La première, qui illustre une procédure singulière mais déjà observée par exemple pour la Cour pénale internationale (v. cette « Chronique », n°2017/2.30), ne consiste pas en la réintégration de l'organisation internationale dans la mesure où elle intervient avant que la décision initiale de retrait ne soit devenue effective ; elle vise plus simplement à assurer le maintien à terme de la qualité d'Etat membre des Etats-Unis. La seconde, en revanche, consacre bien leur retour parmi les Etats parties à l'Accord de Paris, la dénonciation notifiée le 4 novembre 2019 ayant pris effet au 4 novembre 2020 (La référence faite à l'« acceptation » indique qu'il s'agit en l'occurrence de venir confirmer la signature de l'Accord intervenue le 22 avril 2016, bien plutôt que d'y adhérer. C'est d'ailleurs ce que confirme le site de la collection des traités des Nations Unies : *https://treaties.un.org/ Pages/ViewDetails.aspx?src=IND &mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_fr#2*. Ces deux procédures, ainsi différentes par leur objet, découlent cependant pareillement de l'expression unilatérale de la volonté des Etats-Unis de demeurer (OMS) ou d'être de nouveau (Accord de Paris) liés par un traité international.

D'une autre nature est l'intention de « renouer immédiatement et fermement avec le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies » qu'exprime, dans le prolongement de la déclaration du Président Biden sur les orientations de sa politique étrangère, le Secrétaire d'Etat Antony Blinken dans un communiqué du 8 février 2021 *https://www.state.gov/ translations/french/decision-des-etats-unis-de-renouer-avec-le-conseil-des-droits-de-lhomme-des-nations-unies/*). La portée de ce « retour » n'est certes pas à négliger, qui a

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

été salué comme tel notamment par le Secrétaire général des Nations Unies (*https://news.un.org/en/story/2021/02/1084182*). Elle n'en doit pas moins être doublement relativisée : d'une part, il ne s'agit pas ici de recouvrer sinon même de préserver la qualité de membre d'un traité ou de partie d'une organisation internationale mais, seulement, d'annoncer le renforcement de la participation au sein de l'organe d'une organisation internationale ; d'autre part, ce « retour » n'opère pas, à l'analyse, de rupture aussi fondamentale qu'elle pourrait sembler le faire avec la situation précédente.

Un retour (relativement) limité au titre de la participation au Conseil des droits de l'homme. Les relations entre les Etats-Unis et le Conseil des droits de l'homme ont pour le moins débuté sous de mauvais auspices, si l'on se souvient qu'ils comptent parmi les quatre Etats ayant voté contre l'adoption de la résolution 60/251 du 15 mars 2006 par laquelle l'Assemblée générale avait institué l'organe subsidiaire. L'arrivée de Barak Obama à la Maison blanche opère un changement substantiel d'approche, que traduit une première élection des Etats-Unis en qualité de membre le 12 mai 2009. Elle est suivie par une seconde le 28 octobre 2016. Dès sa prise de fonction en janvier 2017, la nouvelle Administration Trump fait à l'inverse part de réserves appuyées à l'égard du Conseil des droits de l'homme. Elles sont notamment exposées dans un discours présenté au *Graduate Institute of Geneva* le 6 juin 2017 par Nikki Haley, ambassadrice des Etats-Unis auprès de l'Organisation des Nations Unies (*https://perma.cc/R56F-FV88*). Exprimant les interrogations de Washington quant à sa participation pérenne à l'organe des droits humains, elle la subordonne à une réforme profonde qu'elle articule essentiellement autour de deux axes. D'une part, une plus grande vigilance et exigence au niveau de l'élection de ses membres est attendue, afin d'empêcher que des Etats considérés comme peu respectueux des droits humains n'obtiennent de sièges. L'autre sujet litigieux concerne le point particulier de l'ordre du jour du Conseil des droits de l'homme portant sur les violations des droits humains et les implications de l'occupation israélienne en Palestine dans les territoires occupés. La critique de ce « biais » israélien est ancienne et récurrente, ayant notamment largement contribué au retrait des Etats-Unis de l'UNESCO (v. cette « Chronique », n°2018/1.23).

Constatant l'absence d'évolution sur ces deux points, Nikki Haley annonce le 19 juin 2018 la décision des Etats-Unis de rendre leur siège au Conseil des droits de l'homme. L'hypothèse, non anticipée lors de sa création, soulève alors plusieurs questions juridiques (v. cette « Chronique », n°2018/3.54). Le « retrait » n'en est pas moins acté et dès le 2 juillet 2018 le Groupe des Etats d'Europe occidentale et autres Etats, dont relèvent les Etats-Unis propose la candidature de l'Islande afin de pourvoir au siège ainsi vacant (rappelons que les 47 sièges au Conseil sont répartis entre les 6 régions identifiées au sein de l'Organisation des Nations Unies). L'Islande est élue par l'Assemblée générale le 13 juillet 2018 (Décision 72/403) avec un mandat alors temporellement limité, puisque devant courir jusqu'au terme de celui initialement imparti aux Etats-Unis (31 décembre 2019). Au 1er janvier 2020, elle est donc remplacée par les Etats de son groupe (Allemagne et Pologne) élus le 17 octobre 2019.

Dans ce contexte, la volonté des Etats-Unis de « renouer » avec le Conseil des droits de l'homme ne signifie pas réintégration immédiate en tant que membre. Dans un premier temps, comme l'énonce le Secrétaire d'Etat Antony Blinken dans le communiqué précité du 8 février 2021, cela doit consister à participer à ses travaux en qualité d'observateur. Cette modalité, prévue à l'article 7 du Règlement intérieur du Conseil des droits de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'homme au profit d'Etats non membres, mais également des institutions spécialisées, d'autres organisations intergouvernementales, d'institutions nationales des droits de l'homme et d'organisations non gouvernementales, leur permet alors d'assister aux sessions, ordinaires comme extraordinaires, du Conseil. Il leur est en outre accordé d'y jouer un rôle qui, pour demeurer moindre que celui réservé aux Etats membres, n'en n'est pas moins réel : destinataires de tous les documents du Conseil (Règlement intérieur, article 14) ils peuvent par exemple intervenir dans le cadre de l'examen périodique universel et soutenir des projets de résolution portés par des membres. On conçoit ainsi aisément l'attachement des Etats non-membres du Conseil à user de cette prérogative, et le fait que plus d'une centaine en bénéficie à chaque session. L'on mesure donc la portée de la décision des Etats-Unis de ne pas même se prévaloir de cette possibilité à la suite de leur retrait en 2018.

Cette parenthèse se referme lors de la 46ème session du Conseil des droits de l'homme qui s'ouvre le 22 février 2021. Cette session est en outre l'occasion d'affirmer d'emblée la volonté d'approfondir la nature de la relation avec l'organe des droits humains : dans une déclaration faite dans le cadre de son débat de haut-niveau, le Secrétaire d'Etat Antony Blinken annonce en effet que les Etats-Unis « *will seek election to the Human Rights Council for the 2022-2024 term* » (*https://geneva.usmission.gov/2021/02/24/ secretary-hrc/*). Sur le fond, il développe par ailleurs certaines des orientations déjà esquissées dans le communiqué du 8 février 2021 ; orientations témoignant d'une certaine rupture dans la continuité par rapport à la période précédente.

Une rupture partielle avec la période précédente. La décision de quitter le Conseil des droits de l'homme en 2018 s'était accompagnée de l'annonce de l'intention de reconsidérer la contribution des Etats-Unis au financement du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH) dont il relève (« *Bolton presses Russia about meddling in U.S. election process », Politico,* Aug. 23, 2018). Menace sérieuse dès lors que l'on considère la participation substantielle à son budget (On se rappelle que cette « arme financière » avait notamment été utilisée au détriment de l'UNRWA : v. cette « Chronique », n°2018/4.77) : premier contributeur au titre des ressources ordinaires de l'Organisation des Nations Unies (22%), Washington est aussi classiquement le principal pourvoyeur de contributions volontaires auprès du HCDH. A cet égard si, en dépit de la perspective un temps évoquée de déduire la part devant être versée à ce dernier de la contribution globale due à l'Organisation des Nations Unies. il n'est pas possible d'agir sur le montant des ressources ordinaires pour viser directement les activités du HCDH sans violer les obligations institutionnelles, une diminution des contributions volontaires reste en revanche pleinement envisageable. Et elle pourrait avoir un impact d'autant plus grand que ces ressources abondent à plus de 2/3 le budget du HCDH. Ce moyen de pression n'a en réalité pas été pleinement mobilisé : le recul des contributions versées pour les années 2018 (18 427 371 dollars US) et 2019 (18 200 211 dollars US) par rapport à 2017 (20 160 912 dollars US) est nuancé par la substantielle hausse pour 2020 (27 937 650 dollars US) ; en outre, si les Etats-Unis avaient décidé contrairement aux années précédentes d'affecter pour les années 2018 et 2019 l'ensemble de ces fonds à des programmes déterminés, dans le but évident d'en contrôler la ventilation, l'on constate qu'ils n'avaient pas alors exclu le sous-programme 4 portant sur le « soutien au Conseil des droits de l'homme et à ses procédures spéciales » (Le montant affecté à ce sous-programme étant au reste demeuré substantiel : 1 782 000 dollars US).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

L'absence de rupture totale avec le Conseil est confirmée par le fait que les Etats-Unis ont consenti pendant cette période à transmettre au Conseil des droits de l'homme leur « Rapport national » dans le cadre du troisième cycle de l'Examen périodique universel (Doc. NU A/HRC/WG.6/36/USA/1, mai 2020 (*https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/204/17/PDF/G2020417.pdf?OpenElement*). Leur volonté de participer « *activement* » à cette procédure s'était alors adossée à la conviction « qu'on ne peut jouer un rôle de chef de file dans le domaine des droits de l'homme qu'en montrant soi-même l'exemple ». Ne dissimulant pas les « divergences d'ordre politique avec le Conseil [des droits de l'homme] », les Etats-Unis indiquaient cependant souhaiter continuer « à plaider en faveur des réformes qui doivent être entreprises pour garantir [son] intégrité, [s]a légitimité et [s]a responsabilité ».

Il est alors intéressant de constater que cette intention d'œuvrer dans le sens d'une réforme du Conseil devra notamment déterminer la relation que propose d'instaurer le Secrétaire d'Etat Antony Blinken dans le communiqué de presse précité du 8 février 2021. Il y souligne en effet les « imperfections » d'un organe dont « le programme, la composition et l'orientation doivent être réformés, notamment en ce qui concerne l'attention disproportionnée qu'il porte à Israël ». Sur le second point, Antony Blinken demande ainsi dans sa déclaration faite le 24 février 2021 devant le Conseil des droits de l'homme « *to eliminate Agenda Item 7* ». On note ici la continuité avec les propos rapportés plus haut de Nikki Haley. L'objectif d'amender le Conseil des droits de l'homme est une autre constante dans la politique étrangère des Etats-Unis depuis la création de l'organe des droits humains. Une différence s'observe cependant quant aux moyens devant être mobilisés à cette fin : tandis que l'Administration Trump souhaitait s'appuyer sur une pression externe, c'est une action résolue au sein du Conseil qui doit l'amender pour le gouvernement actuel. Antony Blinken est ici très explicite lorsqu'il souligne dans le communiqué du 8 février 2021 que le retrait de juin 2018 *« n'a rien fait pour encourager un changement significatif, mais a plutôt créé un vide au niveau du leadership des Etats-Unis »*, affirmant, à l'inverse, que « *la meilleure façon d'améliorer le Conseil est de s'engager avec lui et ses membres en se fondant sur des principes* ».

Ces éléments de continuité ne doivent certes pas dissimuler la réalité du changement opéré. La volonté exprimée par le Secrétaire d'Etat, dans sa déclaration précitée du 24 février 2021, d'inscrire la lutte contre le racisme « *at the top of the global human rights agenda* » l'illustre clairement. Elle témoigne de l'intention évidente de se démarquer de la mandature précédente au sein, précisément, d'une institution où le sort réservé aux personnes racisées, spécialement à la suite de la mort de George Floyd, avait provoqué de vifs débats. Les Etats-Unis avaient alors pesé de tout leur poids pour infléchir la portée du texte finalement adopté (« Promotion et protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des Africains et des personnes d'ascendance africaine contre les brutalités policières et autres violations des droits de l'homme », Résolution 43/1 du 19 juin 2020) et empêcher la mise en place d'une commission d'enquête. Cette séquence avait donné lieu à des propos particulièrement acerbes de l'Administration étatsunienne à l'encontre du Conseil, en particulier, de l'Organisation des Nations Unies, en général. Il n'est alors pas sans intérêt de noter que la promotion de la question de la lutte contre le racisme dans le contexte des droits humains que souhaitent actuellement porter les Etats-Unis rencontre un souhait identique exprimé par le Secrétaire général des Nations Unies, également, à l'occasion de la 46ème session du Conseil des droits de l'homme (*https://www.ohchr.org/ FR/NewsEvents/Pages/Display*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

News.aspx?NewsID=26769&LangID=F). Cette convergence n'est assurément pas anodine. Elle témoigne à tout le moins de la claire volonté de Washington de renouer, au-delà du Conseil des droits de l'homme, avec l'Organisation des Nations Unies et, plus largement, de réactiver le multilatéralisme.

F.A.

ETATS-UNIS – RUSSIE

Ciel fermé pour le vol Washington – Moscou

2021/2.27 – Les relations entre les Etats-Unis et la Russie n'en finissent pas de se tendre sur toile de fond céleste. En réponse au retrait américain du traité « Ciel ouvert » en novembre 2020, c'est à présent au tour de la Russie de dénoncer l'accord.

Le Traité Ciel Ouvert. Signé à Helsinki le 24 mars 1992 mais seulement entré en vigueur au 1er janvier 2002 (les Etats-Unis ayant attendu huit ans que la Russie ne le ratifie en 2001), le *Traité sur le régime « ciel ouvert »* met en place un régime de surveillance réciproque et non armée de la totalité du territoire des Etats parties. Les buts poursuivis par la mise en place de cet instrument de contrôle des installations militaires des Etats parties étaient « d'accroitre l'ouverture et la transparence, faciliter le contrôle du respect des accords existants et futurs de limitation des armements et renforcer la capacité de prévention des conflits et de gestion des crises » (Préambule, alinéa 6). Le *Traité* institue alors le régime « applicable à la conduite de vols d'observation par les Etats Parties au-dessus des territoires d'autres Etats Parties, et énonce les droits et obligations qui en découlent » (Article I, 1). L'objectif était principalement de renforcer la confiance et la transparence militaires entre les Etats parties en instituant un mécanisme de quotas de survol de chaque partie. Ces quotas garantissaient un équilibre entre le nombre de survols menés et subis par les Etats, lesquels doivent accepter de subir un certain nombre de survols (quota passif) puis peuvent ensuite effectuer autant de vols d'observation qu'ils en ont reçus (quota actif).

Retrait américain. Or, depuis plusieurs années, le gouvernement américain estime que la Russie ne respecte pas les quotas imposés par le Traité Ciel ouvert en interdisant les survols d'observation de régions sensibles. Ainsi, par exemple, de la région d'Ossétie du Sud au début des années 2000, ou encore, plus récemment, l'interdiction à tout avion allié d'approcher à plus de 500 kilomètres de Kaliningrad, l'enclave russe située entre la Lituanie et la Pologne. Reprenant ces constats dans un communiqué après l'annonce du retrait de son Etat, Mike Pompeo, alors chef de la diplomatie américaine, y ajoutait que la Russie se comportait « comme si [elle] était libre d'annuler ses obligations selon son désir, en refusant ou restreignant illégalement les vols d'observation d'*Open Skies* quand elle le souhaite. » Ajoutons également les déclarations de Jonathan Hoffman, porte-parole du Pentagone : « la Russie viole continuellement et de façon flagrante ses obligations selon le traité *Open Skies* et l'applique d'une façon qui menace les Etats-Unis, ainsi que nos alliés et partenaires ».

Retrait russe. A la suite de leurs homologues américains, c'est au tour des officiels russes de multiplier les répliques, depuis mai 2020, au retrait américain. En janvier 2021, c'est le ministre des affaires étrangères, Sergueï Lavrov, qui annonce dans un communiqué le commencement « des procédures pour le retrait de la Fédération de Russie du traité Ciel ouvert » estimant que depuis la date du retrait américain « l'équilibre des intérêts des Etats participants […] a été considérablement perturbé, de graves dommages ont été causés à

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

son fonctionnement et le rôle du traité Ciel ouvert comme instrument de renforcement de la confiance et de la sécurité a été miné ». Le retrait russe marque la fin de la portée stratégique du traité Ciel ouvert. En effet, ne restent maintenant que des signataires pratiquement tous membres de l'OTAN…

Loi des séries. Ce retrait commun n'est pas le premier du genre. Depuis quelques années, USA et Russie se retirent peu à peu d'accords internationaux signés pendant ou à la fin de la Guerre froide, témoignant d'une tension croissante entre les deux puissances. En 2019, les deux se retiraient déjà de l'historique *Traité sur les forces nucléaires intermédiaires*. Adopté en pleine Guerre froide, cet accord éliminait tous les missiles de croisière et balistiques lancés depuis le sol d'une portée de 500 à 5 500 km. Le schéma fut à l'époque identique à celui des retraits du traité Ciel ouvert : les Etats-Unis se retirent, estimant les trop nombreuses violations russes incompatibles avec leur maintien dans l'accord, puis la Russie annonce son retrait en réplique.

Traité de l'espace. Ces dénonciations, si elles sont souvent décrites comme historiques et inédites par la presse, ne sont en réalité que la continuité d'une tension sous-jacente entre les deux blocs, liée à l'utilisation militaire du ciel et de l'espace extra-atmosphérique. Depuis plusieurs années déjà, Russie et Chine militent au niveau international pour l'adoption d'un traité multilatéral de pacification totale du cosmos. L'utilisation militaire de l'espace extra-atmosphérique est pour l'heure régie par le « Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes »s (ou *Traité de l'espace* ci-après) en vigueur depuis 1967 et ratifié aujourd'hui par plus de 110 Etats dont toutes les puissances spatiales. L'article 4 du *Traité* stipule une totale démilitarisation des corps célestes. Mais *a contrario* de cette sanctuarisation de la Lune et autres planètes du système solaire, les orbites terrestres, elles, ne sont exemptées que des objets porteurs d'armes de destruction massive. Autorisant ainsi les activités militaires d'observation et de reconnaissance depuis l'espace extra-atmosphérique, lequel est libre d'utilisation par tous les Etats (*Traité de l'espace*, Article premier). Dès lors, le survol et la reconnaissance du territoire d'un Etat sont interdits dans son espace aérien sur lequel il conserve toute sa souveraineté (Convention de Chicago, Article premier) mais sont autorisés dans l'espace extra-atmosphérique situé au-dessus de son espace aérien, c'est-à-dire à partir de cent kilomètres d'altitude.

Militarisations récentes. Dès l'adoption du *Traité* de 1967, Etats-Unis et URSS n'ont cessé de militariser l'espace circumterrestre. Depuis la chute de l'Union soviétique, la Russie et la Chine conduisent nombre de programmes spatiaux militaires d'ampleur sur lesquels elles ne communiquent pas, à l'inverse des américains qui ont annoncé il y a quelques années en grande pompe la création de leur *Space Force*. Mieux encore, lancée dans un jeu diplomatique hypocrite, l'alliance sino-russe ne cesse, dans les sommets internationaux dédiés aux utilisations pacifiques de l'espace (par exemple au *First United Nations Conference on Space Law and Policy*, organisé par la Russie à Moscou en septembre 2018), d'insuffler l'idée que les Etats-Unis sont opposés à l'adoption d'un nouvel accord de démilitarisation totale de l'espace. Ayant poussé cette logique à d'autres traités, les russes ont profité de l'impulsivité de l'ancien président Donald Trump pour justifier leurs retraits successifs des différentes conventions de désarmement. Seules les quatre années qui viennent nous diront si ces stratégies diplomatiques s'infléchiront du fait de la nouvelle administration américaine.

R.C.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

FRANCE – NATIONS UNIES

La France s'exprime devant la Quatrième Commission des Nations Unies sur la Polynésie française : une vraie fausse actualité

2021/2.28 – Le 23 octobre 2020, tandis que les bancs de la Quatrième Commission des Nations Unies sont inhabituellement calmes en raison de la pandémie, le représentant permanent de la France, Nicolas de Rivière, s'exprime sur la Polynésie française. L'information est d'abord passée inaperçue, les représentants du territoire ultra-marin comme les pétitionnaires, présents chaque année en nombre – ils étaient vingt-huit en 2019 (A/C.4/74/SR.3) –, ayant été contraints de déserter le sol américain. Elle a été rendue publique en Polynésie française le 6 décembre, suscitant alors une effervescence inattendue. Les médias locaux, presse écrite ou télévision, ont unanimement titré sur la « révolution diplomatique » de la première prise de parole française (*Tahiti Info*, 6 décembre 2020 ; *Polynésie la 1ère*, 7 décembre 2020 ; *La Dépêche de Tahiti*, 8 décembre 2020). L'information est commentée par l'un des spécialistes polynésiens des relations internationales (interview *Polynésie la 1ère*, 7 décembre 2020). Elle est reprise, avec une judicieuse prudence, par l'un des avocats les plus engagés au service d'associations des victimes des essais nucléaires (Ph. Neuffer, *TNTV*, 7 décembre 2020). Mais surtout, le parti politique indépendantiste, le *Tavini Huiraatira, no te ao Maohi* (*Front de libération de Polynésie*) et son chef emblématique, Oscar Temaru, s'en empare. Par un communiqué de presse du 12 décembre, intitulé « Les tentatives de désinscription orchestrées par l'Etat français » (*Polynésie la 1ère*, 14 décembre 2020), il souligne cette prise de parole, y décelant « un signal fort » (dans le même sens, pour l'ouverture d'un possible dialogue avec l'Etat, Ph. Neuffer, TNTV, *op.cit*.). Même le site internet *Outremers360*, site d'information nationale sur les Outre-mer, se fait l'écho de cette « première », le 14 décembre 2020. La chose est donc entendue. Le 23 octobre, « le représentant de la France s'exprime officiellement, et pour la première fois sur la question de la Polynésie française », demandant la « désinscription » de la Polynésie de la liste des territoires non autonomes » (communiqué du *Tavini*, *op.cit*).

Et pourtant. Illusion d'optique liée à l'isolement de ce territoire niché au cœur du Pacifique Sud ? Occupation du champ politique par un parti d'opposition depuis près de dix ans ? Légèreté journalistique ? Le compte-rendu analytique de la 7ème séance de la Quatrième Commission vient d'être publié (le 10 mars 2021, A/C.4/75/SR.7, § 66). Somme toute, rien de très nouveau sous le soleil new-yorkais, ou tropical, c'est selon. A l'occasion d'un débat général, la France s'est bien exprimée, faisant classiquement état de son opposition à ce que la Polynésie française soit traitée à l'aune de la Nouvelle-Calédonie. Pour cette dernière, l'Etat soutient depuis trente ans le processus d'accession, toujours hypothétique, à l'indépendance ; il participe aux débats au sein des différentes instances, communiquant, en tant que Puissance administrante, les renseignements requis en application de l'article 73, alinéa *e* de la Charte. En revanche, lorsque la « Question de la Polynésie française » vient à l'ordre du jour du Comité spécial de la décolonisation (Comité spécial des Vingt-Quatre) puis de la Quatrième Commission (Commission des questions politiques spéciales et de décolonisation), la France pratique avec une brillante constance la politique de la chaise vide. Cette absence ne signifie pourtant pas qu'elle conserve un absolu silence. Depuis 2018 en effet, (A/C.4/73/SR.6, §33.) à l'occasion de débats généraux, disjoints de l'examen d'un territoire particulier, elle réitère, dans des termes parfois identiques, son désaccord et son souhait que « la décision d'inscription de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

la Polynésie française sur la liste des territoires non autonomes soit revue » (A/C.4/74/SR.8, §28, en 2019, formule de M. Cochard, reprise littéralement par N. de Rivière en 2020 telle qu'elle figure dans le compte-rendu analytique. Pour une version légèrement différente, voir les termes de son intervention disponible sur le *Journal des Nations Unies*, 23 octobre 2020 ; voir également la couverture des réunions et communiqués de presse, *CPSD722*, le communiqué de presse précisant que la France « a formé le vœu (que le territoire) soit radié de la liste des territoires non autonomes »). Le 23 octobre constitue ainsi l'une de ces occurrences, un peu spéciale certes en raison du contexte sanitaire, mais n'attestant *a priori* aucun changement de position de l'Etat vis-à-vis de cette collectivité d'outre-mer (COM). C'est donc normalement que la résolution de l'Assemblée générale, adoptée sans vote, le 10 décembre 2020, ne fait pas état de cette prise de position étatique (A/RES/75/112).

Absente lors des débats portant sur la Polynésie française mais souhait exprimé, par ailleurs, de la voir retirée de cette liste des 17 territoires non autonomes, la diplomatie française a le mérite d'une certaine cohérence et ce depuis ce 17 mai 2013. Depuis cette date, la Polynésie française a en effet rejoint la Nouvelle-Calédonie sur la liste de ces territoires dits parfois « à décoloniser ». Cette réinscription fut la victoire d'un homme, O. Temaru, revenu à la tête de l'exécutif polynésien le 1er avril 2011. Soutenu par la très puissante Eglise protestante Ma'ohi, il parvient à convaincre de petits Etats océaniens de soutenir sa revendication d'indépendance. Le 7 février 2013, les îles Salomon, Nauru et Tuvalu déposent un projet de résolution (A/67/L.56) auquel se rallieront les Samoa, le Timor-Leste et le Vanuatu (A/67/L.56/Rev.1/Add.1). La résolution sera adoptée par consensus le 17 mai (*L'autodétermination de la Polynésie française*, A/RES/67/265, v. cette « Chronique » n°2013/3, pp. 712-713). Quelques semaines plus tard, le 11 décembre 2013, elle sera suivie d'une autre (*Question de la Polynésie française*, A/RES/68/93), prise sur la base des premiers rapports du Comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (A/68/23) puis de la Quatrième Commission (A/68/433). Désormais, l'Assemblée générale des Nations Unies « … considère que la Polynésie française reste un territoire non autonome au sens de la présente Charte… », elle « affirme le droit inaliénable de la population de la Polynésie française à l'autodétermination et à l'indépendance » étant entendu, précisera la résolution du 11 décembre, que c'est « à la population de la Polynésie française elle-même qu'il appartient de déterminer librement son futur statut politique ». La France doit ainsi « intensifier son dialogue avec la Polynésie française afin de favoriser la mise en place rapide d'un processus d'autodétermination équitable et effectif » (17 mai et 11 décembre). Depuis, et chaque année, la *Question de la Polynésie* est donc examinée, débattue au sein du Comité spécial de décolonisation puis de la Quatrième Commission pour donner lieu à l'adoption d'une résolution par l'Assemblée générale.

Dès 2013, la France conteste cette qualification et les conséquences qui en découlent. N'ayant pu s'opposer à l'inscription à l'ordre du jour de la résolution du 17 mai 2013, dès l'abord, elle ne participe pas à la séance et fait immédiatement part de son opposition par la voix du porte-parole du Quai d'Orsay, Philippe Lalliot, indiquant que « cette résolution est une ingérence flagrante, une absence complète de respect pour les choix démocratiques des Polynésiens, un détournement des objectifs que les Nations Unies se sont fixées en matière de décolonisation. (Elle) nie de fait la volonté exprimée de manière claire par la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

population polynésienne au suffrage universel » (Interview *Polynésie la 1ère,* 17 mai 2013). Les éléments de langage sont posés ; ils seront repris à chaque occasion (notamment lors des questions écrites ou d'actualité posées par des parlementaires au gouvernement, voir notamment la question au gouvernement posée au Premier ministre, par le député Philippe Gomès et la réponse du ministre des Affaires européennes, *JO*, 23 mai 2013, p. 5470).

Depuis 2013, la France tient le même discours : la Polynésie française n'est pas un territoire sous le joug d'une puissance coloniale dont elle voudrait se libérer ; la Collectivité d'outre-mer dispose par ailleurs d'une autonomie qui la fait échapper à la catégorie des territoires non autonomes consacrée au chapitre XI de la Charte des Nations Unies.

Depuis 2013, en Polynésie, beaucoup de choses ont changé. Au plan local, presque ironiquement depuis ce 17 mai, les polynésiens portent continument au pouvoir des autonomistes (désireux de maintenir l'intégration à la République), semblant ainsi vouloir, majoritairement du moins, reléguer le *Tavini* et son aspiration à l'indépendance, à un rôle de second plan. Bien entendu, ces différents scrutins ne valent pas référendum sur la question du statut du territoire, mais on ne peut nier qu'ils constituent des indices de la volonté de la population. C'est d'ailleurs ce que ne manque pas de souligner la délégation française (par ex., l'intervention de N. de Rivière « … nous estimons, comme vous le savez bien, que l'inscription de ce territoire de la République française sur la liste des territoires non autonomes ne correspondait pas aux choix démocratiques des Polynésiens », *Journal des Nations Unies*, *op. cit.*). C'est aussi ce que rappellent, depuis 2016, les représentants du territoire ultra-marin, notamment l'actuel Président Edouard Fritch, lors de sa première intervention devant la Quatrième Commission, le 4 octobre de la même année, (A/C.4/71/SR.3, §§6 et ss.). Trois ans plus tard, le 8 octobre 2019, il demandera officiellement le retrait de la Polynésie française de la liste des territoires non autonomes (A/C.4/74/SR.3, §18). Au plan national, la loi dite « Morin » (Loi n°2020-2 du 5 janvier 2020 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des essais nucléaires, *JORF,* 6 janvier 2010) a été modifiée à plusieurs reprises, notamment en 2017 par la loi dite « EROM » qui a enfin permis une indemnisation effective des victimes des essais nucléaires (Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, JORF, 1er mars 2017). La même année, l'Accord de l'Elysée signé par François Hollande et Edouard Fritch jette les grandes lignes de la future loi organique (Accord pour le développement de la Polynésie française signé au Palais de l'Elysée le 17 mars 2017 par le président de la République et le président de la Polynésie française*,* disponible sur le site du Conseil économique, social, environnemental et culturel – CESC – de la Polynésie française, avis n°80/2017). Adoptée le 5 juillet 2019 (Loi organique n°2019-706 du 5 juillet 2019 portant modification du statut d'autonomie de la Polynésie française, JORF, 6 juillet 2019), la loi modifie le statut de 2004 (Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française). Elle dit symboliquement que « La République reconnaît la mise à contribution de la Polynésie française pour la construction de la capacité de dissuasion nucléaire et la défense de la Nation » (article 6-1 du statut. Sur la valeur normative de cette disposition, voir l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi organique, du 29 novembre 2018, n°396068, §5 et la position du Conseil constitutionnel, décision n°2019-783 DC du 27 juin 2019, §§ 1-2), elle accentue l'autonomie du territoire, sa capacité internationale (articles 15 à 17 et 38 à 42 du statut, la Polynésie française ayant déjà été admise comme membre plénier au sein de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'organisation régionale en Océanie, le *Forum des îles du Pacifique*, en septembre 2016) et consacre la maîtrise de ses ressources maritimes (article 47 du statut, y compris, en principe du moins, sur les terres dites « rares », sur ce point voir l'avis du Conseil d'Etat précité, §14).

Satisfaisantes et/ou suffisantes ou pas, ces évolutions sont détaillées par les différents documents de travail des Nations Unies, figurent dans les résolutions successives faisant perdre une partie de leur acuité aux arguments invoqués par les indépendantistes. Il demeure qu'un retrait de la Polynésie française de la liste des territoires non autonomes n'est probablement envisageable qu'au terme d'une consultation de la population polynésienne ; que celle-ci décide, pour son « futur statut politique », une émancipation, une association ou le maintien dans le giron républicain. Les pérégrinations onusiennes des pétitionnaires reprendront donc dès que la situation sanitaire le permettra, tandis que le représentant de l'Etat persistera vraisemblablement à déserter les rangs de la Quatrième Commission lorsque la *Question de la Polynésie française* sera discutée. La France ne semble en effet pas prête à accepter une solution de type « calédonien » – il faut avouer qu'aucune situation insurrectionnelle ne l'y a incitée – et rien ne dit par ailleurs que la population polynésienne aspire à couper le lien, notamment financier, avec l'Etat français.

F.P.

FRANCE – RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Arrestation de Roger Lumbala

2021/2.29 – Le 29 décembre 2020, Roger Lumbala est arrêté à Paris par l'Office central de lutte contre les crimes contre l'humanité, les génocides et les crimes de guerre (« OCLCH »). Placé en détention provisoire depuis le 2 janvier 2021, M. Lumbala comparait le 19 janvier devant la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris à la suite de sa demande de libération provisoire. Celle-ci est rejetée aux motifs d'un risque de fuite au Kenya ou au Canada où deux de ses enfants résident. Selon ses avocats, Me Roxane Best et Me Antoine Van Rie, son maintien en détention s'explique par les charges qui pèsent contre lui (crimes contre l'humanité). L'instruction désormais en cours permettra d'identifier le rôle de M. Lumbala dans le cadre de la chaîne de commandement militaire et d'établir sa part de responsabilité dans les crimes commis. Ce dernier « conteste formellement avoir été à la tête des forces armées qui ont commis les exactions » (J. Tilouine, « L'ancien chef de guerre congolais Roger Lumbala maintenu en détention », *Le Monde* du 19 janv. 2021).

Roger Lumbala est un politicien congolais, né dans le Kasaï-Occidental en 1958, qui a fondé le Rassemblement des Congolais démocrates et nationalistes (« RCDN »), un parti politique qui succèdera au Rassemblement Congolais pour la Démocratie – Nationale (« RCD-N »). Les faits pour lesquels M. Lumbala est mis en cause ont eu lieu pendant la deuxième guerre du Congo, qui débute le 2 août 1998. On s'en souvient, les armées rwandaises et ougandaises franchissent la frontière et tentent de renverser le gouvernement de Laurent-Désiré Kabila. En 2003, l'*International Rescue Committee* estime que plus de 3,3 millions de personnes sont mortes à la suite de ce conflit. Le Bureau des Nations Unies pour la coordination de l'assistance humanitaire évalue le nombre de personnes déplacées à 3,4 millions (*https://www.rescue.org/sites/default/files/document/661/2006-7congo mortalitysurvey.pdf*).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

En janvier 2003, les membres du Conseil de sécurité condamnent les « massacres et les violations systématiques des droits de l'homme » qui auraient été perpétrés par le Mouvement de Libération du Congo (« MLC ») et le RCD-N en Ituri (*https://www.un.org/press/fr/2003/SC7634.doc.htm*). Le RCD-N est accusé d'avoir commis des crimes entre octobre et décembre 2002 dans la partie est de la province de l'Ituri, une province de la République démocratique du Congo (« RDC ») située au nord-est du pays. Roger Lumbala déclarait alors à la branche française de la « BBC » : « *if it turns out that one of our soldiers committed such acts, we will make him answer for his acts* » (« D.R. Congo rebels dismiss "cannibalism" », *BBC News,* Jan. 16, 2003). Il y dénonce les allégations de violation des droits de l'homme comme moyen de les discréditer alors qu'ils se préparaient à faire partie du gouvernement de transition. A cette occasion, il accuse également la mission de l'organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo (« MONUC ») de ne pas avoir honoré une procédure pourtant convenue d'un commun accord au sujet de la rédaction de leur rapport. En effet, M. Lumbala soutient avoir demandé à la MONUC de mettre en place une commission mixte avec le Rassemblement Congolais pour la Démocratie – Mouvement de Libération (« RCD-ML ») et le RCD-N pour enquêter, ce qui n'aurait selon lui pas été fait.

Il n'empêche, un gouvernement de transition au sein duquel Roger Lumbala est nommé ministre du commerce extérieur est créé le 30 juin 2003. Il s'agit d'un gouvernement d'union nationale mis en place à la suite de la signature d'un accord de paix entre les membres du dialogue inter-congolais composé du gouvernement national, du MLC, du Rassemblement Congolais pour la Démocratie (« RCD »), du RCD-ML et du RCD-N, le 17 décembre 2002 à Pretoria (*https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/249/66/IMG/N0324966.pdf?OpenElement*). Evincé en 2005, Roger Lumbala est élu au parlement, rejoint l'opposition puis crée en 2011 la plateforme de soutien à Etienne Tshisekedi (alors président de l'Union pour la démocratie et le progrès social, UDPS – et dont le fils, Félix, a été élu président de la République lors de l'élection de décembre 2018).

En 2012, Roger Lumbala contestait son implication dans la commission de crimes alors que la Cour nationale du droit d'asile examinait le bien-fondé de sa demande de protection. Il confiera à ce propos : « Je n'ai jamais fait de prison de ma vie. J'ai vécu vingt ans en France, je n'ai jamais fait l'objet de poursuites judiciaires. Il en est de même en RDC. C'est pourquoi je lance le défi à quiconque, qui a quelque chose à me reprocher, de mettre ses accusations sur la table ! » (propos rapportés par Jeune Afrique : T. Kibangula, « RDC – Roger Lumbala : "Je suis prêt à me présenter devant la CPI" », *Jeune Afrique,* 13 mai 2014). Exclu de la qualité de réfugié car l'OFPRA estimait qu'il y avait des « raisons sérieuses de penser » qu'il avait commis des crimes de droit international (article 1F de la Convention de Genève), M. Lumbala a fait l'objet d'un signalement auprès du Pôle crimes contre l'humanité du parquet de Paris (« PNAT ») sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale (« CPP ») et plus spécialement de l'article L 722-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le PNAT peut en effet ouvrir une enquête préliminaire à la suite d'un signalement de l'OFPRA ou simplement lorsqu'il estime que les faits portés à sa connaissance sont susceptibles de constituer une infraction. C'est le rapport du Projet Mapping publié par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

la RDC en août 2010, qui est à l'origine de l'ouverture d'une enquête préliminaire en 2016 (J. TILOUINE, « L'ancien chef de guerre… », *préc.*), en vertu du principe de la compétence universelle.

Ce principe permet aux tribunaux français de poursuivre et de juger, en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale (« CPI »), toute personne soupçonnée d'avoir commis à l'étranger le crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes ou délits de guerre. Le Statut de Rome de la CPI est complémentaire des juridictions pénales nationales, ce qui signifie donc que ces dernières exercent leurs compétences en priorité. Au titre de l'article 689-11 du CPP, la poursuite de ces crimes ne peut toutefois être exercée qu'à la requête du procureur de la République antiterroriste si aucune juridiction internationale ou nationale n'a demandé la remise ou l'extradition de l'individu. Le ministère public vérifie également que la CPI n'a pas initié de poursuites. Il vient s'ajouter à l'activation de la compétence de la France, la résidence « habituelle » de la personne soupçonnée sur le territoire français. Roger Lumbala disposant d'un logement en France depuis 1998, les autorités françaises sont autorisées à le poursuivre. C'est dans ce contexte qu'il est mis en examen pour complicité de crimes contre l'humanité (*https://twitter.com/afpfr/status/1346177327244472320*). Au demeurant, sa mise en examen lui permet de connaître les faits qui lui sont reprochés et de bénéficier des droits de la défense tels que l'accès au dossier et l'assistance d'un avocat.

Au-delà du rapport des Nations Unies publié en 2003, c'est au sein du rapport du Projet Mapping qui fait état de 617 faits qualifiés de violation du droit international humanitaire, de crimes de guerre et crimes contre l'humanité, que le nom de Roger Lumbala est expressément mentionné. Les « quelques militaires du RCD-National de Roger Lumbala ont affronté à plusieurs reprises les éléments de l'APC [l'Armée du Peuple Congolais est un groupe armé], l'armée du RCD-ML, pour le contrôle du district du Haut-Uélé ». Le RCD-National est décrit comme « un petit mouvement politico-militaire apparu en 2001 et présent militairement dans les régions d'Isiro et de Watsa » qui « ne disposait sur le terrain que de peu de troupes en propre » (*https://www.ohchr.org/documents/countries/cd/drc_mapping_report_final_fr.pdf*). Selon le rapport, le RCD-N aurait participé, auprès de ses alliés, à l'opération « Effacer le tableau », dont l'objectif aurait été de détruire l'APC, allié du gouvernement congolais, afin de s'accaparer des ressources naturelles sous le contrôle du RCD-ML avant la période de transition et de gagner ainsi le contrôle des territoires. En février 2003, un rapport sur la situation en RDC présenté au Conseil de sécurité par le Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme faisait déjà référence à l'opération « Effacer le tableau » qui a eu lieu en octobre 2002 et dont le but aurait été pour le RCD-N de détruire et d'attaquer de manière systématique et préméditée les populations civiles de l'Ituri (*https://undocs.org/ pdf?symbol=fr/S/2003/216*). Cette opération aurait mené, entre le 12 et le 29 octobre 2002, à la mort de 173 civils nandes et pygmées à Mambasa et dans les villages situés sur l'axe Mambasa-Beni, à Teturi, Mwemba et Byakato (*https://www.ohchr.org/documents/countries/cd/drc_mapping_report_final_fr.pdf*).
Le 30 décembre 2002, un accord de cessez-le-feu est signé à Gbadolite entre le MLC, le RCD-N et le RCD-K/ML. L'objectif est de retirer les forces à 40 kilomètres les unes des autres, et de démilitariser Mambasa et Komanda. Cela permet à la MONUC d'enquêter sur les exactions commises.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

L'arrestation de Roger Lumbala a été saluée par de nombreux activistes internationaux comme un « espoir de paix » pour la RDC et comme un espoir dans la lutte contre l'impunité (*https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/rdc/rdc-les-defenseurs-des-droits-humains-se-rejouissent-de-la-mise-en*). Un espoir mais la situation sur le terrain demeure extrêmement instable. Le 19 mars dernier, cinq personnes auraient encore été tuées lors d'une attaque dans le village Hôtel-Bega, dans la chefferie de Walese Vonkutu, dans le territoire d'Irumu (« Ituri : 5 morts dans une nouvelle incursion des rebelles ADF au village Hôtel-Bega », *Radio Okapi,* 20 mars 2021). Sept personnes auraient également été tuées lors de deux récentes attaques à Mabanga, Ele et Mahaha. En l'espace de deux mois et demi, plus de 100 personnes auraient été tuées dans la chefferie de Walese-Vonkutu (« Iturie : six civils tués dans une nouvelle attaque ADF à Irumu », *Actualite.cd,* 22 mars 2021). Entre mai et décembre 2020, 647 personnes auraient été tuées en Ituri, et 1,6 millions de personnes contraintes de fuir leur lieu de vie (« RDC : bilan mitigé pour la médiation en Ituri après plus de six mois de mission », *RFI,* 5 mars 2021).

S.D.S.

GRÈCE-TURQUIE

Discussions relatives à l'exploitation des hydrocarbures en Méditerranée orientale

2021/2.30 – Les représentants de la Grèce et de la Turquie se sont réunis le 25 janvier 2021 à Istanbul pour la 61ème session de « discussions bilatérales exploratoires », marquant la reprise d'un processus interrompu en 2016 : Ankara reprochait à la Grèce d'avoir accueilli les putschistes en fuite après la tentative de coup d'Etat du 15 juillet. Cette rencontre, suivie d'une nouvelle session à Athènes le 16 mars 2021, illustre des efforts bienvenus d'apaisement dans un contexte devenu particulièrement tendu ces derniers mois. S'il n'y a probablement pas beaucoup à attendre de cette initiative, tant les divergences sont grandes, ces réunions helléno-turques permettent au moins d'espérer une parenthèse dans l'inquiétante intensification du conflit en Méditerranée orientale. La question de l'exploitation des hydrocarbures ne constitue par ailleurs qu'un des nombreux volets d'une crise bien plus vaste, également liée aux questions migratoires, au droit d'asile, aux accusations de violation de l'embargo de l'exportation d'armes vers la Libye ou encore au rôle de la Turquie en Syrie et dans le Haut-Karabagh. Elles sont ainsi favorablement accueillies par les Etats européens (voir par exemple les déclarations du secrétaire d'Etat espagnol en charge des affaires européennes lors de sa visite en Grèce en février 2021 : *http://www.exteriores.gob.es/Portal/fr/SalaDePrensa/NotasDePrensa/Paginas/2021_NOTAS_P/20210202_NOTA13.aspx*).

Le timide pas en avant d'Erdogan vers la Grèce, et donc vers l'Union européenne, s'explique en partie par des circonstances économiques aggravées par la crise sanitaire, et promue par la médiation de longue date de l'Allemagne. Il survient dans le contexte bien connu de la Méditerranée orientale, une région riche en pétrole et en gaz où la course à l'exploitation des ressources entre les Etats riverains met la zone sous haute tension, en particulier du fait des velléités turques sur des espaces maritimes sous juridiction grecque et chypriote. Les relations historiquement tumultueuses entre Athènes et Ankara se sont cristallisées autour de l'exercice des souverainetés sur la mer Egée depuis la seconde moitié du XXème siècle, ainsi que sur l'usage de l'espace aérien la surplombant. La

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

géographie particulière de la mer semi-fermée, parsemée d'îles, ainsi que le découpage controversé des assiettes territoriales respectives des deux Etats, héritages de l'empire ottoman, se traduisent aujourd'hui par une carte politique avantageuse pour la Grèce et constamment remise en cause par la Turquie, en dépit du droit international. La proximité des îles grecques depuis la côte turque rend particulièrement délicate l'extension de la mer territoriale à 12 milles marins, un scenario évoqué par la Grèce, mais pour lequel les autorités turques ont fait clairement savoir qu'il s'agissait d'un *casus belli* (notons que cette extension est déjà intervenue pour la mer ionienne, voir le site du ministère hellénique des affaires étrangères, 13 janvier 2021). Un *statu quo* en limite la largeur à 6 milles en mer Egée depuis les années 30. La nature géologique du plateau continental fait également l'objet d'approches divergentes puisqu'une partie du talus sous-marin constituerait selon Ankara la continuité de la presqu'île d'Anatolie et non des îles grecques, auxquelles elle conteste en tout état de cause la capacité à projeter des droits sur le plateau continental, voire l'attribution de la souveraineté en elle-même (sur les revendications concurrentes relatives aux îlots de la mer Egée, voir cette « Chronique », n°2017/2.39). Ces divergences se sont en particulier manifestées depuis la découverte des premiers gisements de pétrole dans les années 70. En 1976, les célèbres explorations du navire Sismik I ont donné lieu, en pleine crise chypriote, à une intensification du conflit ayant justifié l'intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies (Résolution 395 du 25 août 1976). Saisie par la Grèce, la Cour internationale de justice ne s'est jamais prononcée sur le fond (*Plateau continental de la mer Egée*, 19 décembre 1978). Toute aussi conflictuelle est la délimitation de la zone économique exclusive, en particulier autour de l'île de Kastellorizo située à seulement 6 kms des côtes turques.

La découverte dans les années 2000 d'importants gisements de gaz a fait prendre un nouveau tournant à la contestation des espaces maritimes d'une région sur laquelle la Turquie cherche clairement à étendre son influence au travers de multiples missions de forage en violation du droit international : non signataire de la Convention de Montego Bay, Ankara dénonce l'application de dispositions relevant pourtant du droit coutumier, une posture d'objecteur persistant résistant mal aux contradictions des déclarations et de la pratique turques. Les activités d'exploration menées dans les eaux sous juridiction grecque et chypriote, sous escorte militaire, ont ainsi donné lieu à de multiples condamnations de l'Union européenne et de ses Etats membres, depuis déjà plusieurs années (voir par exemple la résolution du parlement européen du 13 novembre 2014 sur les actions turques créant des tensions dans la zone économique de Chypre, JO C 285 du 5.8.2016, p.11 ; et cette « Chronique », n° 2018/1.20).

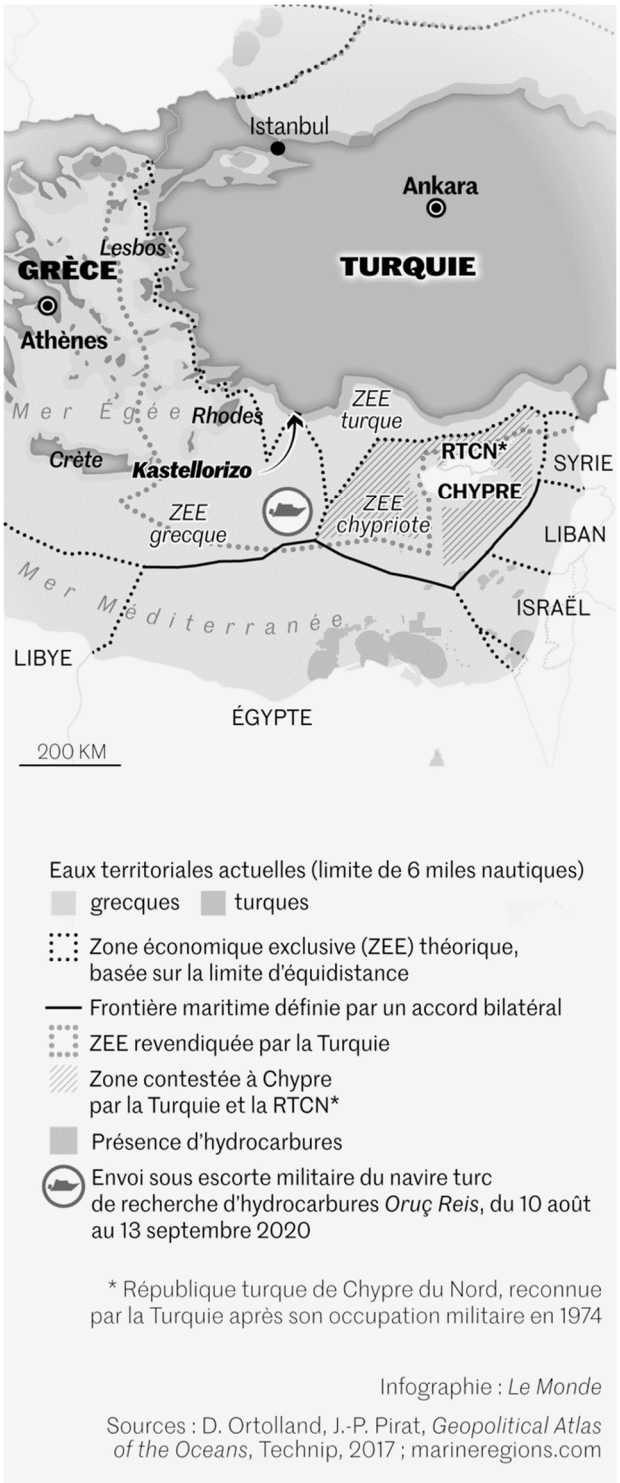
L'aggravation de la situation en 2019 a justifié la mise en place par la Conseil européen d'un régime de mesures restrictives (v. cette « Chronique », n° 2019/4.75). En mai 2019, quatre mois après la création d'un consortium multinational en charge du développement du marché du gaz en Méditerrannée orientale (*East Mediterranean Gas Forum*, organe créé par Chypre, l'Egypte, la Grèce, Israël, l'Italie, la Jordanie et l'Autorité palestinienne), la Turquie avait en effet envoyé plusieurs navires de forage dans les eaux territoriales chypriotes, dont l'activité n'avait pas été interrompue malgré l'émission d'un mandat d'arrêt conjoint avec la Grèce (*Résolution du Parlement européen sur la préparation du Conseil européen extraordinaire particulièrement l'escalade des tensions et le rôle de la Turquie en Méditerranée orientale*, 14 septembre 2020, 2020/2774/RSP). En novembre 2019, un protocole d'accord signé entre la Turquie et le gouvernement d'entente nationale

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

libyen prévoyant une nouvelle délimitation maritime entre les deux Etats avait été reçu comme une énième provocation. Le tracé consacré dans l'accord menace la sécurité maritime de la région, et, selon le Conseil européen « viole les droits souverains d'Etats tiers, est contraire au droit de la mer et ne saurait avoir de conséquences juridiques pour les Etats tiers » (Conclusions du 12 décembre 2019, EUCO 29/19 ; v. cette « Chronique », n° 2020/1.16). La Libye et la Turquie avaient alors continué d'effectuer des forages dans la zone couverte par le protocole de novembre, pendant que Chypre, la Grèce et Israël signaient un accord visant à la construction du gazoduc *EastMedPipeline* et que la Grèce et l'Italie signaient un accord de délimitation de leur ZEE. En février 2020, le Conseil européen a soumis deux personnes au régime de gel des avoirs et d'interdiction d'entrée sur le territoire de l'Union en raison de leurs responsabilités dans les activités de forage non autorisées (JO L561 du 27.2.2020, p. 5-6).

La menace d'une escalade militaire atteint son paroxysme durant l'été 2020. La signature d'un traité de délimitation maritime entre la Grèce et l'Egypte, impliquant des zones couvertes par l'accord turco-libyen de 2019, est reçu par Ankara comme une provocation, son ministère des Affaires étrangères faisant savoir qu'il nie toute valeur à un accord dont l'objet relève selon lui de son plateau continental, et sur laquelle les autorités n'autoriseront aucune activité d'exploitations des ressources (N°165, 6 Août 2020, « Communiqué de presse concernant la signature d'un soi-disant accord de délimitation maritime entre la Grèce et la Turquie » : *http://www.mfa.gov.tr/no_-165_-yunanistan-ile-misir-arasinda-sozde-deniz-yetki-alanlari-anlasmasi-imzalanmasi-hk.fr.mfa*). Au même moment, les campagnes turques de prospection reprenaient dans les eaux chypriotes et grecques avec les navires *Oruç Reis* et *Barbaros Hayredin*. La collision du premier avec une frégate grecque, officiellement qualifiée d'accident, aurait néanmoins été quelques jours après interprétée par Erdogan comme la « réponse nécessaire » à une « attaque de navires grecs » (relayé par *Opex360* du 14 Août 2020). Le 19 août, le Conseil européen exprimait sa vive préoccupation par rapport à la situation en Méditerranée orientale tout en renouvelant sa solidarité vis-à-vis de la Grèce et de Chypre (Conclusions du président du Conseil européen : *https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2020/08/19/conclusions-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-of-the-members-of-the-european-council-on-19-august-2020/*). La promesse d'achat par Athènes de 18 rafales à la France en réaction à la menace turque , confirmée en janvier 2021, semblait alors laisser de maigres perspectives de dialogue, et ne faisait qu'intensifier la militarisation de la zone (sur cette transaction et la présence militaire française en Méditerranée orientale, voir le compte rendu de l'audition par le Sénat de la commission de la Défense nationale et des affaires étrangères du Parlement grec du 2 février 2021, pendant laquelle la question des relations avec la Turquie est omniprésente : *http://www.senat.fr/commission/etr/index.html*).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021



© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Aussi l'annonce le 22 septembre 2020 de la prochaine reprise de pourparlers entre la Grèce et Athènes est apparu comme un signal plutôt inespéré et positif, bien qu'à ce stade encore peu constructif. Nombre d'observateurs en attribuent le mérite aux efforts menés par la chancelière allemande (P. Smolar et J.-F. Chapelle, « Grèce et Turquie s'engagent timidement sur la voie du dialogue », *Le Monde*, 23 septembre 2020). La pression exercée par l'OTAN n'y est pas non plus étrangère (Déclaration du secrétaire général de l'OTAN sur des pourparlers techniques en vue d'une déconfliction en Méditerranée, 3 septembre 2020 : *https://www.nato.int/cps/fr/natohq/news_177733.htm?selectedLocale=fr*). Evidemment circonspects sur les réelles perspectives de ce qui pourrait bien n'être qu'une déclaration tactique de bonnes intentions, les membres de l'UE ont toutefois salué l'avancée constituée par cette nouvelle, tout en rappelant leur attachement au respect du droit international et en réitérant des menaces de sanctions en cas de nouvelles provocations (Conclusions de la Réunion extraordinaire du Conseil européen des 1er et 2 octobre 2020, EUCO 13/20 ; le Parlement européen avait également sollicité de « nouvelles mesures restrictives » : résolution 2020/2774/RSP précitée du 14 septembre 2020). Les rencontre des ministres des Affaires étrangères Mevlut Cavusoglu et Nikos Dendias en marge du Forum sur la sécurité globale à Bratislava organisé les 7 et 8 octobre 2020, puis le 8 novembre en marge du Forum économique sur le Dialogue stratégique pour les Balkans occidentaux ont permis d'échanger sur les modalités concrètes de la reprise du cycle des discussions exploratoires (voir Ministère grec des affaires, communiqué du 8 novembre 2020 : *https://www.mfa.gr/fr/actualite/ discours/rencontre-du-ministre-des-affaires-etrangeres-nikos-dendias-avec-son-homolo gue-turc-mevlut-cavusoglu-geneve-08112019.html*).

Réunis le 25 janvier 2021 au palais de Dolmabahce, les représentants des deux Etats n'ont pas pu s'entendre sur l'objet des discussions, dont aucun accord n'a émergé, sauf celui de prendre date pour une 62ème session. Depuis le début du cycle en 2002, la Grèce souhaite cadrer les échanges sur le différend relatif à la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental. La stratégie turque repose sur une approche englobante, selon laquelle devraient être traitées l'ensemble des questions de souveraineté nationale, y compris l'attribution de plusieurs îles grecques, le litige relatif à l'usage de l'espace aérien, ou encore la pose de câbles sous-marins prévue par la Grèce, Israël et Chypre, qui passerait selon Ankara par son plateau continental. Elle est perçue par Athènes comme trop large pour être susceptible d'aboutir à une communauté de vues (voir Petros Liacouras, professeur à l'université de Piraeus et conseiller pour le gouvernement hellénique, répondant à la presse : *https://www.arabnews.com/node/ 1830031/world*). Toute aussi fastidieuse semble avoir été la rencontre de mars, pourtant doublée d'une réunion informelle entre les représentants des deux Etats, qui n'a donné lieu à aucune déclaration officielle (*Reuters*, 17 mars 2021).

S'il y sans doute peu à attendre de ces échanges dont le caractère de « négociations officielles » est explicitement nié (Déclarations de Nikos Dendias : *https://www.mfa.gr/fr/actualite/discours/interview-accordee-par-le-ministre-des-affaires-etrangeres-nikos-dendias-sur-le-site-efimerida-ton-syntakton-propos-recueillis-par-le-journaliste-babis-agrolabos-230121.html*), il s'agit néanmoins d'un signe bienvenu d'apaisement. Au moment de la rédaction de cette notule, une 63ème session des discussions exploratoires est attendue. Alors que les actions en mer chypriote avaient justifié de proposer de nouvelles inscriptions sur la liste des personnes visées par le régime de sanctions des forages

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

illégaux, un rapport sur les relations avec la Turquie avait été sollicité auprès de Josep Borrell et de la Commission, de façon à livrer une base pour les prochaines décisions (voir les conclusions du Conseil européen des 10 et 11 décembre 2020, EUCO 22/20). Après avoir pris connaissance du document intitulé « Etat des lieux en ce qui concerne les relations politiques, économiques et commerciales entre l'UE et la Turquie » présenté pour le Conseil européen de mars 2021, les représentants des Etats membres ont une nouvelle fois préféré temporiser en saluant notamment les efforts de dialogue engagés avec la Grèce ainsi que la suspension des forages, tout en menaçant de sanctions en cas de nouvelles provocations (Conclusions 25 mars 2021, SN 18/21).

G.G.

OMS – CHINE

Enquête de l'OMS en Chine sur les débuts de la pandémie de Covid-19

2021/2.31 – Dès les débuts de la pandémie, des demandes tendant à la mise en place d'une mission d'enquête internationale ont émergé afin de faire la lumière sur les origines du virus. Malgré la subsistance de doutes quant au degré de transparence susceptible d'être consenti par les autorités chinoises et quant à la capacité de l'OMS, fragilisée par la crise, à établir des faits en Chine, la solution de l'enquête internationale, impliquant un déplacement sur le sol chinois, paraissait d'emblée la plus adaptée. Ce mécanisme proche de l'expertise, souvent prévu dans le cadre contentieux, a pour objet d'établir des faits en vue d'une éventuelle procédure juridictionnelle (v. ainsi par ex., en matière de droit international pénal, l'article 53 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale) ou dans son cadre (articles 50 du Statut de la Cour internationale de Justice et 67 de son Règlement). Elle peut impliquer l'envoi de personnes physiques en un lieu donné, se rapprochant dans ce cas de l'inspection internationale – mécanisme notamment connu des traités Antarctique ou sur l'interdiction des armes chimiques consistant en l'envoi *in situ* d'agents, chargés de vérifier ponctuellement ou régulièrement le respect de normes internationales prédéterminées (v. A.-L. CHAUMETTE, Ch. TAMS (dir.), *L'inspection internationale / International Inspection*, La Haye, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, vol. 20, Leiden / Boston, Brill / Nijhoff, à paraître). En l'espèce, la mission, initiée au sein de l'OMS, ne devait pas déterminer la violation d'éventuelles règles de droit international par la Chine – l'on pense au Règlement sanitaire international de 2005 (RSI), dont le respect fin 2019 pourrait être interrogé. L'envoi d'une mission d'enquête – comme d'inspection – demeure conditionné par le consentement de l'Etat souverain sur le territoire duquel la visite est prévue, sauf cas rares (par exemple l'imposition d'inspections sur le sol irakien par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité du 3 avril 1991, section C, §9, b), i)). La Chine ayant d'emblée fait connaître ses réticences à accueillir une mission internationale sans pour autant pouvoir s'opposer à cette demande portée par plus de soixante Etats du monde (« Coronavirus : la Chine sur la défensive à l'assemblée de l'OMS » *Le Monde*, 18 mai 2020), l'enquête pouvait difficilement consister à évaluer la contribution, en termes politiques ou juridiques, de la Chine à la lutte contre la pandémie. Si la 73ème Assemblée de la santé évoquait une évaluation de la coordination sanitaire internationale en réponse au virus (Seventy-Third World Health Assembly, « Covid-19 response », 19 May 2020, WHA73.1, §9 (10)) et que les termes de références du 31 juillet 2020 indiquaient que la mission d'enquête sur l'origine de la Covid était fondée sur ces recommandations (*WHO-*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

convened Global Study of the Origins of SARS-CoV-2 : Terms of References for the China Part, 31 July 2020, p. 2), il n'en a rien été sur le fond, puisque seule une enquête scientifique a été diligentée. Néanmoins, les conclusions scientifiques sur l'origine et la diffusion du virus étaient d'emblée susceptibles de faire émerger, au moins *prima facie*, des éléments de nature à permettre d'évaluer la mesure dans laquelle Pékin a respecté ses obligations internationales de prévention et d'information, telles qu'elles découlent du RSI.

Les *Terms of Reference* de juillet 2020 – soit deux mois après l'Assemblée de la santé – précisent que la composition finale de l'équipe internationale d'experts, chinois et étrangers, « *should be agreed by both China and WHO* », montrant l'emprise chinoise sur le fond comme l'organisation des travaux. Les experts nommés ont néanmoins pu, non sans un certain nombre de difficultés pour obtenir leurs visas, travailler *in situ*, conformément aux principes de l'enquête internationale, du 14 janvier au 10 février. Toutefois, l'équipe, dont le mandat précisait qu'elle travaillerait sur quatre hypothèses principales (une transmission directe à l'homme par un animal, une transmission de la source à l'homme par une espèce intermédiaire, une diffusion à travers la chaîne du froid et une fuite depuis un laboratoire), a d'abord dû subir une quarantaine forcée d'une quinzaine de jours dans un hôtel de Wuhan. La mission, présidée par le danois Peter Ben Embarek, n'a donc duré qu'une douzaine de jours, les quinze premiers ayant seulement permis d'organiser des réunions par visioconférence depuis l'hôtel.

A l'issue de la mission, le 9 février 2021, une conférence de presse donnée à Wuhan en a présenté les principaux résultats. Le bilan s'est avéré mitigé et peu concluant, appelant pour l'essentiel à de futurs travaux (« L'enquête de l'OMS à Wuhan ne débouche sur aucune certitude », *Les Echos*, 10 février 2021). Les médias, qui ont parfois relayé la froideur de l'accueil par les autorités chinoises, ont ainsi pu juger que cette « communication au public a été un exercice d'équilibrisme entre science et diplomatie, dont Pékin sort grand gagnant » (« Pékin conforté par l'enquête de l'OMS à Wuhan », *Le Monde*, 11 février 2021). Le rapport intermédiaire annoncé le 12 février par le directeur général de l'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus n'a jamais été publié. Le 13 février, Peter Ben Embarek indiquait à l'AFP ressentir des « frustrations » concernant la brièveté du délai accordé à la mission, et réclamait « plus de données » pour pouvoir la mener à bien (« Origines de la pandémie : Washington et des experts de l'OMS font pression sur Pékin », *AFP*, 17 février 2021).

Le rapport, finalement publié le 30 mars 2021, s'avère décevant. Il confirme d'abord que peu de travail a été effectué durant les deux premières semaines, et que le reste de la visite a été particulièrement encadré : « *For the second 14-day period, Chinese public health regulations required that the international team remained under health monitoring. As a result, all site visits, meetings and interviews proposed by international experts were planned and agreed in advance, and conducted with due regard for public health measures, including physical distancing, and the necessary flexibility to facilitate the ground work of the team* » (WHO-convened Global Study of Origins of SARS-CoV-2: China Part, *Joint WHO-China Study, 14 January-10 February 2021*, Joint Report, 29 March 2021, p. 13). Le rapport déplore à demi-mots la brièveté des délais accordés (par exemple p. 47 : « *Limited time was available for a full jointreview of the data provided in Annex E4 including analyses of clinical and demographic characteristics, and risk factors, of the 174 notified cases. The joint international team recommends that furtherwork should*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

include a fulljoint reviewof these data. Consideration of re-interviewing these cases should be based on the findings of the joint review ») pour conclure, finalement, qu'aucune preuve de la présence du virus parmi les produits animaux sur le fameux marché de Huanan et chez les fournisseurs en amont n'a été trouvée, malgré une contamination généralisée des surfaces, indiquant la présence de personnes infectées sur le marché à la fin du mois de décembre 2019 (p. 108).

A la lecture du rapport et de son annexe, on peut s'interroger sur le contenu des rares visites réalisées sur place, de manière analogue à la dimension expéditive de certaines inspections menées par ailleurs – par exemple en Antarctique (l'on se permet de renvoyer, sur cette question, à R. MAUREL, « Le Système Antarctique, un laboratoire des régimes d'inspection internationale », *in* L. Chan-Tung, S. Lavorel (dir.), *L'Antarctique : enjeux et perspectives juridiques*, Paris, Pedone, 2021, pp. 85-100). Ainsi, à l'occasion de la visite de l'hôpital Xinhua le 29 janvier 2021 (une demi-journée), il n'a été possible d'interroger qu'un seul ancien malade en sus des agents hospitaliers. Comme le relève l'annexe, « *The WHO team was told that earlier potential cases were given the opportunity to be interviewed, but were unwilling or unable to attend* » (Joint Report, Annex, p. 117). La mention d'une entrevue avec des journalistes affirmant n'avoir jamais entendu de rumeur évoquant une maladie sur le marché de Huanan lors de leur visite le 31 décembre 2020, avant le rapport du Gouvernement, peut également être accueillie avec précaution (p. 127), tandis que d'autres éléments sont susceptibles d'attiser les doutes sur l'efficacité de la mission, à l'instar de la visite, le 3 février 2021, au Wuhan Institute of Virology dont les membres affirment que la rumeur relative à des données manquantes serait en réalité due à un document Excel en ligne depuis 10 ans, mais qui aurait disparu à la suite de plus de 3000 cyber-attaques sur ledit site (p. 132).

Au final, le rapport, dont la publication a été particulièrement longue, ne fait que dédouaner implicitement la Chine de son éventuelle responsabilité au regard de l'article 7 du RSI, en précisant qu'aucune trace du virus n'était détectable avant décembre 2019 et en suggérant qu'il existait probablement dans d'autres Etats – lesquels devraient faire l'objets de missions similaires – avant son arrivée à Wuhan où il a été détecté. En parallèle, de nouvelles révélations dans les médias ont mis en avant les difficultés rencontrées par la mission : les réunions se seraient déroulées avec « 30 à 60 responsables chinois, certains n'étant ni scientifiques ni médecins » (« L'offensive de Pékin pour faire oublier le "virus chinois" », *Le Monde*, 27 mars 2021) ; une épidémiologiste danoise a en outre révélé que les membres de l'équipe « n'ont pas eu accès aux données brutes et ont dû se contenter des analyses des scientifiques chinois » (« Un virus à l'origine toujours aussi incertaine. Le rapport de la mission de l'OMS en Chine balaie un peu rapidement la piste de l'accident de laboratoire », *Le Figaro*, 30 mars 2021 ; « La Chine accusée d'avoir entravé la mission de l'OMS », *Le Monde*, 1er avril 2021). Les réactions internationales à ces conclusions et révélations ne se sont pas faites attendre, puisque dès la publication du rapport quatorze Etats (Etats-Unis, Australie, Canada, Danemark, Israël, Japon, Norvège, Corée du Sud, Slovénie ou encore Royaume-Uni) ont accusé la Chine d'avoir manqué de coopération, se déclarant favorables à une nouvelle analyse exempte d'interférences chinoises sur les origines de la pandémie de Covid-19. En conclusion, les signataires « *underscore the need for a robust, comprehensive, and expert-led mechanism for expeditiously investigating outbreaks of unknown origin that is conducted with full and open collaboration among all stakeholders and in accordance with the principles of transparency, respect for privacy, and scientific and*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

research integrity » (U.S. Department of State, Joint Statement on the WHO-Convened COVID-19 Origins Study, Media note, March 30, 2021).

Dès la publication du rapport, l'Union européenne a de surcroît annoncé souhaiter la négociation d'un « nouveau traité international sur la préparation et la riposte aux pandémies », qui s'appuierait sur la Constitution de l'OMS et le RSI et dont l'objectif principal « serait de promouvoir une démarche qui fasse intervenir l'ensemble des pouvoirs publics et de la société, et qui renforce les capacités nationales, régionales et mondiales et la résilience face aux futures pandémies », ce qui « suppose notamment de consolider fortement la coopération internationale pour améliorer, par exemple, les systèmes d'alerte, la mise en commun des informations, la recherche, ainsi que la production et la distribution locales, régionales et mondiales de moyens médicaux et d'interventions de santé publique, comme les vaccins, les médicaments, les produits de diagnostic et les équipements de protection individuelle » (« Agir pour une architecture sanitaire internationale plus robuste », Tribune co-signée par M. Emmanuel Macron, Président de la République, 24 chefs d'Etat et de gouvernement, M. Charles Michel, président du Conseil européen, et le Dr Tedros Adhanom Ghebreyesus, directeur général de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) à Paris le 30 mars 2021, *Déclarations officielles de politique étrangère du 31 mars 2021*).

R.M.

RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE

Remise de Mahamat Saïd à la Cour pénale internationale

2021/2.32 – Le 24 janvier 2021, Mahamat Saïd Abdel Kani a été remis à la Cour pénale internationale (CPI) par les autorités centrafricaines. Depuis deux ans, cet ancien commandant rebelle était visé par un mandat d'arrêt international délivré sous scellés par la Chambre préliminaire II de la CPI. M. Saïd est soupçonné d'être responsable de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis à Bangui en 2013 dans le cadre d'affrontements entre la Séléka et les anti-balaka (CPI, Chambre Préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine*, ICC-01/14-01/21-2-Red2-tFRA, « Version publique expurgée du « Mandat d'arrêt délivré contre Mahamat Said Abdel Kani », ICC-01/14-01/21-2-US-Exp, 7 janvier 2019 », 17 février 2021). Cette arrestation représente une avancée pour la justice pénale en Centrafrique : M. Saïd sera probablement le premier commandant séléka jamais jugé pour des crimes de droit international. S'il s'agit d'une promesse importante pour la lutte contre l'impunité, l'affaire interroge toutefois sur l'articulation des dispositifs prévus à cette fin en République centrafricaine.

En proie à l'instabilité, la Centrafrique est depuis des années sous les projecteurs internationaux. En 2014, pour la seconde fois, le gouvernement centrafricain saisissait la CPI d'une demande d'ouverture d'enquête pour les crimes perpétrés sur son territoire. Alors que son Bureau travaillait déjà sur les violences commises entre 2002 et 2003 (RCA I), la Procureure de la CPI a accepté d'ouvrir une seconde enquête en RCA (RCA II) (CPI, BdP, « Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, concernant l'ouverture d'une deuxième enquête en République centrafricaine », 24 septembre 2014). Se concentrant alors sur la recrudescence des violences commises en 2013, l'enquête porte sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité qui auraient été commis par les membres de la Séléka et les anti-balaka. La Séléka est une alliance de groupes armés hétroclites

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

principalement composée de musulmans, qui a renversé par les armes le président François Bozizé. Cette prise de pouvoir orchestrée par le chef séléka Michel Djotodia, s'est matérialisée par une campagne de violence à l'égard des civils. En réponse à ces évènements, les milices anti-balaka se sont organisées pour mener des contre-attaques. Ces deux groupes armés se sont alors livrés à un cycle de violence et de représailles, prenant à partie des civils (CPI, BdP, Deuxième situation en République Centrafricaine, « Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut », 24 septembre 2014). Le juge unique de la Chambre préliminaire II a par conséquent estimé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'un conflit armé non international avait eu lieu sur le territoire de la RCA entre mars 2013 et janvier 2014 ; et, qu'au cours de ces mêmes dates, une attaque généralisée et systématique a été menée par des membres de la Séléka contre la population civile, les partisans de l'ancien gouvernement de François Bozizé, et des anti-balaka (Mandat d'arrêt délivré contre Mahamat Said Abdel Kani, *préc.*, para 6-17).

Dans le cadre de ce conflit armé, Mahamat Saïd, alors membre de la Séléka, aurait participé à la prise de Bangui sous les ordres de Nourredine Adam. Les charges présentées à son encontre dans le mandat d'arrêt ne portent que sur la période postérieure à cet assaut. M. Saïd est accusé en sa qualité de commandant de l'Office centrafricain de répression du banditisme (OCRB), un organe de police, puis en tant que commandant des opérations du Comité extraordinaire pour la défense des acquis démocratiques (CEDAD), un centre de torture employé par les séléka. Dans les locaux de l'OCRB puis ceux du CEDAD, il se serait rendu responsable de crimes de guerre, en particulier d'actes de torture et de traitements cruels (article 8-2-c-i), mais aussi de crimes contre l'humanité tels que l'emprisonnement et la privation grave de liberté (article 7-1-e), la torture (article 7-1-f), la persécution (article 7-1-h), les disparitions forcées (article 7-1-i) ainsi que d'autres actes inhumains (article 7-1-k) (Mandat d'arrêt délivré contre Mahamat Said Abdel Kani, *préc.*, para 19-25).

La remise d'un membre de la Séléka à la CPI et la perspective de son jugement, envoient un message fort aux victimes centrafricaines mais aussi aux responsables d'atrocités qui, aujourd'hui encore, commettent nombre d'exactions (HRW, « RCA : les actes de violence des rebelles menacent les élections », 23 décembre 2020 ; Amnesty International, « République centrafricaine. Alors que de nombreuses personnes "ont soif de procès", certains chefs de guerre sont toujours en liberté », 22 octobre 2020). L'arrestation de M. Saïd intervient qui plus est dans le contexte d'un conflit opposant l'armée centrafricaine, soutenue par l'ONU, la Russie, et le Rwanda à une nouvelle alliance rebelle qui cherche à prendre le pouvoir par les armes : la Coalition des patriotes pour le changement (CPC). Fin 2020, la Procureure de la CPI s'était ainsi inquiétée de « l'émergence d'une spirale de violence » et avait rappelé que « quiconque commet des crimes visés au Statut de Rome, ordonne leur commission, y incite, l'encourage et y contribue, de quelque manière que ce soit, est passible de poursuites devant les tribunaux centrafricains ou la Cour pénale internationale. » (CPI, BdP, Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, à l'approche des élections en République centrafricaine, 18 décembre 2020). Le symbole est d'autant plus fort que, M. Saïd est lui-même un membre de cette nouvelle coalition qui conteste le pouvoir en place et menace la stabilité de la RCA (Gaël Grilhot, « Centrafrique : l'avertissement de la CPI », *Justiceinfo.net*, 25 janvier 2021). La CPI se présente en véritable acteur institutionnel influençant en temps réel le conflit en cours.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Cependant, une question demeure en toile de fond : pourquoi Mahamat Saïd a été remis à la CPI ? En vertu du principe de complémentarité, la priorité doit normalement être donnée aux poursuites nationales. La CPI est en quelque sorte une juridiction de dernier recours. Elle ne peut enquêter que lorsque l'Etat compétent n'a ni la volonté ni la capacité de mener à bien les poursuites (articles 17 et 19 du Statut de Rome). Or, en RCA, plusieurs juridictions de droit commun sont susceptibles de connaître de cette affaire. Par ailleurs, la Cour pénale spéciale (CPS), nouvelle juridiction hybride créée en 2015 sous les auspices des Nations Unies et qui siège à Bangui, semble parfaitement capable de juger cet ancien séléka. Intégrée à l'ordre juridique centrafricain, incarnation d'une justice dite de proximité, cette juridiction a compétence pour « enquêter, instruire et juger les violations graves des droits humains et les violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de la République Centrafricaine depuis le 1er janvier 2003 » (article 3 de la loi organique n°15.003 portant création, organisation et fonctionnement de la Cour pénale spéciale). Si en 2014, quand la CPI s'est saisie de la situation, la CPS n'était pas en place, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Après une mise sur pied laborieuse, la juridiction hybride est active depuis 2018, des enquêtes sont en cours et dix affaires sont actuellement en phase d'instruction (Amnesty International, *préc.*). Rien n'indique que cette juridiction hybride, qui a pour avantage de pouvoir mener des enquêtes sur place au plus proche des victimes, ne soit pas en mesure de poursuivre Mahamat Saïd.

Certes, la répartition des compétences entre la CPI et la CPS apparaît à la fois complexe et opaque. Complexe tout d'abord car les actes constitutifs de ces deux juridictions se contredisent. L'article 37 de la loi organique instituant la CPS prévoit qu'elle devra se dessaisir au profit de la CPI si les deux juridictions enquêtent sur la même affaire. Or, cette primauté est contraire à la raison d'être de la CPI dont la compétence est soumise au principe de complémentarité (Patryk I. Labuda, « The Special Criminal Court in the Central African Republic : Failure or Vindication of Complementarity ? », *Journal of International Criminal Justice*, 15, 2017, pp. 175-206). Opaque ensuite car il semblerait qu'un arbitrage politique soit davantage à l'origine de la remise de M. Saïd à la CPI, rendant ainsi incertains les motifs de cette décision. On observera simplement que la remise de Mahamat Saïd à la CPI arrive en tout cas à point nommé pour cette juridiction. En effet, si l'enquête RCA I est depuis l'acquittement de Jean-Pierre Bemba au point mort, la situation RCA II a connu de meilleurs développements. L'affaire Mahamat Saïd est la troisième ouverte dans cette situation. Jusqu'alors, seuls des anti-balaka, Patrice-Edouard Ngaïssona et Alfred Yekatom, avaient été remis à la Cour. Gage d'impartialité, la perspective d'un procès Séléka vient donc équilibrer les dossiers de la CPI. La Procureure en a profité pour féliciter l'indépendance et l'impartialité de son Bureau qui continuera à faire en sorte que « les responsables d'atrocités commises en RCA rendent compte de leurs actes, quel que soit leur camp dans le conflit » (CPI, BdP, « Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, à la suite de l'arrestation et du transfèrement d'un troisième suspect dans la situation de la République centrafricaine », 25 janvier 2021). Les juges vont pouvoir traiter concomitamment deux affaires dont les suspects proviennent de camps opposés.

Outre le manque de transparence, une telle répartition des affaires entre les juridictions pourrait néanmoins s'avérer problématique. Si la CPI ne parvient pas à juger les plus hauts responsables, que faut-il attendre des procès de la CPS ? Mahamat Saïd était certes commandant mais des doutes peuvent être exprimés sur sa qualité de plus haut

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

responsable. Il ressort déjà de son mandat d'arrêt qu'il répondait aux ordres de Nourredine Adam, alors ministre de la Sécurité et directeur général du CEDAD. La logique voudrait que la CPI s'occupe de personnalités plus éminentes. Or, nombreux sont encore les chefs séléka et anti-balaka qui circulent en toute impunité sur le territoire centrafricain. A quand l'arrestation de Michel Djotodia ou de François Bozizé ? Et qu'en est-il de Nourredine Adam, d'Ali Darassa, de Mahamat al-Khatim, ces anciens chefs séléka aujourd'hui membres de la CPC ? L'arrivée de Mahamat Saïd à la prison de Scheveningen interroge non seulement sur l'articulation des différentes juridictions pénales mais démontre aussi combien la promotion de la justice et de la lutte contre l'impunité demeurent problématiques en RCA.

En définitive, avant de pouvoir envisager que cette remise ait une incidence quelconque sur la situation en Centrafrique, encore faut-il qu'un procès se tienne effectivement. Le Bureau du Procureur doit convaincre la Chambre préliminaire qu'il existe des motifs substantiels de croire que l'intéressé a commis les crimes qui lui sont reprochés. En effet, la prochaine étape, annoncée pour octobre 2021, est l'audience de confirmation des charges de Mahamat Saïd. Régie par l'article 61 du Statut de Rome, cette procédure préliminaire a pour objectif de « veiller à ce que seules soient soumises à l'examen d'une chambre de première instance les charges qui sont suffisamment étayées par les éléments de preuve disponibles et qui sont clairement et dûment formulées d'un point de vue factuel et juridique » (CPI, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, ICC-02/04-01/15-422-Red-tFRA, para 16). Cette phase intermédiaire sera l'occasion pour le Procureur de préciser l'affaire en dressant un document contenant les charges (norme 52 du Règlement de la Cour) et pour la défense de contester ces accusations, ce qui en cas de succès pourra empêcher l'ouverture du procès. Celui-ci ne pourra se tenir que si la Chambre préliminaire décide de confirmer en tout ou en partie les charges présentées par l'accusation.

A.F

ETATS-UNIS – ROYAUME-UNI

Rejet, par la justice britannique, de la demande d'extradition de Julian Assange aux Etats-Unis.

2021/2.33 – Le 4 janvier 2021, la juge britannique Vanessa Baraitser a rejeté la demande d'extradition formulée par les Etats-Unis à l'encontre du lanceur d'alerte et fondateur du site internet Wikileaks, Julian Assange (*https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/01/USA-v-Assange-judgment-040121.pdf*). Ce dernier, arrêté à Londres en avril 2019 pour violation des conditions de sa liberté provisoire au Royaume-Uni en 2012, est notamment accusé de conspiration avec Chelsea Manning pour des faits d'« intrusions informatiques », de complicité d'obtention et de publication de documents relatifs à la défense nationale, via Wikileaks, et de publication d'un nombre important de câbles diplomatiques dans leur forme d'origine, sans suppression des noms des informateurs et des contacts. Il est détenu, depuis avril 2019, dans la prison de haute sécurité de Belmarsh dans des conditions sans juste proportion avec la nature des faits justifiant légalement cet emprisonnement (I. MAGRA, « *Julian Assange sentenced to 50 weeks and still face U.S. charges », The New York Times,* May 1, 2019).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

La demande d'extradition, formulée par les Etats-Unis le 7 septembre 2020, ainsi que les rebondissements judiciaires qui l'ont suivie ont été extrêmement médiatisés tant les questions juridiques soulevées en l'espèce sont importantes (voy. par ex. « La décision d'extradition de Julian Assange sera rendue après l'élection présidentielle américaine », *Le Monde* du 25 sept. 2020). A ce titre, la décision rendue par la juge britannique Vanessa Baraitser a, certes, contenté les défenseurs de Julian Assange en refusant l'extradition, mais s'est révélée décevante quant aux protections juridiques offertes aux journalistes révélant des informations couvertes par le secret de la défense nationale.

La Cour britannique a dû, dans un premier temps, déterminer si les faits reprochés à Julian Assange entraient dans le champ d'application du traité bilatéral d'extradition liant le Royaume-Uni et les Etats-Unis (*https://fas.org/irp/world/uk/extradite.pdf*) et permettaient une extradition. Selon l'article 4 du traité bilatéral, une telle demande doit être rejetée si l'infraction qui la justifie revêt un « caractère politique ». En 2020, le Professeur Denis Alland avait déjà consacré une note d'actualité à l'extradition de Julian Assange en étudiant cette question sous l'angle de la prospective. Il avait alors conclu, au regard des dispositions de l'article 4 du traité bilatéral d'extradition, qu'il semblait « difficile de contester le caractère objectivement politique des infractions auxquelles Julian Assange doit répondre », avant d'indiquer que celui-ci pourrait « se prévaloir de l'exception politique devant les juridictions britanniques pour empêcher son extradition vers les Etats-Unis » (voy. cette « Chronique », 2020/1.7). Il est alors décevant de constater que la juge britannique a rejeté ces considérations. En effet, elle a, tout d'abord, considéré que les dispositions du traité bilatéral d'extradition liant le Royaume-Uni et les Etats-Unis ne créaient pas de droits subjectifs dont la violation pouvait être invoquée par les particuliers. Elle a donc conclu que Julian Assange ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 4 du traité bilatéral consacrant l'exception d'infraction politique (*political offense exception*) protégeant normalement un individu d'une extradition basée sur des motivations politiques. Par conséquent, seules les dispositions de l'*Extradition Act*, qui transpose en droit interne britannique le mandat d'arrêt européen et le traité bilatéral d'extradition liant le Royaume-Uni et les Etats-Unis, pouvaient être invoquées par la défense.

Or le Parlement britannique a retiré de l'*Extradition Act*, l'exception d'infraction politique. « L'intention délibérée du Parlement de supprimer cette protection » (notre trad. pour : « *... a deliberate intention by Parliament to remove this protection* » (§ 55)) a conduit la juge britannique à refuser de statuer sur la question de la nature des infractions justifiant la demande d'extradition, en affirmant que cette protection n'existe plus depuis la réécriture des dispositions de l'*Extradition Act*. Un tel raisonnement a l'avantage de lui éviter d'avoir à se prononcer sur l'épineuse question de la véracité de cet argument. La suppression de l'exception d'infraction politique est pourtant très critiquable puisqu'une telle protection est consacrée, dans de nombreuses législations internes. Le Belgique a, par exemple, inscrit cette protection dans l'article VI de la loi du 1er octobre 1833. La France a, quant à elle, octroyé à cette exception d'infraction politique la valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République dans un avis d'assemblée du Conseil d'Etat du 9 novembre 1995 (n°357344, EDCE 1995, n° 45, p.395.). La jurisprudence postérieure a ainsi refusé l'extradition d'un ressortissant britannique, ancien officier des services secrets britanniques ayant divulgué une information protégée par le secret de la défense nationale, au motif que ces faits constituaient « un

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

délit politique par nature » (Cass. crim, 3 nov. 1999, pourvoi n°99-80329). Le droit conventionnel, illustré par l'article 3 de la Convention européenne d'extradition, garantissait également cette protection.

Cette dernière, considérée comme une règle « solidement ancrée dans le droit international et interne de l'extradition » (V. CHETAIL, « Les relations entre le droit de l'extradition et le droit des réfugiés: étude de l'article 1F(b) de la Convention de Genève du 28 Juillet 1951 », *in Asile et extradition. Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, V. CHETAIL, C. LALY-CHEVALIER (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 77.) se vide pourtant progressivement de sa substance en raison de la corrélation de plusieurs phénomènes de dépolitisation des infractions graves. La « clause belge » fut la première à exclure de cette protection les attentats perpétrés contre la personne d'un chef d'Etat ou des membres de sa famille. La répression des actes de terrorisme a, ensuite, conduit à l'exclusion du champ de la protection, d'un certain nombre d'infractions graves afin de permettre une extradition facilitée de présumés terroristes (Exemple : Article 1er de la Convention européenne pour la prévention du terrorisme qui liste, de manière très large, les infractions qui ne sont pas des infractions politiques). Le mandat d'arrêt européen ne mentionne pas non plus cette exception d'infraction politique en raison de la « confiance mutuelle que s'accordent les pays de l'Union européenne » (*https://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i0469.asp*). L'absence d'encadre-ment clair de cette exception, l'affaiblissement progressif de son champ d'application et la diminution de son insertion dans les textes internationaux, expliquent sans doute sa suppression, de l'*Extradition Act*, par le Parlement britannique. La juge britannique n'a donc pu que prendre acte de cette suppression et de l'impossibilité, pour la défense, de se prévaloir de cette exception à l'extradition pour une infraction politique.

D'autre part, la demande d'extradition peut également présenter un caractère politique. La jurisprudence française a, par exemple, considéré que, dans ce cas, l'Etat peut refuser la remise de l'individu (CE, 3 juil. 1996, Kone, Rec., p. 255). Cette règle communément admise souffre tout de même de difficultés d'application puisqu'elle « est empreinte d'empirisme et prend en compte à la fois le mobile mais aussi la gravité des actes commis » (R. BACLET-HAINQUE, « Le Conseil d'Etat et l'extradition en matière politique », *RDP.*, 1991, p. 197.). Ce contrôle est empreint de subjectivité et donc particulièrement difficile à opérer pour le juge. Dans les cas de Julian Assange, le mobile politique de la demande d'extradition semblait pourtant assez clair. Comme le relevait le Professeur Alland, de très nombreux éléments laissaient penser que les révélations de Julian Assange embarrassaient les Etats-Unis en mettant en lumière des agissements assimilables à des crimes de guerre, ainsi que des violations des droits de l'homme. La juge a, sur ce point, fait preuve d'une très grande réserve concernant l'argument de la motivation politique en considérant que la défense n'apportait pas suffisamment de preuves de pressions exercées par le gouvernement américain sur les autorités judiciaires pour exercer des poursuites et demander l'extradition du lanceur d'alerte. Sa décision se révèle, en revanche, bien plus tranchée par la suite.

En effet, dans un second temps, la Cour s'est penchée sur les termes de l'article 2 (1) du traité bilatéral, selon lesquels une demande d'extradition ne peut être examinée que si le crime en question est également punissable d'au moins un an de prison dans la législation des deux Etats (*principle of double criminality*). Les avocats de Julian Assange contestaient toute commission d'un crime, en basant notamment leur défense sur la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

protection accordée par la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH), traité intégré à l'ordre juridique britannique depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* en 1998.

Dans sa décision du 4 janvier, la juge Baraitser a considéré que les faits litigieux étaient allés au-delà du simple encouragement à lancer l'alerte et ne permettaient pas au prévenu de « bénéficier d'une immunité contre des poursuites pénales » (§102). Elle a poursuivi en indiquant que la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Conv. EDH, n'était pas un droit absolu et que le prévenu avait dépassé le cadre protégé par la Convention en publiant notamment les noms des informateurs et des contacts. Les arguments des Etats-Unis ont ainsi atteint le but escompté sur ce terrain puisque les agissements d'Assange ont été considérés, contrairement à ceux des médias traditionnels, comme n'étant pas dignes d'un « journalisme responsable » et comme ne bénéficiant donc pas, à ce titre, de la protection de l'article 10 de la Convention. Le « droit à la vérité » a également été soulevé devant la juge Baraitser qui l'a très vite écarté au motif que ce droit n'est pas invocable devant les juridictions britanniques (la valeur de ce droit en droit international est d'ailleurs très incertaine : voy. I. NAQVI, « *The right to the truth in international law : fact or fiction ? », International Review of the Red Cross,* vol.88, n°862 (Jun. 2006), pp. 245-273).

Dans un troisième temps, la Cour a examiné successivement les violations alléguées des articles 3, 6 et 7 de la Conv. EDH. Les arguments relatifs aux violations des deux derniers articles n'ont pas été retenus par la juge qui a qualifié d'« intenable » la crainte d'être jugé par un jury principalement composé d'employés gouvernementaux (§242) tandis qu'elle a rejeté les griefs tenant au caractère vague des crimes allégués en raison de la protection offerte aux Etats-Unis pour la *due process clause* du 5ème amendement (§266). Ce n'est pas non plus sur le terrain de l'article 3 de la Conv. EDH que la juge a fondé son raisonnement pour refuser l'extradition mais sur celui, plus précis, de l'article 91 de l'*Extradition Act*. Selon ce dernier article, la condition physique et mentale de la personne susceptible d'être extradée doit être examinée durant l'audience d'extradition, afin de déterminer si une telle procédure se révélerait être injuste ou oppressive. L'article 91 est, en réalité, une *lex specialis* et prime donc sur les considérations relatives à la potentielle violation de l'article 3 de la Convention. Pour qualifier l'extradition d'injuste ou d'oppressive, la juge Baraitser a basé son appréciation sur les nombreux rapports faisant état d'une sévère dépression accompagnée de tendances suicidaires, et notamment sur l'avis psychiatrique du Pr Emérite Kopelman du King's College de Londres affirmant que « si l'extradition vers les Etats-Unis devient inévitable, M. Assange trouvera un moyen de se suicider » (§316). C'est donc en vertu de cet article que la juge britannique a relevé qu'il existait un risque substantiel que Julian Assange se suicide s'il était extradé. Risque ne pouvant être réduit par des mesures préventives puisqu'en raison de ses capacités intellectuelles, le fondateur de Wikileaks trouvera toujours un moyen de commettre cet acte (§237). Compte tenu de ces éléments, l'extradition a ainsi été considérée comme oppressive et rejetée par la Cour britannique. Il faut tout de même noter que si cette *lex specialis* n'avait pas pu être invoquée en l'espèce, la juge britannique aurait pu baser son raisonnement sur la protection efficace offerte par la Conv. EDH. En effet, la Cour EDH a eu l'occasion de juger, en 2013, que l'extradition d'un terroriste présumé vers les Etats-Unis violerait l'article 3 de la CEDH du fait de son état de santé mental (Cour EDH, *Aswat v. UK,* 16 avril 2013, n°17299/12). Il semble donc que le cadre protecteur de la Conv. EDH

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

aurait pu conduire la juge Baraitser à rendre une décision similaire tant sur la base de l'article 91 de l'*Extradition Act* que sur celle de l'article 3 de la Conv. EDH.

Si de nombreuses organisations non gouvernementales se sont félicitées du rejet de la demande d'extradition de Julian Assange par la justice britannique (« *Assange extradition rejected : a huge sight of relief for press freedom* », *Freedom of the press association,* Jan. 4, 2021), plusieurs éléments demeurent tout de même très préoccupants. Concernant le cas particulier de Julian Assange, les Etats-Unis ont déjà fait appel de la décision du 4 janvier 2021 (« *US government appeals UK ruling against Julian Assange's extradition », The Guardian,* Feb. 12, 2021), ce qui pourrait rebattre les cartes d'une saga juridique aux rebondissements aussi imprévisibles que gravissimes. Les avocats américains pourront ainsi anticiper l'argument relatif à la santé mentale de Julian Assange, en offrant à la justice britannique des garanties suffisantes en termes de condition de détention, afin de ne pas laisser la possibilité au fondateur de Wikileaks de se suicider une fois transféré dans une prison américaine. Concernant la question plus générale des journalistes dévoilant des documents protégés par le secret de la Défense nationale, la décision du 4 janvier 2021 est extrêmement décevante. En effet, ce n'est pas la demande d'extradition du journaliste qui a été rejetée, mais bien la demande d'extradition de l'homme atteint aussi bien physiquement que mentalement par ses conditions de détention depuis 2012. Cette décision laisse donc la porte ouverte à de futures extraditions de journalistes ayant commis des faits similaires à ceux pour lesquels Assange est poursuivi, mais ne souffrant pas des tendances suicidaires de celui-ci (*https://rsf.org/fr/rapports/proces-assange-le-tribunal-britannique-rejette-la-demande-dextradition-emise-par-les-etats-unis-mais*).

A.D

ROYAUME-UNI – UNION EUROPÉENNE

Londres accorde le statut d'ambassadeur au chef de la délégation européenne après des mois de négociation

2021/2.34 – Après des mois de négociations et de tensions, Londres a accepté d'accorder le 5 mai 2021 le statut d'ambassadeur au chef de la délégation de l'Union européenne au Royaume-Uni. Le différend durait depuis novembre 2020 mais n'avait été connu du grand public que le 21 janvier 2021, lorsque la BBC révélait le refus du *Foreign Office* d'accorder ce statut au chef de la délégation de l'Union européenne au Royaume-Uni contrairement à la pratique. Londres avait en effet fait connaître son intention dès novembre 2020 dans une lettre signée par le ministre des affaires étrangères, c'est-à-dire pendant la période de négociation de l'accord de commerce et de coopération qui devait organiser les relations entre l'Union et son ancien Etat membre – démontrant ainsi que les difficultés n'étaient pas toutes résolues et que le chemin à parcourir était encore long pour que la relation entre l'Union européenne et le Royaume Uni soit harmonieuse. La question de la politique extérieure avait été laissée en suspens (*https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/93088/node/93088_fr*). Au lendemain de la sortie du Royaume Uni (*i.e.* le 31 janvier 2020), la Commission européenne annonçait la transformation de la Représentation de la Commission européenne en Délégation de l'Union européenne, et la nomination de João Vale de Almeida comme chef de délégation (*https://ec.europa.eu/fpi/news/vereinigtes-königreich-erklärung-des-hohen-vertreters-zur-eröffnung-der-eu-delegation-london_fr*). L'Union européenne bénéficie d'un très

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

vaste réseau de délégations : ainsi 145 délégations ou « missions diplomatiques » assurent la représentation de l'Union auprès d'Etats tiers ou d'autres organisations internationales. Composante essentielle du service européen pour l'action extérieure (SEAE), chaque délégation est placée sous l'autorité d'un chef de délégation appelé « ambassadeur ». L'Union européenne dispose en effet d'un droit de légation active en vertu de l'article 221 TFUE. Très ancien, ce droit remonte à 1956 lorsqu'une délégation de la Haute Autorité de la CECA a été créée au Royaume Uni. D'autres organisations internationales disposent également de la faculté d'envoyer des représentants, comme les Nations Unies ou encore l'Union africaine, mais la différence et la spécificité de l'Union européenne résident à la fois dans leur nombre et dans les privilèges et immunités accordés à ses délégations, aux membres de leur personnel et à leurs biens. En effet, ses privilèges et immunités sont identiques à ceux accordés aux missions diplomatiques étatiques. Selon une tradition initiée dans les années 1970 par la Commission, les accords d'établissement définissent les privilèges et immunités des délégations par renvoi à la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. La pratique est identique lorsque les immunités et privilèges résultent d'un acte unilatéral de l'Etat hôte (E. CUJO et E. HENNEQUER, « Le droit de légation actif », *in* M. Benlolo-Carabot, U. Candas et E. Cujo, *Union européenne et Droit international – En l'honneur de P. Daillier*, Paris, Pedone, pp. 244-255, spéc. p. 248). Le chef de la délégation bénéficie alors du statut diplomatique d'ambassadeur avec les droits et privilèges associés. Cette pratique figure expressément à l'article 5 § 6 de la décision du Conseil du 26 juillet 2010 (2010/427/UE) et ne connaît que de très rares exceptions. Ainsi la décision britannique de ne pas offrir de statut diplomatique équivalent à celui d'un ambassadeur au chef de la délégation apparaissait surprenante, d'autant plus que les arguments développés pour justifier cette position se démarquent de la pratique étatique d'autres Etats tiers. En effet, le refus d'accorder un statut diplomatique comparable à celui du chef d'une mission étatique reposait sur la différence entre les organisations internationales et les Etats souverains, le Royaume Uni réservant aux seuls Etats les privilèges et immunités figurant dans la Convention de Vienne de 1961. En d'autres termes, le représentant de l'Union européenne n'aurait été pas privé de toute protection mais aurait une protection équivalente à celle accordée au représentant d'une organisation internationale (*https://www.lemonde.fr/international article/2021/01/22/londres-refuse-le-statut-d-ambassadeur-a-l-emissaire-de-l-ue-au-royaume-uni_6067216_3210.html*). L'assimilation de l'Union européenne à n'importe quelle autre organisation internationale est une manière de lui dénier toute spécificité et, peut-être, de remettre en cause son essence, en particulier le phénomène d'intégration qui la caractérise. En effet, l'argumentation semble faire fi des compétences et traits propres de l'Union, qui sans être un Etat, permettent de la distinguer des autres organisations. C'est « le caractère 'quasi étatique' de l'organisation [qui] est mis en avant pour justifier le statut particulier des délégations » (M. BENLOLO CARABOT, « Les immunités de l'Union européenne dans les Etats tiers », *AFDI*, 2009, p. 806). Aux Etats-Unis, par exemple, les délégations de l'Union européenne ne bénéficient pas des immunités sur le fondement de l'*International Organizations Immunities Act* mais disposent d'un statut équivalent à celui d'un Etat, précisément parce que l'Union constitue « *a unique organization which possesses significant attributes of sovereignty not held by any other international organization* » (*Diplomatic Privileges and Immunities to the Mission of the European Communities*, Senate, 92nd Session, 14 mars 1972, *Report*, n° 92-687, p. 25 cité par M. Benlolo Carabot, préc., p. 805-806). L'exemple est d'autant plus

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

intéressant que l'administration de l'ancien Président Donald Trump a récemment entendu remettre en cause cette spécificité. En effet, le chef de la délégation de l'Union européenne à Washington avait été « rétrogradé » au rang protocolaire de chef de délégation d'une organisation internationale et l'avait découvert, non sans surprise, lors des cérémonies funéraires en hommage à l'ancien président George H.W. Bush, cette décision n'ayant pas été notifiée à l'Union européenne ou à son représentant (*https://www.lefigaro.fr /international/2019/01/08/01003-20190108ARTFIG00378-l-administration-trump-degrade-le-statut-diplomatique-de-l-union-europeenne.php*). Cette rétrogradation a été de courte durée. En effet, compte tenu des réactions et protestations européennes, le chef de la délégation à Washington a retrouvé le statut protocolaire d'ambassadeur dont il bénéficiait depuis 1972 (*Executive order* n°11689 du 5 décembre 1972 ; *https://www.state. gov/diplomatic-corps-order-of-precedence-and-dates-of-presentation-of-credentials*).

Fort heureusement, avec cet accord, la délégation de l'Union européenne au Royaume-Uni ne fera pas figure d'exception : « *The EU Ambassador will have a status consistent with heads of missions of states, including agrément and presentation of the credentials to the Head of State* » (EEAS, « *United Kingdom : High Representative/Vice President Josep Borrell and Foreign Secretary Dominic Raab agree on an establishment agreement for EU Delegation* », May 5, 2021.). Reposant à la fois sur un certain pragmatisme et sur la volonté « d'aller de l'avant », gageons que cet accord marque le début d'une relation apaisée entre l'Union européenne et son ancien pays membre.

D.D.

TRAITÉ SUR L'INTERDICTION DES ARMES NUCLÉAIRES

Entrée en vigueur (22 janv. 2021)

2021/2.35 – Le 22 janvier 2021 est entré en vigueur le Traité sur l'interdiction des armes nucléaires (ci-après TIAN), après que le Honduras ait déposé, le 25 octobre 2020, le 50eme instrument de ratification. Prenait fin ainsi un processus juridique commencé avec l'adoption du texte par la Conférence sur le désarmement (CD) le 7 juillet 2017 à Genève. (v. cette « Chronique », n°2017-4, pp. 1108-1111). La revendication de l'interdiction de l'arme nucléaire est cependant beaucoup plus ancienne, ayant pris naissance dès la fin de la seconde guerre mondiale en réponse aux bombardements atomiques de Hiroshima et Nagasaki. Le 18 mars 1950, l'Appel de Stockholm à l'initiative de ce que l'on ne nommait pas encore une organisation non gouvernementale, le Conseil mondial de la paix présidé par F. Joliot-Curie, visait à interdire la bombe nucléaire dans le monde. Soixante et onze ans plus tard, le Secrétaire général des Nations Unies, pouvait féliciter les Etats ayant ratifié le Traité et saluer « le rôle déterminant de la société civile qui a fait progresser les négociations et l'entrée en vigueur du texte ». Pour sa part, le responsable pour la France de l'Initiative Contre les Armes Nucléaires (ICAN), jugeant ce traité « historique », n'hésitait pas à affirmer que l'arme nucléaire était désormais devenue hors la loi, quand les Etats « détenteurs de l'arme nucléaire *(soit les Etats « dotés » au sens du Traité de non -prolifération (ci-après TNP) : la Chine, les Etats-Unis, la France, la Russie et le Royaume-Uni, le Groupe des 5 » mais également les puissances nucléaires* de facto*, l'Inde, le Pakistan et Israël ainsi désormais que la République Populaire de Corée du Nord)*, de leur côté, considéraient plutôt cette entrée en vigueur comme un non-évènement, face auquel suffisait la réaffirmation de positions de principes, voire, pour

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Israël, le silence. Pour autant, les changements qui pourraient être entrainés à terme par cette nouvelle donne stratégique et juridique ne sauraient être négligés. Ils justifient, à ce titre, de revenir brièvement, aussi bien sur la méthode d'élaboration du traité et sur son contenu que sur sa portée.

La méthode utilisée pour parvenir à l'adoption du TIAN est une méthode éprouvée même si elle présente un certain nombre de particularités. Elle s'inscrit d'abord dans le cadre, communément admis, d'une « crise affectant le désarmement qui dure depuis la seconde moitié des années 1990 » (J-F.GUILHAUDIS*, Diplomatie et « débat du désarmement », Paix et Sécurité Européenne et Internationale, http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=1978,* mis en ligne le 7 mars 2019) et qui se manifeste par une « absence criante d'avancée concrète dans le processus du désarmement nucléaire multilatéral » (J-M. COLLIN*,* « L'Assemblée générale de l'ONU ouvre la porte à un traité d'interdiction des armes nucléaires *», AFRI 2017, Vol. XVIII,* p.60*),* notamment la non-mise en œuvre des engagements pris dans le pilier « Désarmement » du TNP, entré en vigueur le 5 mars 1970. Le TNP s'efforce en effet d'établir un équilibre des obligations entre Etats non dotés de l'arme nucléaire (ENDAN) soumis à un engagement de non-prolifération et Etats dotés de l'arme nucléaire (EDAN) soumis à un engagement de désarmement. Or, aux succès, limités, obtenus en matière de non-prolifération ne correspond aucune avancée réelle dans le désarmement, situation d'autant plus difficile à accepter pour les ENDAN, que le TNP consacre le monopole des cinq EDAN, également membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU.

A cette impuissance et à ce déséquilibre jugé injustifié, un certain nombre d'Etats « militants » (en particulier l'Autriche, le Brésil, l'Irlande, le Mexique, la Nouvelle-Zélande et l'Afrique du Sud) rejoints par un grand nombre d'organisations non gouvernementales ont choisi de répondre par la revendication de l'interdiction des armes nucléaires, afin d'atteindre l'objectif fixé par le TNP. Dans ce processus, le rôle de proposition et de *lobbying* de la société civile a été déterminant au point que l'Initiative Contre les Armes Nucléaires (ICAN) obtiendra le Prix Nobel de la Paix en 2017 pour son rôle dans l'élaboration du TIAN. Elle a par ailleurs également favorisé une évolution de la critique des armes nucléaires, abandonnant le champ stratégique et la discussion sur la dissuasion, pour « placer le respect du droit international humanitaire au cœur de la revendication du désarmement nucléaire » *(*A. Biad*, Le Traité d'interdiction des armes nucléaires, Paix et Sécurité Européenne et Internationale,* mis en ligne le 7 mars 2019 *; http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=1981,* p.4*)*. Elle a pu faire valoir pour cela une partie de l'avis rendu par la Cour internationale de Justice le 8 juillet 1996, considérant que l'emploi des armes nucléaires serait « généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés et spécialement aux principes et règles du droit international humanitaire » *(Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, *CIJ* Rec. 1996, §105,2). Ainsi, la revendication de l'interdiction des armes nucléaires a -t-elle été désormais portée par une « Initiative Humanitaire » regroupant les Etats « militants » et la société civile et elle s'inscrit dans un agenda dont les étapes principales ont été les conférences intergouvernementales d'Oslo en 2013, Nayarit et Vienne en 2014, affirmant le droit de tous les Etats de mettre en œuvre le désarmement nucléaire. Faute de consensus à l'occasion de la 9eme conférence des Parties du TNP en 2015, les Etats membres de l'Initiative Humanitaire vont choisir alors de développer leur stratégie devant l'Assemblée générale des Nations Unies, instance où ils savent pouvoir

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

disposer d'une majorité. Un Groupe de travail ouvert à tous les Etats sera créé en 2016 dont le rapport recommande la convocation en 2017 par l'Assemblée générale d'une « conférence ouverte à tous les Etats et à laquelle participeraient et contribueraient les organisations internationales et la société civile, afin de négocier un instrument juridiquement contraignant interdisant l'arme nucléaire de manière à aboutir à leur totale élimination ». Sans surprise, cette recommandation, soutenue par 107 Etats ouvrira la voie à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 23 décembre 2016 *(*A/RES/258 du 23 décembre 2016*)* convoquant la Conférence d'élaboration du TIAN, puis à l'adoption de celui-ci le 7 juillet 2017 par les 122 Etats participants.

La procédure retenue a ainsi adopté un fort parti-pris humanitaire, mobilisant « les survivants des explosion nucléaires et des essais nucléaires [qui] ont offert des témoignages tragiques et ont été une force morale derrière le Traité » *(*formule utilisée par le porte-parole du Secrétaire général des Nations Unies*)* pour mieux mettre en accusation les puissances nucléaires opposées au texte. Alors que la pratique habituelle, avec ses limites dans le domaine du désarmement, reposait sur la recherche du consensus, celles-ci se retrouvent désormais mises automatiquement en minorité par le recours au vote d'une « coalition de volontaires » acquis à l'interdiction des armes nucléaires, dans une enceinte, la Conférence du désarmement puis l'Assemblée générale des Nations Unies, où chaque Etat a une voix. Cette stratégie diplomatique avait déjà fait ses preuves, notamment lors de l'élaboration de la convention d'Ottawa sur l'interdiction des mines anti-personnel, le 18 septembre 2017 et elle avait été qualifiée de « relativement atypique » (M. BETTATI*, «* La Convention sur l'interdiction de l'emploi du stockage de la production et du transfert des mines anti personnels et sur leur destruction ; Ottawa, 18 septembre 1997 », *AFDI* 1997, vol. XLIII*)* par sa rapidité, son élaboration hors des enceintes multilatérales traditionnelles et le rôle important qu'y ont joué les ONG. Mécanisme présenté comme exemplaire (elle a été appliquée également avec succès pour élaborer le Protocole sur les armes à sous-munition), son application à l'élaboration du TIAN méconnaît toutefois la nature propre de l'arme nucléaire, arme stratégique et politique, et les doctrines spécifiques (doctrine de non emploi ; dissuasion) qui l'accompagnent (v. M.M. FANGET et J.-P. LECOQ, *«* Rapport d'information »*,* Assemblée Nationale, Commission des Affaires étrangères, en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 24 octobre 2017 (1) sur l'arme nucléaire dans le monde, 50 ans après l'adoption du Traité sur la non-prolifération nucléaire (TNP), 11 juillet 2018). De ce processus est donc né un traité dont la qualification même a pu être débattue : ne s'agit-il pas plutôt d'une « résolution à prétention normative habillée en traité » plutôt que d'un traité international ayant fait l'objet d'une véritable négociation (J-F. Guilhaudis*, Traité d'interdiction des armes nucléaires, US Nuclear Posture Review 2018… Observations sur les développements récents du dossier nucléaire,* mis en ligne le 10 mai 2018, *http://revel.unice.fr/psei:index.html?id=1832*, pp.11-12), faute, de ne pouvoir, du fait de l'engagement des Etats participant au processus, de traduire les compromis entre positions divergentes qui caractérisent d'ordinaire l'acte international « traité ». Ne faut-il pas d'ailleurs s'interroger aussi *(*à l'instar de S. Sur à propos de l'élaboration de la Convention de Rome créant la Cour Pénale Internationale*,* « Vers une Cour pénale Internationale : la Convention de Rome entre les organisations non gouvernementales et le Conseil de sécurité », cette *Revue,* n°1999-1) sur la nature réellement interétatique d'une négociation, dans laquelle les ONG ont « tenu la plume » d'un certain nombre d'Etats ?

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

De tout cela, le contenu même du TIAN n'a pu que s'en ressentir, comme le Statut de la CPI a souffert, selon la formule de S. Sur, de « trop d'ONG, pas assez d'universalité »

Le contenu du TIAN a été adopté dans des délais relativement courts notamment parce qu'il y avait accord sur le point essentiel entre les Etats participants à la négociation , l'interdiction des armes nucléaires et sur sa justification, l'impératif humanitaire et l'impossibilité de mettre en œuvre le dispositif de désarmement prévu par le TNP (ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait pas eu de débat entre les participants notamment sur les mécanismes d'exécution). Le long préambule du traité insiste ainsi sur les motifs humanitaires qui le fondent, « son caractère "fourre-tout" [reflétant] les préférences particulières de grand nombre d'Etats » (E. MAITRE, « Adoption d'un Traité d'interdiction des Armes nucléaires », *Observatoire de la dissuasion,* n°45-1). Sans pour autant que la notion même d'arme nucléaire soit définie par le texte, son article 1er détaille « les interdictions » : « l'utilisation, la menace d'utilisation, le développement, la production, la fabrication, l'essai, l'acquisition, la possession, le stockage, le transfert, le stationnement, l'installation d'armes nucléaires ou encore l'aide à ces activités prohibées. Si le transit et le transport d'armes nucléaires, du fait des difficultés de vérification, ne sont pas interdits, en revanche, l'interdiction des essais a été préservée, avec une interprétation extensive faite par plusieurs membres de la conférence souhaitant y inclure la simulation. De même, la menace d'utilisation d'armes nucléaires fait partie du texte bien qu'elle soit déjà couverte par l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies.

Ces interdictions (« de ne jamais, en toutes circonstances… ») sont pour les Etats Parties, générales et absolues : elles n'admettent pas de dérogations du type de celles qui pourraient résulter de l'avis de la Cour internationale de Justice reconnaissant la légalité de l'emploi de l'arme nucléaire en cas de « circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause ». Elles visent deux catégories d'Etats : les Etats détenteurs d'armes nucléaires (Etats dotés et puissances nucléaires de facto), mais aussi les Etats qui ne sont pas des puissances nucléaires mais sur le territoire desquels sont stationnées des armes nucléaires appartenant à un EDAN. Ces derniers, en pratique, les membres de l'OTAN et les alliés des Etats-Unis en Asie Pacifique, devront (art.4§4) « veiller au retrait rapide de ces armes dans les meilleurs délais ». Dès le 17 octobre 2016, percevant le danger, Washington avait d'ailleurs mis en garde ses alliés sur l'impact que pourrait avoir le traité « sur la capacité des Etats-Unis à respecter leur engagement de dissuasion élargie à ces Etats » (cette mise en garde officielle étant accompagnée de pressions diverses de la part de Washington sur les Etats intéressés). Ces ENDAN, n'étant pas des puissances nucléaires, sont en effet des cibles privilégiées de la stratégie d'interdiction. Au-delà de ce point essentiel, le texte entend s'afficher comme le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de désarmement nucléaire en favorisant, selon son préambule, « la mise en œuvre intégrale et effective [du TNP] comme pierre angulaire du régime international de non- prolifération nucléaire ». Son article 6§4 définit donc des mesures permettant d'aller « [v]ers l'élimination complète des armes nucléaires ». A cette fin, il était toutefois nécessaire de régir les relations entre le TIAN et le TNP ce à quoi tend l'article 18 du TIAN qui dispose que « la mise en œuvre du présent Traité est sans préjudice des obligations souscrites par les Etats Parties au titre d'accords internationaux actuels auxquels ils sont Parties, pour autant que ces obligations soient compatibles avec le présent Traité ». La Suisse et la Suède se sont opposées à cette formulation, considérant qu'elle avait pour effet de subordonner le TNP au TIAN et donc d'en affaiblir

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

potentiellement la portée. Enfin, et c'est une originalité de cet accord qui concrétise la dimension humanitaire que ses promoteurs ont souhaité lui donner, il prévoit en son article 6, de la part de chaque Etat partie, une assistance médicale et sociale aux personnes relevant de sa juridiction, touchées par l'utilisation ou la mise à l'essai d'armes nucléaires et la remise en état des zones sous sa juridiction et contaminées par des activités liées aux armes nucléaires.

Ce dispositif n'a pu pour l'instant bénéficier de mécanismes de mise en œuvre et de contrôle à la hauteur de son ambition : un programme d'élimination complète des armes nucléaires assorti d'un calendrier précis, ce qui exigeait un système de vérification rapidement abandonné faute d'accord et surtout de participation des Etats dotés et concernés. La mise en œuvre du TIAN incombe de manière classique à la réunion des Etats Parties, assistée d'un conseil exécutif et d'un secrétariat technique, et repose pour chaque Etat Partie sur des déclarations (article 2) et sur les obligations qui lui incombent au titre des garanties souscrites auprès de l'AIEA (article 3) ou à la suite d'un accord de garantie généralisée passé avec elle. Il prévoit également (article 4§6) un mécanisme spécifique avec l'intervention d'une ou de plusieurs « autorités internationales compétentes pour négocier et vérifier l'abandon irréversible des programmes d'armement nucléaire » mais aucun accord sur ce point n'a été trouvé pour l'instant entre les Etats Parties et cette fonction sera assurée en pratique par l'AIEA (l'article 4§6 prévoit en effet in fine que « Si cette désignation n'a pas eu lieu avant l'entrée en vigueur du présent Traité à l'égard d'un Etat Partie visé au paragraphe 1 ou 2 du présent article, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies convoque une réunion extraordinaire des Etats Parties pour prendre toute décision qui pourrait être nécessaire »). On constate ainsi que, si la question de la vérification a suscité des débats, elle ne fait pas l'objet d'une solution originale, ce qui est à la fois une faiblesse du TIAN et un indice, comme le note justement A. BIAD *(op.cit.)*, accréditant « la thèse que l'instrument n'est pas conçu dans une logique d'effectivité ». Ces caractéristiques ne sont pas sans conséquences sur la portée du TIAN.

Comme pour tout traité, la question de sa portée s'avère cruciale et plus encore pour le TIAN qui traduit un véritable affrontement bipolaire entre partisans et adversaires de l'interdiction des armes nucléaires. Les premiers l'ont placée sur le terrain de la légalité mais plus encore sur celui de la légitimité ; les seconds y ont répondu par une argumentation désormais bien rodée et qui ne semble pas avoir perdu sa pertinence. Cette opposition laisse entier le problème du désarmement.

Le droit positif des traités conduit à un résultat incontestable : le TIAN est obligatoire pour les Etats qui l'ont ratifié ou le ratifieront (le 19 février 2021, 54 Etats étaient Parties au TIAN et 34 l'avaient signé. Seul Cuba a présenté une déclaration à l'occasion de la ratification, les réserves étant interdites par l'article 16 : les essais nucléaires par simulation constituent une activité interdite par l'article 1§a, ainsi que le transit d'armes par l'article 1§e) mais, pour les autres Etats, il ne constitue qu'un simple fait ne leur créant ni droits ni obligations. Si le résultat est néanmoins considérable et constitue assurément un échec pour les Etats dotés qui ne sont pas parvenus à en bloquer le processus, il est aussi paradoxal puisqu'il va donc interdire la possession et l'emploi d'une arme à des Etats qui ne l'ont pas et qui, leur position le confirme, ne sont pas destinés à l'avoir (d'autant qu'un nombre non négligeable d'entre eux sont Parties aux traités établissant des zones exemptes d'armes nucléaires, en Amérique latine et Caraïbes, Pacifique Sud, Afrique, Asie du Sud Est et Asie centrale). Sur le plan juridique, il est donc exact de dire que les armes

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

nucléaires sont désormais interdites en droit international si l'on prend la peine d'ajouter que cette interdiction ne vaut que pour les Etats Parties au traité.

Une voie indirecte a parfois été avancée (v. par ex., G. LYTHGOE, « Armes nucléaires et droit international : l'impact du TIA N », *Ejiltalk*, 2 décembre 2020) afin qu'une obligation résulte du TIAN pour les Etats dotés. Elle repose sur l'interprétation de l'article VI du TNP, qui fait obligation à ses 191 Etats parties, donc aux Etats dotés, de s'engager « à poursuivre de bonne foi des négociations… sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace ». Le TIAN serait, pour ses partisans, le traité évoqué par l'article VI, ce qui aurait donc obligé tous les Etats Parties au TNP de le négocier de bonne foi et non de refuser la négociation. Cette argumentation est moins déterminante qu'il n'y paraît. D'une part, l'obligation de bonne foi ne porte que sur la négociation d'un éventuel traité. Les Etats dotés seraient donc libres de ne pas le ratifier : le résultat juridique serait identique même si le coût politique pour eux pourrait être supérieur. Par ailleurs, le TIAN, en l'état, ne remplit pas la condition d'un « contrôle international strict et efficace » exigée par l'article VI. Enfin, le TNP, selon son Préambule (§11), affirme qu'il doit « promouvoir la détente internationale et la confiance entre Etats » afin de « faciliter l'adoption d'un traité appelé à faciliter […] l'élimination des armes nucléaires […] en vertu d'un traité sur le désarmement général ». La démarche évoquée est claire : l'adoption du TIAN devait donc succéder à une évolution favorable constatée du contexte international de sécurité, ce qui vient à l'appui de la position des Etats dotés dont l'approche est justement fondée sur un processus par étape en fonction de cette évolution.

L'interdiction des armes nucléaires n'a-t-elle pas acquis, pour autant, valeur coutumière ? Cet argument pourrait être défendu en s'appuyant sur les résolutions en ce sens de l'Assemblée générale des Nations Unies et sur les prises de position des Etats et de la société civile, notamment du CICR, dont le TIAN constitue la cristallisation. Il s'avère néanmoins que cette approche de la règle coutumière favorisant l'expression de la volonté des Etats plutôt que leur pratique effective, si elle a permis des constructions coutumières importantes (comme la formalisation du droit international humanitaire coutumier par la recension des normes de DIH ayant valeur coutumière réalisée sous l'égide du CICR et la direction de L. Dosswald-Beck et J-M. Henckaerts) demeure contestée. Pour malgré tout s'en prémunir, les Etats dotés ont exprimé des « objections persistantes » dès le début du processus d'élaboration du TIAN, réitérées à l'occasion de son entrée en vigueur. Ainsi, font pour l'instant défaut en faveur de la reconnaissance de la valeur coutumière de l'interdiction « une masse critique d'Etats » et surtout « une masse d'«Etats critiques », en l'espèce détenteurs d'armes nucléaires (J-M. JEANGÈNE-VILMER, « The Forever-Emerging Norm of Banning Nuclear Weapons », *Journal of Strategic Studies,* 1er juin 2020).

Les partisans du Traité étaient naturellement conscients des impasses juridiques qu'ils allaient rencontrer. Mais le droit n'était pas, les observateurs s'accordent à le reconnaître, (*cf.* J-F GUILHAUDIS, *Diplomatie et « débat » du désarmement, op.cit.* mais aussi J-M. COLLIN, *op. cit.*) une fin mais un moyen de délégitimer les armes nucléaires aux yeux de l'opinion internationale, en « stigmatisant » (le terme est utilisé à tort par B. Fihn, directrice de l'ICAN, lorsqu'elle évoque « une nouvelle norme juridique internationale puissante, stigmatisant les armes nucléaires » alors qu'une norme ne stigmatise pas, elle interdit, ICAN, « UN votes to outlaw nuclear weapons in 2017 », 27 oct. 2016) en réalité

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

leurs détenteurs qui s'opposent désormais à l'acte juridique international le plus solennel. Quel peut être dès lors l'impact de cette stratégie indirecte dans la durée ? L'entrée en vigueur du TIAN, traité « aspirationnel » (selon l'expression des rapporteurs de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale, op. cit) va assurément dynamiser la campagne pour l'interdiction des armes nucléaires avec le soutien non négligeable d'organisations comme le CICR (M. LOVOLD, « Pourquoi le TIAN est-il si important », *www.icrc.org/fr/document,* 19 janvier 2021) ou d'Etats comme le Vatican, et lui faire prendre de nouvelles formes notamment vers la société civile (par exemple, l'Appel des villes de l'ICAN en faveur du TIAN, que 44 villes françaises ont signé dont Paris et Grenoble en 2019 et Besançon et Lyon en 2020). Il sera intéressant de voir si ce mouvement, qui s'inscrit dans la durée aura un impact sur les prises de position des Etats pour l'instant hostiles au traité, en particulier de ceux qui se bornent à accepter des armes nucléaires étrangères sur leur territoire. Leurs intérêts ne sont pas exactement identiques à ceux des puissances nucléaires et leur opinion publique peut être plus sensible à la campagne anti-nucléaire. Mais il est certain que les Etats dotés ne resteront pas, dans ce cas, inactifs face aux campagnes conduites par les ONG et répondront par les divers moyens que leur confère leur position de puissance.

Du côté des puissances nucléaires en effet, le « front du refus » apparaît pour l'instant solide. Les prises de position communes ont été catégoriques (v. la déclaration commune des cinq membres permanents du 24 octobre 2018 dans laquelle ils réaffirment leur engagement vis-à-vis du TNP et leur hostilité au TIAN) et elles ont renforcé, parfois fait évoluer, la place de l'arme nucléaire dans leur stratégie de sécurité. Les nuances que l'on a cru pouvoir déceler ne doivent pas être exagérées (Voir J-M. COLLIN, *op. cit.*, à propos du vote de la Chine). La position de Pékin, même si elle s'est efforcée, selon son habitude, de ménager ses relations avec les Etats en développement (*«* Discours du Président Xi Jinping *»,* Genève, 18 janvier 2017 : « La Chine défend constamment et propose activement une interdiction complète et définitive des armes nucléaires, ce qui est fondamentalement conforme aux objectifs des négociations sur le TIAN » mais, en même temps, « La Chine estime également que la réalisation du désarmement, qui ne peut être faite du jour au lendemain, doit être poursuivie de manière graduelle et progressive, afin de préserver la stabilité stratégique mondiale et ne compromettre la sécurité d'aucun pays »), n'est pas prête à évoluer vers une adhésion au TIAN, alors qu'elle souligne sans cesse son infériorité quantitative face aux arsenaux nucléaires américain et russe, dans un contexte de course aux armements et d'affrontement politique et commercial avec les Occidentaux. Les Etats-Unis, pour leur part, entendent, avec l'adoption de la *Nuclear Posture Review* en février 2018, faire face à un « environnement sécuritaire international incertain et en évolution avec des capacités nucléaires américaines flexibles adaptables et résilientes ». A cela, la Russie a répondu avec la signature, le 2 juin 2020, par le président Poutine de l'oukase présidentiel n° 355 portant sur les « Fondements de la politique d'Etat de la Fédération de Russie dans le domaine de la dissuasion nucléaire », qui apparaît comme une riposte à la *Nuclear Posture Review* (I. FACON*,* « Une doctrine nucléaire pour la Russie », *Observatoire de la dissuasion, n°77*). Quant à la France, elle a annoncé le 19 février 2021 *(*Déclaration de la Ministre des Armées*,* 19 février 2021) le lancement du renouvellement de ses quatre sous-marins lanceurs d'engins, composante océanique de sa force de dissuasion, par des SNLE de troisième génération, qui seront livrés à partir de 2035 et devraient rester en activité jusqu'aux années 2080-2090*.* (Voir aussi sur la France et la dissuasion, « Quel débat sur la dissuasion nucléaire en France ? » *Observatoire*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

de la dissuasion, n° 39, 2016 *;* « La France et l'arme nucléaire au XXIème siècle », *Observatoire de la dissuasion*, n°46, 2017*)*.

On ne perçoit ainsi aucune inflexion dans la politique du groupe des 5 et cela toujours au nom de la même justification : l'inadaptation du TIAN aux besoins de stabilité et de sécurité, dans un contexte international marqué par la résurgence des menaces d'emploi de la force, voire de « guerres de haute intensité », les tensions régionales et les crises de la prolifération. Avec l'existence du TIAN, et le développement éventuel des adhésions, ce sont les Etats dotés, et particulièrement les démocraties occidentales où l'opinion publique joue un rôle non négligeable, qui sont les plus menacés. Le texte constitue en effet une prime aux Etats nucléaires *de facto* non assujettis au TNP et pourrait encourager des puissances non encore nucléaires à les rejoindre si la sécurité internationale continuait à se dégrader. Ne risque-t-on pas selon la formule de B. Tertrais d'arriver à ce que « si l'arme nucléaire était mise hors la loi, seuls les hors la loi auraient l'arme nucléaire » ? (Intervention de B. Tertrais devant le Sénat, « La dissuasion nucléaire : quel rôle dans la défense française aujourd'hui ? », 17 mars 2021).

Le TIAN est assurément un « pas décisif » vers le désarmement nucléaire, « pourvu qu'il soit accompli ! » (Pour reprendre la formule utilisée par L. Condorelli à propos de la création de la Cour Pénale Internationale, v. cette *Revue*, n°1999-1) mais ce ne sera sans doute pas son œuvre. Traité clivant, son avenir juridique est bloqué, sauf évolution favorable significative du contexte international et les dividendes que le combat de la société civile pourrait en retirer. Un tel pari est en l'état aléatoire. Dès lors, à certaines conditions, le TNP apparaît comme la voie la plus porteuse. Très largement ratifié, il est soutenu par les deux parties au débat, les uns y voyant la seule approche possible, progressive et par étapes, face aux aléas de la sécurité internationale, les autres considérant que le TIAN n'est que la concrétisation du TNP souhaitée par ses Etats Parties … s'ils sont de bonne foi. Il faut donc remettre le TNP sur ses rails, dans ses deux volets, non-prolifération et désarmement et, sur ce terrain, ce sont les Etats membres du groupe des 5 qui doivent jouer le premier rôle : parvenir à un accord, à défaut à un consensus, pour faire face aux crises de la prolifération, notamment à la question iranienne ; retrouver une confiance mutuelle pour relancer leur désarmement nucléaire, traduisant un renversement de tendance plus général en faveur du désarmement concernant aussi bien la course aux armements conventionnels que les nouvelles armes, les nouveaux espaces et les alliances. « L'énergie favorable au désarmement [ne doit pas, en effet] rester concentrée sur un point, le nucléaire, où elle ne peut donner de résultat véritable » (J-F. GUILHAUDIS, *Diplomatie et « débat » du désarmement,* mis en ligne 7 mars 2019, *http://revel.unice.fr/psei./index.html ?id=1078,* p.30). Pour atteindre cet objectif, le TIAN aura au moins « le mérite de mettre les EDAN devant leur ambiguïté consistant à souligner l'importance de l'arme nucléaire pour leur propre sécurité tout en dissuadant les autres de la posséder » *(*A. BIAD*, op.cit.,* p. 9*)*. La Xème conférence d'examen du TNP et la Réunion des Etats parties au TIAN, retardées en 2021 suite à la pandémie de la COVID 19, devront être examinées avec attention pour tenter de déterminer les évolutions possibles du dossier du désarmement nucléaire.

L.B.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

UNION EUROPÉENNE / AGENCE EUROPÉENNE DE GARDE-FRONTIÈRES ET DE GARDE-CÔTES (FRONTEX)

Les activités de Frontex en mer Egée placées sous haute surveillance

2021/2.36 – Les activités de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes font l'objet de vives critiques depuis la création de l'Agence en 2004 (Règlement (CE) n°2007/2004). La mise en œuvre de l'opération de soutien aux autorités grecques en mer Egée n'y a pas échappé. Pourtant, cette fois, la récurrence, la diversité des sources et le degré de gravité des accusations ont eu une répercussion importante au sein de tout l'appareil institutionnel européen. Il semble que ce soit la publication d'un article le 23 octobre 2020 par le magazine allemand *Der Spiegel International* qui ait achevé de mettre le feu aux poudres (*https://www.spiegel.de/international/europe/eu-border-agency-frontex-complicit-in-greek-refugee-pushback-campaign-a-4b6cba29-35a3-4d8c-a49f-a12daad450d7*). Le *consortium* international de journalistes d'investigation qui a œuvré à l'élaboration de cet article dénonce l'implication active ou passive de Frontex dans des cas de refoulement de migrants entre la Grèce et la Turquie. Les auteurs ont documenté plusieurs éléments : manque d'assistance à certains bateaux de migrants manifestement en détresse, absence de réaction face à des actes de refoulement caractérisés commis par les autorités grecques, voire participation volontaire à de tels actes, notamment par le blocage ou la reconduite des bateaux vers les eaux turques. Ces incidents sont venus s'ajouter à la longue liste d'actes précédemment dénoncés dans le même contexte. En effet, des faits similaires avaient été rapportés par des agents de l'armée allemande opérant sur un navire militaire dans le cadre d'une mission de soutien de l'OTAN aux forces européennes en mer Egée (*https://dserver.bundestag.de/btd/19/215/1921517.pdf*), des journalistes du *New York Times* (P. KINGSLEY, K. SHOUMALI, « *Taking hard line, Greece turns back migrants by abandoning them at Sea », The New York Times,* Aug. 14, 2020) ainsi que par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (*https://www.unhcr.org/gr/en/16207-unhcr-concerned-by-pushback-reports-calls-for-protection-of-refugees-and-asylum-seekers. html*) et l'Organisation internationale pour les migrations (*https://news.un.org/fr/story/ 2020/06/1070672*).

Les accusations portées contre Frontex ont atteint un seuil tel qu'il est devenu impossible de les ignorer pour les institutions et organes de l'Union européenne. Les réactions ont été nombreuses. En premier lieu, l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), chargé d'enquêter sur les fraudes ainsi que sur les fautes graves commises au sein des institutions ou agences européennes, a ouvert une enquête sur Frontex. Dans ce contexte, une perquisition a été menée au siège de Frontex à Varsovie en décembre 2020 (N. NIELSEN, « *EU anti-fraud office launches probe into Frontex* », *EU Observer,* Jan. 11, 2021). En deuxième lieu, Emily O'Reilly, médiatrice de l'Union européenne, a également ouvert une enquête visant plus particulièrement à évaluer l'efficacité et la transparence du mécanisme de plaintes créé en 2016 (*https://www.ombudsman.europa. eu/fr/news-document/en/134739*). En troisième lieu, à la demande de Ylva Johansson, commissaire chargée des migrations, la Commission a convoqué la réunion extraor-dinaire du Conseil d'administration de l'agence le 10 novembre 2020 pour discuter des accusations portées contre Frontex et de la protection des droits fondamentaux (*https://frontex.europa.eu/ media-centre/news/news-release/conclusions-of-the-chairperson-of-the-frontex-management-board-cpQord*). Le Conseil d'administration a fait le choix, à la suite de cette réunion, de mettre en place un groupe de travail spécifiquement dédié à l'étude des faits reprochés (*https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-welcomes-*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

establishment-of-management-board-working-group-z1aFSC). En quatrième et dernier lieu, le directeur exécutif de Frontex a été auditionné par le Parlement européen (*https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20201127IPR92637/respect-of-fundamental-rights-in-frontex-operations-meps-demand-guarantees*). Par ailleurs, en interne, Frontex a lancé une enquête sur ces accusations immédiatement après la publication de l'article, le 27 octobre 2020 (*https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-launches-internal-inquiry-into-incidents-recently-reported-by-media-ZtuEBP*). En réponse à ces différentes mesures, l'Agence se borne à réaffirmer sa volonté de coopérer tout en rappelant qu'aucun élément probant ne permet de caractériser d'éventuelles violations du principe de non-refoulement par ses agents (*https://multimedia.europarl.europa.eu/en/committee-on-civil-liberties-justice-and-home-affairs_20201201-1345-COMMITTEE-LIBE_vd*). Les dernières conclusions du Conseil d'administration de Frontex indiquent que sur les treize incidents répertoriés par les différentes enquêtes ou missions d'information, huit auraient été expliqués sans permettre de caractériser de violation du principe de non-refoulement tandis que cinq sont encore en cours d'examen (« *Conclusions of the Management Board's meeting on 5 March 2021 on the report of its Working Group on Fundametal Rights and Legal Operational Aspects of Operations in the Aegean Sea* »).

Les faits reprochés interviennent dans le cadre de l'opération conjointe « Poséidon » menée par la Grèce et Frontex depuis décembre 2015 en mer Egée. Plus de 600 agents et un nombre conséquent de navires, drones et avions aux fins de surveillance ou de secours sont mobilisés par Frontex dans cette opération visant à maîtriser l'augmentation des arrivées irrégulières et leurs conséquences sur les îles grecques. Cette opération témoigne de l'augmentation importante des moyens humains et matériels dont bénéficie l'Agence pour accompagner le développement de son champ de compétences. En 2011 (Règlement (UE) n°1168/2011), puis de façon encore plus marquée en 2016 (Règlement (UE) 2016/679), l'Agence a connu d'importantes transformations qui lui permettent aujourd'hui de viser la création d'un corps autonome de garde-frontières et de garde-côtes européens composé de 10 000 agents d'ici 2027 (Règlement (UE) 2019/1896).

Cette augmentation des pouvoirs de l'Agence s'est accompagnée d'un accroissement des mécanismes de responsabilité particulièrement en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux au cours des opérations de surveillance des frontières impliquant un rapport direct avec les migrants, telle que l'opération conjointe Poséidon. En l'espèce, les incidents identifiés en mer Egée interrogent le respect par Frontex du principe de non-refoulement largement consacré en droit international et européen. En droit international des réfugiés, l'article 33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés interdit aux Etats parties de renvoyer les réfugiés vers un territoire dans lequel leur liberté ou leur vie serait menacée. Cette protection demeure toutefois limitée à deux égards. D'un côté, la garantie de ne pas subir de refoulement ne profite qu'aux personnes répondant aux critères de la définition du réfugié. De l'autre, dans certaines hypothèses, les réfugiés jugés dangereux pour le pays d'accueil ou coupables de crimes graves peuvent perdre le bénéfice de cette protection. Ces limitations disparaissent dans d'autres textes de protection internationale des droits de l'homme tels que l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interprété par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (Observation générale n°20 (1992)) et l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg dans

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

de nombreux arrêts (*Soering contre Royaume-Uni* (1989) ou *Chahal contre Royaume-Uni* (1996)). Dans l'ordre juridique de l'Union, le principe de non-refoulement n'admet aucune dérogation. Il est explicitement garanti par l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Concrètement mis en place par les règlements et directives composant le régime d'asile européen commun (RAEC), le principe de non-refoulement implique que les autorités ne puissent éloigner une personne sans avoir préalablement procédé à un examen équitable, individuel, objectif et approfondi des craintes de la personne au regard du pays vers lequel un renvoi est envisagé. Un tel examen suppose un droit d'entrée au moins temporaire pour les personnes ayant atteint le territoire terrestre ou maritime des Etats membres de l'Union européenne (Jean-Yves Carlier, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *RCADI*, vol. 332, 2007, p. 76-184). Les activités de surveillance, d'interception ou de sauvetage menées par Frontex en mer Egée ne devraient donc pas conduire à éloigner des migrants hors du territoire de l'Union sans examiner leurs éventuels besoins en termes de protection internationale.

Pour le moment, ces enquêtes n'ont donné lieu à la publication d'aucun résultat définitif. Cependant, ce contexte d'accusations et de recherche d'informations permet, à tout le moins, d'analyser le fonctionnement et l'efficience des différents mécanismes de contrôle de l'Agence. Ceux-ci sont, à l'instar de nombreuses autres institutions, de deux ordres (Carole BILLET, « Quelle(s) responsabilité(s) pour l'agence Frontex ? », Chapitre 18 *in* Patrick Chaumette, *Wealth and Miseries of the Oceans: Conservation, Ressources and Borders. Richesses et misères des océans : Conservation, Ressources et Frontières*, GOMILEX, 2018). D'un côté, la responsabilité de Frontex peut être engagée vis-à-vis des institutions de l'Union européenne. De l'autre, cette responsabilité peut être mise en cause par les individus qui estimeraient leurs droits fondamentaux atteints par les agents ou activités de l'Agence.

Selon la première modalité de responsabilité, Frontex doit honorer diverses obligations d'information à l'égard du Parlement européen principalement, du Conseil subsidiairement et de la Commission d'une façon moins formalisée (Règlement (UE) 2019/1896 article 6). A ce titre, l'Agence doit transmettre des documents généraux, techniques et budgétaires de façon très régulière relatifs aussi bien à son fonctionnement qu'à ses activités. Cette obligation permet aux institutions européennes d'exercer un contrôle aux fins d'information plutôt que de sanction. C'est dans ce cadre que le Parlement européen a convoqué le directeur exécutif de l'Agence pour l'auditionner en décembre 2020. De la même façon, la Commission a également exercé son pouvoir de contrôle en convoquant une réunion extraordinaire du Conseil d'administration afin de susciter la création d'un groupe de travail chargé d'enquêter sur les faits faisant l'objet d'accusations. Si ces mécanismes permettent aux institutions de garantir un certain niveau d'information, ils n'emportent pas vraiment de conséquences en termes de répression ou de réparation pour l'Agence et son personnel.

La répression des fautes commises par l'Agence et la réparation des dommages causés sont prévues par la deuxième modalité de contrôle. Malheureusement, la mise en œuvre de cette modalité de responsabilité reste floue, complexe et inefficace. Consacrée en 2016, la responsabilité juridique de Frontex à l'encontre des individus est une responsabilité partagée avec les Etats membres de l'Union. Ce partage est source de confusion. En effet, la ligne de partage est difficile à tracer. L'engagement de cette responsabilité est d'autant plus difficile qu'elle peut sembler subsidiaire à la lecture de l'article 7 du Règlement (UE)

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

2019/1896 qui affirme que « les Etats membres restent responsables en premier ressort de la gestion de leurs tronçons de frontières extérieures ». Deux mécanismes particuliers concrétisent cette possibilité. En premier lieu, l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Agence est prévu devant la Cour de justice de l'Union européenne conformément au principe selon lequel les dommages causés par les agents des institutions et des organes doivent donner lieu à réparation (articles 97 et 98). Cependant, en l'absence de règle claire d'imputabilité des dommages entre l'Agence et les Etats membres, cette modalité de contrôle peut être difficile à mener à bien. En second lieu, les individus lésés peuvent déposer des plaintes contre Frontex (article 111). Cette modalité ne permet pas d'obtenir réparation des dommages subis. Seules des mesures administratives et disciplinaires peuvent être adoptées à l'encontre des agents concernés à l'issue de la procédure de traitement des plaintes. Toutefois, l'efficacité de ce mécanisme est dépendant notamment de la présence au sein de l'Agence d'un officier aux droits fondamentaux ainsi que d'une quarantaine de contrôleurs dédiés à soutenir la mission de promotion et de protection des droits fondamentaux et susceptibles d'être déployés sur le terrain pour effectuer des contrôles sur place lors des opérations conjointes menées. Le recrutement de ces agents est dûment prévu par le dernier règlement Frontex (article 110). Cependant, à ce jour, le Conseil d'administration de l'Agence n'a procédé ni au recrutement d'un officier ni à celui des contrôleurs. Tout au plus, les diverses accusations et enquêtes ont poussé le Conseil d'administration a initié le processus de recherche et de sélection des candidats. Outre ces deux mécanismes déclenchés à l'initiative des particuliers lésés, les agents de Frontex ont la possibilité de rapporter les incidents graves dont ils ont eu connaissance au cours de leur mission par le biais d'un formulaire et d'une procédure spécifiques. En pratique, les rapports de ce genre sont peu nombreux (European Union Agency for Fundamental Rights, *Migration : Fundamental Rights Issues at Land Borders*, 2020).

Quand bien même l'Agence s'attache à montrer sa bonne volonté à suivre les recommandations qui lui sont faites par les différentes instances qui la contrôlent (« *Management Board Decision 12/2021 du 14 février 2021 adopting the Fundamental Rights Strategy* »), il n'en reste pas moins que deux événements récents viennent renforcer l'idée selon laquelle elle est encore loin d'être capable de veiller au respect des droits fondamentaux de façon autonome et efficace dans le cadre de ses activités. D'une part, le directeur exécutif lui-même a proposé que l'Agence européenne pour les droits fondamentaux assure une surveillance étroite des activités de Frontex. D'autre part, le 27 janvier 2021, Frontex a préféré annoncer le retrait de ses activités en Hongrie alors qu'elle était visée par des accusations de collaboration à des pratiques en violation du principe de non-refoulement (Bérangère TAXIL, « La demande d'asile interdite en Hongrie : un nouveau bras de fer avec l'UE », 24 novembre 2020, Le Club des juristes). Finalement, la qualité des opérations menées par Frontex à l'avenir eu égard aux implications du principe de non-refoulement dépend grandement de la célérité et de la sévérité avec lesquelles les institutions et organes de l'Union européenne traiteront les accusations actuelles. L'Union doit trouver le moyen d'assurer la surveillance de ses frontières sans porter atteinte aux droits fondamentaux des migrants.

E.L

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

UNION EUROPÉENNE – RUSSIE

Première mise en œuvre du régime mondial de sanctions de l'UE en matière de droits de l'homme

2021/2.37 – Par une décision (PESC) 2021/372 et un règlement d'exécution (UE) 2021/371 du 2 mars 2021, le Conseil de l'Union européenne (ci-après « l'UE ») a adopté des mesures restrictives à l'encontre de quatre personnes de nationalité russe considérées responsables de graves violations des droits de l'homme, notamment des arrestations et des détentions arbitraires, ainsi que de la répression massive et systématique de la liberté de réunion pacifique et d'association et de la liberté d'opinion et d'expression en Russie. Alexandre Bastrykine, président de la commission d'enquête de la Russie, Igor Krasnov, procureur général, Viktor Zolotov, chef de la garde nationale, et Alexandre Kalachnikov, directeur du service pénitentiaire fédéral, ont été inscrits sur la liste de l'UE en raison de leur implication dans l'arrestation d'Alexeï Navalny, ainsi que dans les poursuites et la condamnation dont il a fait l'objet, et dans la répression des manifestations pacifiques liées au traitement qui lui a été infligé (*https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2021/03/02/global-human-rights-sanctions-regime-eu-sanctions-four-people-responsible-for-serious-human-rights-violations-in-russia/*). Les mesures restrictives visant ces quatre individus consistent en une interdiction d'entrer sur le territoire de l'UE et en un gel de leurs avoirs. Par ailleurs, il est interdit aux personnes et entités de l'UE de mettre des fonds, directement ou indirectement, à la disposition des personnes inscrites sur la liste.

Les mesures restrictives adoptées sur le fondement des actes du 2 mars 2021 constituent la première mise en œuvre du régime des mesures restrictives visant à faire face aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits dans le monde entier, établi par la décision (PESC) 2020/1999 et le règlement (UE) 2020/1998 du Conseil de l'UE du 7 décembre 2020. Le régime européen de sanctions type « Magnitsky », à l'exemple du régime états-unien, a permis l'adoption de mesures restrictives dites « individuelles », ou « ciblées », alors que jusqu'à présent, de telles mesures ne pouvaient être adoptées que dans le cadre d'un régime précédemment établi visant un Etat ou une situation géographiquement limitée (v. cette « Chronique », n°2021/1.17).

Ces nouvelles mesures s'inscrivent dans le sillage d'une série de mesures restrictives adoptées par l'UE contre la Russie. Depuis mars 2014, l'UE, comme les Etats-Unis, le Canada, et l'Australie, a progressivement imposé des mesures restrictives à l'encontre de la Russie en réaction à l'annexion illégale de la Crimée et à la crise en Ukraine. Depuis ces événements, le Conseil de l'UE a décidé la suspension des pourparlers en cours et de tout type de coopération avec la Russie, à quelques exceptions près, ainsi que de tout nouveau financement européen destiné à la Russie à travers les institutions financières internationales (*https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/177/russia*).

Bien que les sanctions ciblent théoriquement des individus et non pas la Russie, la réaction du gouvernement russe ne surprend guère. Sergueï Lavrov, le ministre des Affaires étrangères russe, a caractérisé ces mesures comme une ingérence dans les affaires intérieures de la Russie et les relations bilatérales avec l'UE comme « détruites » (B. VITKINE, « Affaire Navalny : « Moscou dénonce des sanctions occidentales "inacceptables" », *Le Monde* du 4 mars 2021, « Russian foreign minister says EU "destroyed" relations with Moscow », *The Moscow Times,* March 23, 2021).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Il importe de noter que ces sanctions contre les responsables de l'empoisonnement et l'emprisonnement d'Alexeï Navalny par l'UE ont été adoptées en concertation avec l'administration Biden. Par ailleurs, le Canada a adopté le même type de mesures visant des hauts responsables russes (« Canada sanctions nine Russian officials, Kremlin vows response », *Reuters,* March 24, 2021). Enfin, le Royaume-Uni et la Norvège ont salué l'adoption des mesures prises par l'UE et les Etats-Unis et ont exprimé leur intention d'imposer des mesures similaires (O. CARROLL, « Alexis Navalny : UK and EU impose sanctions on six Russians officials over poisoning », Oct. 15, 2020).

S'il est clair que ces mesures restrictives répondent à des préoccupations politiques, elles ne sont toutefois pas juridiquement indifférentes. Bien que la réaction à l'illicite d'un Etat ou d'une organisation internationale de manière autonome, c'est-à-dire indépendamment des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur le fondement du Chapitre VII de la Charte, soit devenue une pratique de routine dans les relations internationales contemporaines, se pose légitimement la question de leur licéité.

Apparaît en filigrane la question de la réaction à l'illicite face à des violations d'obligations *erga omnes* au sens de l'article 48 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. A supposer même que l'UE ait été en droit d'adopter de telles mesures en se fondant sur la violation grave par les individus listés des obligations relatives à la protection des droits de l'homme, en tant qu'obligations *erga omnes* (v. *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, deuxième phase, CIJ Recueil 1970*, p. 32, § 33), encore faut-il que les conditions prévues par cet article soient respectées. Or, sous le régime actuel de la responsabilité internationale, ce processus nécessiterait d'admettre au préalable l'adoption de contre-mesures par un Etat ou une organisation internationale non-lésés en réaction à des graves violations des droits de l'homme commises par des individus, qui demeure un « terrain miné » doctrinal (T. Ruys, « *Reflections on the 'Global Magnitsky Act' and the use of targeted sanctions in the fight against grand corruption* », *RBDI*, 2017/2, p. 504) qu'il serait très ambitieux d'aborder dans les limites de la présente note (v. à ce sujet, M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017).

En effet, ainsi qu'il a été constaté par la Rapporteuse spéciale sur les mesures coercitives unilatérales (Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport du Conseil des droits de l'homme sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales : priorités et feuille de route*, A/HRC/45/7 (21 juillet 2020), § 25-46), la prolifération des régimes de sanctions type « Magnitsky » soulève des inquiétudes liées à leur licéité en raison de l'absence de cadre juridique adapté applicable. Plus précisément, elle explique que l'ambiguïté dans la définition juridique de ces nouveaux types de mesures unilatérales, résultant en une impossibilité d'identifier le régime qui leur est applicable, porte atteinte à la légalité internationale.

En ce qui concerne la gravité de la violation en question, sans (r)ouvrir la controverse récurrente dans le débat doctrinal sur la question de la classification des violations des normes internationales en fonction de leur importance, alors qu'il est vrai qu'une catégorisation de ce genre par une organisation internationale régionale ou par un Etat comporte un élément essentiel d'arbitraire, un régime de sanctions aggravé constitue à notre sens « la consécration la plus achevée de la logique communautaire dans la responsabilité internationale » (S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté interna-*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

tionale dans la responsabilité des Etats, Nouvelle édition [en ligne], Genève, Graduate Institute Publications, 2005, pp. 227-264, § 62. Disponible sur : *http://books.openedition.-org/iheid/1154*) et démontre, au moins symboliquement, que l'action en faveur des droits de l'homme et de la démocratie est devenue désormais l'une des priorités de l'action extérieure de l'UE (v. Commission européenne, Communication conjointe au Parlement européen et au Conseil, « Plan d'action de l'UE en faveur des droits de l'homme et de la démocratie 2020-2024 », JOIN(2020) 5 final, 25 mars 2020, Bruxelles).

Au-delà de la portée symbolique incontestable de ces mesures, reste à déterminer leur véritable utilité ou efficacité à la lumière de leur finalité assignée, qui est de modifier le comportement de ces acteurs et de décourager les futures violations et atteintes graves des droits de l'homme. Compte tenu de la pratique encore embryonnaire de l'UE en matière de sanctions de ce genre, on ne saurait s'aventurer à prendre position sur leurs éventuelles implications, tant juridiques que pratiques. En tout état de cause, bien qu'elles soient *per se* ciblées, puisqu'elles sont précisément conçues de manière à réduire les incidences négatives pour les personnes qui ne sont pas responsables des violations qui ont conduit à leur adoption, l'évaluation de leurs effets et l'adaptation de leur adéquation tout au long de leur durée d'application déterminera leur crédibilité et légitimité (J.-F. DOBELLE, D. ALLONSIUS, F. COULÉE, Y. NOUVEL, C. SANTULLI, « Pratique française du droit international », *AFDI*, 2000, p. 804).

A vrai dire, cette première mise en œuvre d'un régime de sanctions individuelles par une organisation internationale régionale intégrée reflète une évolution de la société internationale qui atteint son paroxysme. D'une part, elle marque un pas supplémentaire vers une plus importante reconnaissance de l'individu en tant que sujet du droit international, invitant ainsi à réfléchir sur la place attribuée à la responsabilité de l'individu dans le droit des gens contemporain. De l'autre, elle marque un tournant dans l'action des acteurs de la communauté internationale, ayant recours à des moyens de pression unilatéraux, ou de « justice privée » – en ce sens que leur déclenchement, portée et contenu restent abandonnés à leur appréciation subjective (D. ALLAND, « Justice privée (Droit de se faire justice à soi-même) », *Droits*, vol. 34, no. 2, 2001, p. 78) – pour sauvegarder de valeurs universelles. On ne saurait prétendre qu'il s'agisse là d'un retour à l'unilatéralisme tout court, mais ces phénomènes semblent être révélateurs d'une tendance indéniable des grandes puissances mondiales à utiliser l'arme de la pression afin d'atteindre des fins politiques. En bref, on assiste à un phénomène, assurément pas nouveau dans un ordre juridique auquel manque un système de sanction organisé de manière centralisée, en vertu duquel ses acteurs opèrent un choix délibéré au profit des moyens de la politique et au détriment des moyens du droit (M. VIRALLY, *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Paris-Genève, PUF-IUHEI, 1990, p. 14).

En définitive, quel que soit le jugement que l'on porte sur leur licéité ou leur efficacité, on ne saurait faire abstraction de l'engouement des Etats membres de l'UE – et d'autres Etats occidentaux – pour la défense des droits de l'homme et de la démocratie dans le monde, et ce, au risque d'un effondrement des relations diplomatiques avec leurs partenaires commerciaux, ainsi qu'en attestent la première mise en œuvre ci-rapportée, mais notamment celle en réaction à des arrestations arbitraires d'Ouïgours du Xinjiang en Chine (« Ouïgours : l'Union européenne prend des sanctions contre la Chine, qui réplique », *Le Monde* du 22 mars 2021). Cette dernière a non seulement provoqué des

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

tensions diplomatiques importantes, mais risque également de freiner le processus de ratification – tant attendue – de l'accord global UE-Chine sur les investissements.

Or, compte tenu du contexte actuel d'un reniement regrettable du multilatéralisme, face à un système de résolution des différends de l'OMC en crise et une prolifération des mesures unilatérales de tout type, se tourne-t-on, en dernière analyse, vers un changement de paradigme, un unilatéralisme renouvelé ?

A.V.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

avec les notes de

Julien CAZALA, Rémi CÈBE, Landry DOSSAN, Julie FERRERO, Alexandre HERMET, Yann JUROVICS, Pierre-François LAVAL, Muriel SOGNIGBE SANGBANA, Rémy PROUVÈZE

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERETATIQUE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Arrêts du 3 février 2021, *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique),* et du 4 février 2021*, Application de la Convention internationale sur l' élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)* 384

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 16 février 2021 (Grande Chambre), *Hanan c. Allemagne*, req. n° 4871/16.... 388

Arrêt du 2 mars 2021, *R.R. c. Hongrie*, req. n°36037/17 395

Arrêt du 11 mars 2021, *Feilazoo c. Malte*, req. n° 6865/19 397

Arrêt du 16 mars 2021, *Hussein et al. c. Belgique*, req. n°45187/12..... 398

Arrêt du 18 mars 2021, *Tortaldze c. Géorgie*, req. n° 42371/08 399

Arrêt du 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, req. nos 40324/16 et 12623/17 400

Arrêt du 8 avril 2021 (Grande Chambre), *Vavricka et al. c. République Tchèque*, req. nos 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 et 43883/15 402

Arrêt du 15 avril 2021, *K.I. c. France*, req. n°5560/19 405

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Arrêt du 29 mars 2021, affaire *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon c. République du Benin*, req. n° 065/2019..... 406

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Décision sur la juridiction du 30 octobre 2020, *Mabco Constructions SA v. Republic of Kosovo* (ARB/17/25)..... 408

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

TRIBUNAL DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM
Sentence finale du 8 mars 2021, *Freif Eurowind Holdings Ltd. (United Kingdom) v. Kingdom of Spain* (V 2017/060)..... 411

PRÉSIDENT DU CONSEIL ADMINISTRATIF DU CIRDI
Décision sur la seconde demande de récusation de l'ensemble des membres du tribunal du 15 décembre 2020, *Landesbank Baden-Württemberg et al. v. Kingdom of Spain* (ARB/15/45) 412

III. CONTENTIEUX NON-ETATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE
Trial Judgment du 4 février 2021 (Trial Chamber IX), *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15) 414

Décision du 5 février 2021, 1ère Chambre préliminaire, Decision on the « *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine », Situation dans l'Etat de Palestine* (ICC-01/18-143)..... 416

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT
Jugement 4370 du 18 février 2021 421

I. CONTENTIEUX INTÉRÉTATIQUE

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
Arrêts du 3 février 2021, *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, et du 4 février 2021*, Application de la Convention internationale sur l' élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*

Compétence matérielle – objet du différend – « jurisprudence constante »

Les 3 et 4 février derniers, la Cour mondiale a rendu, coup sur coup, deux arrêts sur des exceptions préliminaires, dans les affaires *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)* et *Application de la Convention internationale sur l' élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis)*. Outre leur proximité temporelle, ces deux arrêts présentent des similitudes, ou plutôt quelques divergences remarquables au sujet de questions qui semblaient pourtant appeler l'application d'une seule et même méthode. Ces divergences sont l'objet principal des quelques remarques qui suivent, et qui concernent le problème de la détermination, par la Cour, de sa compétence matérielle lorsque celle-ci procède d'une clause compromissoire. Dans les deux affaires, les défendeurs se seront, en effet, appuyés sur des arguments de même nature pour démontrer que les demandes portées à la connaissance de la Cour n'entraient pas, à raison de leur objet, dans le champ d'application du traité lui attribuant compétence.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Dans la première affaire, les Etats-Unis soutenaient que le différend porté par les autorités iraniennes ne mettait pas en cause l'application du Traité d'amitié de 1955, sur le fondement duquel ces dernières entendaient établir la compétence de la Cour, mais plutôt le Plan d'action global commun conclu le 14 juillet 2015 au sujet du programme nucléaire iranien. Rappelons que c'est en accord avec ledit Plan que les sanctions américaines contestées par l'Iran devant la Cour avaient été levées – avant d'être plus tard rétablies, et même augmentées, après la dénonciation américaine de l'accord. Ainsi, les Etats-Unis considéraient que la contestation des sanctions était la seule véritable raison ayant justifié la saisine de la Cour, contestation pour laquelle cette dernière n'avait par ailleurs nulle compétence, la décision américaine de réimposer les sanctions n'entretenant aucun rapport réel avec le Traité de 1955 (voir, déjà à ce sujet, cette Chronique*, Revue*, 2018-4, pp. 997-1002, nos obs.). L'Iran aura bien sûr cherché à contester une telle lecture de l'objet du différend, rappelant qu'il avait introduit sa réclamation sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le Traité d'amitié de 1955 et qu'il alléguait la violation de plusieurs de ses dispositions. Il remettait également en cause la faculté du défendeur de redéfinir lui-même l'objet du litige, pareille tâche devant, seule, revenir à la Cour. Il était également relevé qu'aucun mécanisme de règlement exclusif n'avait été inclus dans le Plan d'action, de sorte que la Cour n'était nullement empêchée d'évaluer la légalité de mesures qui, tout en se rapportant au Plan, étaient également susceptibles de violer les obligations du Traité de 1955.

L'objet du différend revêtait une importance tout aussi singulière dans la seconde affaire, le défendeur (les Emirats arabes unis) ayant, là encore, cherché à contester l'existence du lien nécessaire à établir entre les demandeurs formulées par le Qatar et le champ d'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR), invoquée comme base de compétence. A suivre cette thèse, les demandes qataries mettaient en cause des discriminations fondées sur la « nationalité », au sens actuel du terme, mais nullement des discriminations fondées sur « l'origine nationale », selon l'expression utilisée à l'article 1, paragraphe 1 de la Convention. Et comme dans la première affaire, le demandeur contestait ce qui lui apparaissait comme une déformation, par la partie défenderesse, des éléments du différend en vue d'appuyer ses exceptions préliminaires.

Dans chacune des affaires, la Cour aura posé les bases de son raisonnement en rappelant les constantes de sa jurisprudence relative à sa compétence matérielle, notamment l'obligation procédurale incombant au demandeur, en vertu du paragraphe 1 de l'article 40 du Statut de la Cour, d'indiquer dans sa requête l'objet du différend. Se devant elle-même de déterminer ce dernier « sur une base objective », la Cour précise que son examen porte sur « la requête, ainsi que sur les exposées écrits et oraux des parties », en tenant également compte des faits invoqués à l'appui de la demande (arrêt précité du 4 février 2021, § 42). La Cour relève ainsi, dans la première affaire, que le différend opposant l'Iran aux Etats-Unis est né dans le contexte particulier du retrait des Etats-Unis du Plan d'action. Elle rappelle également que les différends opposant les Etats ne représentent souvent qu'un élément d'un différend politique plus vaste, ce qui ne saurait faire obstacle à la résolution, dans l'intérêt des parties, des questions juridiques qui opposent ces dernières. En d'autres termes, le fait que le différend soit né à l'occasion du retrait des Etats-Unis du Plan d'action « n'exclut pas, par lui-même, que ce [même] différend ait trait à l'interprétation ou à l'application du Traité d'amitié » (§ 56), dans la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

mesure où certains faits ou actes peuvent relever du champ de plusieurs instruments. Le seul établissement d'un lien entre les demandes iraniennes relatives à la levée des mesures incriminées et le Plan d'action ne saurait donc suffire à disqualifier le rapport qui peut tout autant s'établir entre ces mêmes demandes et le Traité de 1955. Et pour cause, la Cour « ne voit pas comment adhérer à une telle analyse sans dénaturer les demandes de l'Iran, telles que le demandeur les a formulées » (§ 59). En s'étant par ailleurs attachée aux exposés du demandeur, la Cour semble ainsi parvenir à une conclusion en tout point dictée par sa ligne de raisonnement habituelle.

De la seconde affaire ressort toutefois une impression bien différente. Ayant apprécié l'objet du différend et regroupé les prétentions du Qatar en trois catégories – les prétentions relatives aux mesures d'expulsions et aux interdictions d'entrée visant expressément les nationaux qatariens, les prétentions relatives aux restrictions imposées à des médias qataris, et les prétentions selon lesquelles les deux premières catégories de mesures entraînent une « discrimination indirecte » fondée sur l'origine nationale qatarie –, la Cour s'attache à apprécier sa compétence matérielle à la lumière du différend ainsi circonscrit. Elle observe notamment, à propos de la première catégorie de prétentions, que les parties ont présenté des opinions divergentes quant à la signification de l'expression « origine nationale » mentionnée à l'article 1, paragraphe 1 de la Convention et concernant la question incidente de savoir si cette expression recouvrait la « nationalité » au sens actuel. Elle s'attèle alors à interpréter cette expression selon son sens ordinaire, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, concluant que l'expression « origine nationale » n'inclut pas la nationalité actuelle. Elle trouve d'ailleurs une confirmation dans les travaux préparatoires de la Convention, de même que dans la pratique du Comité de la CIEDR, et estime que les mesures dont le Qatar tire grief, dans le cadre de sa première demande, fondées sur la nationalité actuelle de ses ressortissants, n'entrent pas dans le champ d'application de la CIEDR (§§ 71-114).

L'histoire pourrait s'arrêter là, si l'on y prêtait pas davantage d'attention. Remarquons qu'alors que les juges avaient voté à l'unanimité en faveur du rejet de l'exception préliminaire dans la première affaire, la Cour apparaît cette fois divisée face à l'exception ici soulevée par les Emirats arabes unis (onze voix contre six). A mieux le considérer, le raisonnement retenu laisse apparaître certains écarts avec la « jurisprudence constante », dont certains sont d'ailleurs signalés dans les opinions et déclarations des juges minoritaires. Au sujet de la catégorisation évoquée précédemment des prétentions du Qatar, le président Yusuf relève fort justement que la façon dont la Cour a articulé son raisonnement autour de la question de la nationalité, l'a nécessairement conduite à ignorer la formulation retenue par le demandeur au sujet de ses propres prétentions – lequel avait insisté sur les discriminations contre les qatariens sur la base de leur « origine nationale ». Par ailleurs, la catégorisation opérée par la Cour ne semble trouver aucun fondement dans le texte des plaidoiries cité au paragraphe 44 de l'arrêt, au soutien de la classification opérée par la suite, au paragraphe 56. Partant, la Cour n'aurait cette fois pas accordé une attention prioritaire aux éléments de langage développés par la partie demanderesse. La juge Sebutinde se montre également critique au sujet de tels flottements, rappelant notamment que la Cour avait suivi une approche radicalement différente dans l'affaire opposant l'Ukraine à la Russie et mettant en cause la même Convention *(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*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

(Ukraine c. Fédération de Russie), arrêt sur les exceptions préliminaires du 8 novembre 2019). Rappelons qu'à l'occasion de cette dernière affaire, la Cour avait considéré, lors de l'examen des exceptions préliminaires, et plus précisément de celle relative à sa compétence matérielle, qu'elle n'avait pas, dès ce stade, à établir que les mesures dénoncées par l'Ukraine constituaient effectivement une « discrimination raciale » au sens de l'article premier de la CIEDR. Cette question portait, selon elle, sur des points de faits « largement tributaires des éléments de preuve relatifs au but et à l'effet des mesures alléguées par l'Ukraine, et relèv[ai]ent donc de l'examen au fond si l'affaire devait se poursuivre à ce stade » (arrêt du 8 novembre 2019 précité, §§ 94-95). Il lui avait alors suffi, pour rejeter l'exception, de relever que les mesures incriminées étaient susceptibles de porter atteinte à la jouissance de certains droits protégés par la CIEDR. Ainsi, pour le dire clairement, la Cour aura, dans son arrêt du 4 février dernier, accepté de procéder à une qualification juridique qui lui semblait, par le passé, exclusivement relever du fond. C'est d'ailleurs en ce sens que la juge Sebutinde relève dans son opinion dissidente que l'exception préliminaire soulevée par le Qatar ne possédait pas, ici, un caractère exclusivement préliminaire, et aurait dû être examinée au fond, comme le prévoit l'article 79 *ter,* paragraphe 4 du Règlement de la Cour.

Un autre flottement méthodologique apparaît à l'analyse du traitement de la seconde exception préliminaire d'incompétence dans l'affaire opposant l'Iran aux Etats-Unis. Ces derniers avaient soulevé le fait que les mesures litigieuses, opportunément qualifiées de « mesures concernant les pays tiers », concernaient principalement le commerce et les transactions entre l'Iran et des pays tiers ou leurs ressortissants et leurs sociétés, alors que le Traité de 1955 voyait, toujours selon la partie américaine, son champ d'application limité aux échanges entre les deux Etats parties, ou leurs ressortissants et sociétés. L'Iran, pour sa part, rappelait que l'expression « mesures concernant les pays tiers » telle que retenue par le défendeur, était trompeuse, et même pure invention du défendeur, puisque les mesures américaines dénoncées ciblaient précisément l'Iran et ses sociétés ou ressortissants. La Cour trouve d'abord ici l'occasion de rappeler que le seul constat d'un désaccord des parties sur l'existence d'un tel différend ne suffit pas à satisfaire la condition d'existence du litige posée par la clause compromissoire. Tout à l'inverse, en de telles situations, il convient de s'assurer que les faits litigieux entrent dans les prévisions du traité contenant la clause compromissoire, chose qui peut conduire la Cour à interpréter les dispositions conventionnelles. Est encore une fois à l'œuvre une méthodologie que la Haute juridiction aura régulièrement appliquée par le passé, y compris à l'occasion de litiges ayant déjà mis en confrontation Iran et Etats-Unis (voir l'affaire des *Plates-formes pétrolières* ainsi que celle, plus récente, relative à *Certains actifs iraniens*). Lors de ces précédentes affaires, la Cour s'était livrée à une analyse détaillée de chaque disposition du traité invoqué par le demandeur, en vue de déterminer si ses demandes relevaient de leur périmètre d'application. Or, dans l'affaire commentée, il n'en est rien. La Cour accorde essentiellement importance au fait de savoir si chacune des mesures incriminées « est de nature à porter atteinte aux droits garantis à l'Iran par les diverses dispositions du traité d'amitié ». Cependant, ajoute-t-elle, « seul un examen détaillé de chacune des mesures en question, de sa portée et de ses effets concrets » permettrait d'en juger, raison pour laquelle elle aboutit à la conclusion que la seconde exception préliminaire introduite par les Etats-Unis « soulève des questions de droit et de fait qui relèvent du fond ». Dans sa déclaration, le juge Tomka note d'ailleurs, à cet égard, que la Cour aura ici purement et simplement

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

rejeté l'exception préliminaire, plutôt que d'estimer, comme elle le fait fréquemment, que celle-ci n'a pas un caractère exclusivement préliminaire.

On l'aura compris, le raisonnement du 3 février s'articule difficilement avec la jurisprudence antérieure. Mais, chose peut-être plus remarquable encore, il n'est pas non en phase avec celui tenu le jour d'après, dans l'affaire *Qatar c. Emirats arabes unis*, où la Cour n'hésite pas à analyser certaines des mesures litigieuses, en considération notamment de leurs effets, avant de conclure qu'elles ne constituent pas une discrimination raciale, ni ne relèvent donc du champ de la CIEDR (§ 112). Cette solution a d'ailleurs fait l'objet d'autres critiques, fondées sur la frugalité, voire l'insuffisance, des analyses ici mises en œuvre pour y aboutir. Sera notamment remarqué le fait que la Cour ne s'est nullement alignée, ni même un tant soit peu appuyée, sur la pratique du Comité de la CIEDR, de laquelle affleurait des critères d'appréciation autres que ceux ici mobilisés (voir en ce sens la déclaration du président Yusuf, spéc. §§ 15-16). Cette ignorance apparait d'autant plus contestable, ou à tout le moins surprenante, que la Cour avait déjà estimé, à l'occasion de l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo*, arrêt du 30 novembre 2010), devoir accorder « une « grande considération » à l'interprétation adoptée par ces organes indépendants spécialement établis en vue de superviser l'application de certains traités internationaux, au nom de la « nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international » (§ 66)

Au demeurant, et en définitive, on serait tenté de retenir de ces deux arrêts l'effet que produit leur proximité temporelle, comparable à celui d'un miroir grossissant, vis-à-vis des contradictions que l'on peut mesurer, d'une affaire à l'autre, dans la façon dont la Cour est amenée à remplir son office.

LANDRY DOSSAN
PIERRE-FRANÇOIS LAVAL

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt du 16 février 2021 (Grande Chambre), *Hanan c. Allemagne*, req. n° 4871/16*

Lien juridictionnel – obligation d'enquête – juridiction extraterritoriale – juridiction de l'Etat – attribution – compétence territoriale – compétence personnelle – article 2 (volet procédural) – conflit armé – intervention militaire – droit international humanitaire – recours effectif – participation

L'arrêt rendu dans l'affaire *Hanan c. Allemagne* apporte une nouvelle pierre à l'édifice patiemment construit par la Cour à propos de l'applicabilité extraterritoriale de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et enterre semble-t-il définitivement la notion d'« espace juridique européen » formulée dans l'arrêt *Bankovic*

* Deux commentaires de l'affaire *Hanan contre Allemagne*, tranchée par la Cour de Strasbourg le 16 février dernier, sont simultanément parvenus à la *Revue*. Les co-directeurs de la Chronique de jurisprudence internationale étant seuls responsables de cette situation, et de ce doublon, ils ont décidé de publier les deux textes afin de rendre justice à leurs auteurs, et à leurs analyses respectives. Avec ces quelques mots, nous leur adressons nos plus sincères excuses.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

(CourEDH, Grande Chambre, *Bankovic et al. c. Belgique et al.*, décision du 12 décembre 2001, req. n°52207/99). Si le pas franchi est important, la rédaction de l'arrêt peine à masquer le malaise de la majorité face à la question – déjà soulevée mais toujours hautement sensible – de l'établissement de la responsabilité des Etats parties engagés dans des missions de maintien de la paix sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies (ONU). La requête émane d'un ressortissant afghan et met en cause l'Etat allemand en raison de la mort de ses deux fils au cours d'une frappe aérienne en 2009 près de Kunduz. A l'époque, l'Allemagne faisait partie des Etats européens fournisseurs de contingents militaires au sein de la Force internationale d'assistance à la sécurité (FIAS) et était en charge du commandement régional nord. Le 3 septembre 2009, des insurgés s'étaient emparés de deux camions citernes. Après qu'ils eurent été repérés et qu'ait été évaluée la présence de civils ou de biens civils à proximité, ils furent la cible de deux bombes de 500 livres. Le bombardement conduisit non seulement à la destruction des camions mais également à la mort de plusieurs personnes présentes sur les lieux, notamment des civils parmi lesquels figuraient les fils du requérant. Une enquête fut rapidement ouverte par les autorités de poursuites allemandes sur le territoire national que le Procureur Général clôtura après une année, en considérant qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour engager la responsabilité pénale du colonel et du sergent-chef aux commandes de l'attaque. Les recours du requérant auprès des juridictions allemandes contestant cette clôture furent rejetés. Il allègue en conséquence devant la Cour la violation de l'article 2 de la Convention dans son volet procédural en raison de l'ineffectivité de l'enquête pénale ainsi que de l'article 13 combiné à l'article 2 pour défaut de recours à sa disposition pour contester effectivement la décision de clôture. Le débat dans cette affaire est donc immédiatement concentré sur la question de l'obligation procédurale d'enquête et non sur le volet matériel du droit à la vie des personnes tuées au cours de l'attaque aérienne. Il est par ailleurs fortement teinté par le contexte des activités opérationnelles menées collectivement par les Etats membres d'une organisation internationale sous l'égide de celle-ci.

La première exception préliminaire du gouvernement porte logiquement sur l'incompétence *ratione personae* et *ratione loci* de la Cour qu'elle décide de traiter au stade de la recevabilité. Sur le premier chef d'incompétence, l'Etat invoque sans surprise la jurisprudence en matière de répartition de responsabilité entre l'organisation internationale et son Etat membre, notamment l'affaire *Behrami* (CourEDH, Grande Chambre, *Behrami et Behrami c. France* et *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, décision du 2 mai 2007, req. nos 71412/01 et 78166/01) pour mettre en évidence le contrôle du Conseil de sécurité sur les opérations en cause et l'incompétence personnelle de la Cour qui en résulterait. Quant à la compétence territoriale de la Cour, l'Etat défendeur entend d'abord sans surprise démontrer l'inapplicabilité des critères désormais bien établis d'application extraterritoriale de la Convention à partir de l'existence d'un contrôle effectif du territoire ou d'un contrôle personnel d'un agent (voir à ce propos P.-F. LAVAL, « A propos de la juridiction extraterritoriale de l'Etat. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2001 », *Revue*, 2012, pp. 61-88). En revanche, la deuxième branche de sa défense en réponse à l'argumentation du requérant est moins commune puisqu'elle est propre à l'obligation en cause. L'Etat allemand rejette en effet avec force l'hypothèse de l'extension du raisonnement tenu dans les affaires *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie* (CourEDH, Grande Chambre, arrêt du 29 janvier 2019, req. n°36925/07, voir cette Chronique, *Revue*, 2019-2, pp. 509-5012, nos

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

obs.) et *Romeo Castaño c. Belgique* (CourEDH, arrêt du 9 juillet 2019, req. n°8351/17, voir cette Chronique*, Revue*, 2019-4, pp. 976-980, nos obs.) dans lesquelles la Cour avait consacré une obligation de coopération internationale en matière d'enquête dans un contexte transfrontière, lui permettant d'étendre la portée de l'obligation d'enquête de l'article 2 au-delà du territoire national en considérant, entre autres, que la seule ouverture d'une enquête pénale suffit à caractériser un lien juridictionnel suffisant au titre de l'article 1 de la Convention. Selon le défendeur, fermement soutenu sur ce point par les gouvernements français, danois, britannique, norvégien et suédois intervenants, une telle extension de l'applicabilité territoriale de la Convention aurait pour effet de dissuader les Etats de l'ouverture d'enquête sur des faits commis à l'étranger, voire de participer au maintien de la paix de la sécurité internationales (§ 112 et §125). Ils avancent également au soutien de cette défense que dans les situations de conflit armés tels que celui de l'espèce, le droit international humanitaire doit être considérer, comme la *lex specialis* applicable aux Etats, rendant l'application du droit international des droits de l'homme inadéquate (§ 125).

La recevabilité de la requête soulève donc en premier lieu la question cruciale de la transposablilité de la jurisprudence *Güzelyurtlu* hors des cas de coopération internationale et, surtout, hors de l'« espace juridique européen ». Or, la réponse à cette première question conditionne celle de savoir si l'obligation procédurale de l'article 2 est subordonnée à l'exercice par l'Etat de sa juridiction sur le droit matériel issu du même article ou si elle peut en être « détachée » et s'apprécier à partir de critères différents. S'écartant de son mode habituel de raisonnement en matière d'extraterritorialité, la Cour opte pour la deuxième solution au moyen d'une argumentation parfois chaotique. Elle décide en effet que les critères de la jurisprudence *Güzelyurtlu* ne sont que partiellement transposables. Le premier principe, que la Cour écarte, consistait à considérer que « l'ouverture par les autorités nationales d'une enquête ou procédure pénale sur un décès survenu hors de la juridiction territoriale de l'Etat alors que celui-ci n'exerçait pas sur les lieux sa juridiction extraterritoriale suffit *à elle seule* pour établir un lien juridictionnel entre l'Etat en question et les proches de la victime qui introduisent ultérieurement une requête contre cet Etat » (§135). Cette présomption est ici écartée au motif que l'affaire s'inscrit dans le contexte d'une opération militaire extraterritoriale dans le cadre d'un mandat du Conseil de sécurité. A cet égard, la Cour concède explicitement que cette dérogation fait droit aux « préoccupations exprimées par le gouvernement défendeur et les gouvernements intervenants, qui craignent que l'établissement d'un lien juridictionnel fondé sur le simple fait qu'une enquête a été ouverte ne dissuade les Etats contractants d'ouvrir à l'avenir des enquêtes au niveau national sur des décès survenus dans le cadre d'opérations militaires extraterritoriales, et n'aboutisse à une application inégale de la Convention entre différents Etats contractants qui participeraient aux mêmes missions militaire » (§135). En revanche, le second principe de l'affaire *Güzelyurtlu*, selon lequel en l'absence d'ouverture d'une enquête des « circonstances propres » peuvent suffire à faire naître l'obligation d'enquêter sur des faits commis à l'étranger est, elle, transposable (§ 136). En l'espèce, la Cour en découvre plusieurs, liées à l'existence de l'obligation d'enquête en droit international ou en droit interne mais aussi à la compétence exclusive des juridictions allemandes en matière d'infraction pénale ou disciplinaire que les membres des contingents nationaux pourraient commettre, conformément à la pratique des missions militaires sous mandat onusien. Cette dernière « circonstance propre » est particulièrement intéressante. L'Etat allemand, comme d'autres, y voit une source d'immunité juridictionnelle, qui en pratique maintient le risque

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

d'un déni de justice pour les victimes de dommages causés dans le cadre des activités opérationnelles des Nations Unies. La Cour, elle, y voit une règle de compétence (§ 138). Or, en imposant aux Etats au titre du droit conventionnel une obligation d'enquête sur ces situations l'arrêt promet un nouveau moyen de contournement d'une difficulté considérable en matière de responsabilité pour des actes commis sous le contrôle d'une organisation internationale. L'obligation d'enquête est donc, aux yeux de la Cour, applicable en l'espèce ce qui établit sa compétence territoriale et la conduit au rejet des exceptions préliminaires allemandes, la seconde, relative à l'épuisement des voies de recours internes, ayant été rapidement évacuée. La Cour confirme ainsi pour la première fois la détachabilité de l'obligation procédurale vis-à-vis de l'obligation matérielle contenues à l'article 2, qui la dispense de l'établissement d'un fondement à la juridiction extraterritoriale de l'Etat et l'attribution du comportement à l'Etat et que critiquent avec virulence les juges Grozev, Ranzoni et Eicke dans leur opinion partiellement dissidente commune.

La Cour aborde au fond de l'affaire la question de savoir si l'enquête réalisée par les autorités nationales viole les exigences conventionnelles d'effectivité comme l'allègue le requérant. Les Etats tiers intervenants s'emploient à cet égard à tenter d'alléger le contenu substantiel de l'obligation pour, selon eux, « tenir compte des réalités pratiques des déploiements militaires » (§194). Les organisations autorisées à intervenir considèrent au contraire qu'en l'absence de dérogation au titre de l'article 15 le droit conventionnel doit déployer tous ses effets et que l'application simultanée du droit international humanitaire n'y fait aucunement obstacle. La Cour adhère de prime abord à cette seconde analyse mais son application aux faits de l'espèce s'avère décevante. Elle se montre en effet particulièrement sensible aux arguments étatiques, au point que sa volonté d'appliquer l'obligation de manière « réaliste » la conduit à affirmer que « les difficultés et contraintes qu'a causées aux autorités d'enquête le fait que les décès soient survenus pendant une phase d'hostilités actives menées dans le cadre d'un conflit armé (extraterritorial) ont touché l'enquête dans son ensemble et ont continué à peser tout au long des investigations sur la capacité des autorités, et notamment des autorités civiles de poursuite en Allemagne, à prendre des mesures d'enquête. Elle juge en conséquence qu'il convient d'examiner l'enquête menée par ces autorités à la lumière des normes qu'elle a établies en ce qui concerne les enquêtes menées sur des décès survenus dans le cadre de conflits armés extraterritoriaux » (§ 200). La teneur de l'obligation d'enquête dépend donc des circonstances de l'affaire dont la juridiction semble déduire une forme de dérogation à ses standards en la matière. A propos d'abord du caractère adéquat de l'enquête, elle tient compte du contexte du conflit armé pour considérer que les difficultés des enquêteurs ou les retards dans la protection de l'enquête ne suffisent pas à écarter son effectivité et ajoute que l'obligation procédurale de l'article 2 n'impose pas forcément l'instauration d'un contrôle juridictionnel des décisions prises au cours de l'enquête, balayant du même coup la violation alléguée de l'article 13. Concernant ensuite la promptitude, la célérité raisonnable et l'indépendance de l'enquête, elles aussi critiquées par la requête, le juge européen estime que les délais jugés pourtant « regrettable[s] » (§ 229) n'ont pas davantage porté atteinte à l'effectivité de l'enquête. Sur la participation des proches et le contrôle du public, enfin, la Cour fait là encore preuve de compréhension vis-à-vis de l'Etat et justifie les défaillances constatées par les circonstances de l'affaire (§ 231). Finalement, la souplesse du contrôle exercé lui permet de considérer que l'enquête réalisée par les autorités allemandes était conforme à la Convention et d'aboutir au constat de non-violation au prix de nombreuses concessions. Certes, la juridiction entérine définitivement

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'autonomie de l'obligation d'enquête de l'article 2 et ouvre des perspectives intéressantes quant à son applicabilité extraterritoriale mais son application en l'espèce laisse à l'observateur le sentiment d'un arrêt de compromis, dans lequel la Cour n'a pas pu aller au bout de sa construction. S'il est évident que l'extension illimitée de la portée territoriale de la Convention n'est ni possible ni peut-être souhaitable et que l'équilibre à trouver entre l'effectivité de la Convention et l'encouragement de l'engagement des Etats dans les activités de maintien de la paix des Nations Unies est complexe, on peut néanmoins regretter les incohérences et les incertitudes que laissent planer l'arrêt.

JULIE FERRERO

En septembre 2009, une frappe aérienne près de la ville de Kunduz en Afghanistan a provoqué la mort de nombreux civils, dont les deux fils du requérant. Cette frappe a été décidée dans le cadre de l'intervention occidentale : l'ordre en avait été donné par un officier allemand et l'opération en elle-même a été conduite par les forces américaines. Diverses enquêtes ont été menées, tant par la coalition que par les autorités allemandes, à la suite desquelles l'officier ayant ordonné l'opération a été mis hors de cause. Le requérant, estimant que des procédures n'avaient pas respecté le volet procédural de l'article 2 de la Convention ni l'article 13 combiné avec l'article 2, s'est alors tourné vers la Cour de Strasbourg. L'arrêt de la Grande Chambre, comprend deux apports importants : en ce qui concerne la notion de « juridiction » de l'Etat au sens de l'article 1 de la Convention d'une part et à propos de l'obligation d'enquêter dans le cadre d'un conflit armé d'autre part.

Concernant le premier aspect, la solution de la Cour s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence à propos de la « juridiction » des Etats membres à raison de l'engagement de procédures internes portant sur des faits extraterritoriaux. En l'espèce, la Cour a reconnu la juridiction de l'Etat ; plus précisément, en raison de « circonstances propres » (§ 136), un « lien juridictionnel » a été dégagé. L'arrêt se fonde en ce sens sur sa jurisprudence *Güzelyurtlu* de 2019 mais n'évoque pas sa récente décision *M .N. c. Belgique* de 2020 (CourEDH, Grande Chambre, *M.N. et a. c. Belgique*, décision du 5 mai 2020, req. n° 3599/18), alors même que son raisonnement semble davantage s'y rattacher quant à son résultat. Elle prend d'ailleurs ses distances avec le premier arrêt en soulignant que l'ouverture de procédures internes, à l'initiative de l'Etat, ne saurait « *à elle seule* » (§ 135, italique de la Cour) établir un « lien juridictionnel » ; seules des « circonstances propres » peuvent conduire à ce résultat à propos de faits extraterritoriaux. Cette idée est au surcroît soutenue par un raisonnement ouvertement conséquentialiste : à l'instar de la décision *M.N. c. Belgique*, la Cour considère qu'admettre que l'engagement de procédures internes à l'initiative de l'Etat suffise à établir un lien juridictionnel conduirait à une extension excessive du champ d'application de la Convention et dissuaderait les Etats d'enquêter sur les décès survenus lors de leurs opérations militaires à l'étranger (§ 135).

L'arrêt précise ainsi que des « circonstances propres » sont nécessaires à la caractérisation de la juridiction de l'Etat, dans les cas où ce dernier a ouvert une enquête, dans deux situations : lorsque la question de l'extraterritorialité est soulevée à propos de faits survenus hors de l'espace juridique de la Convention – faisant ainsi penser à la vieille jurisprudence *Banković* – et lorsque les faits litigieux se sont produits pendant une phase d'hostilités actives au cours d'un conflit armé, renvoyant à son récent arrêt *Géorgie c. Russie* (II) (CourEDH, Grande Chambre, *Géorgie c. Russie (II),* décision du 21 janvier 2021, req. n° 38263/08) de janvier 2021. C'est un savant mélange des deux situations, à

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

savoir le contexte d'une « opération militaire extraterritoriale menée en dehors du territoire des Etats parties à la Convention dans le cadre d'un mandat donné par une résolution adoptée par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies » (§ 135), qui justifie en l'espèce la recherche de « circonstances propres ». La Cour en énumère trois qui, « combinées, sont de nature à faire naître un lien juridictionnel aux fins de l'article 1 de la Convention et à déclencher de ce fait l'application de l'obligation procédurale d'enquêter découlant de l'article 2 » (§§ 137-142) : l'obligation de l'Allemagne, en vertu du droit humanitaire coutumier, d'enquêter sur la frappe aérienne en cause, la compétence pénale exclusive, établie par des accords internationaux, des Etats d'envoi sur leurs troupes et enfin l'obligation d'enquêter des autorités allemandes en vertu du droit interne. L'opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt critique cette approche, car aucune de ces circonstances n'est véritablement « propre » à l'espèce (opinion en partie dissidente commune aux juges Grozev, Ranzoni et Eicke, §§ 19-24). Quoi qu'il en soit, cet arrêt semble élever l'existence de « circonstances propres » au critère essentiel du « lien juridictionnel » dans le cadre de l'engagement de procédures internes à l'égard de faits extraterritoriaux, que l'Etat soit ou non à l'initiative de ces procédures. Le contexte particulier d'un conflit armé a été déterminant (sur cette question, voir notre étude, « Procédures internes et établissement de la 'juridiction' de l'Etat au regard de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Europe des droits et des libertés*, 2021, n° 3, pp. 96-116).

Cet arrêt poursuit ainsi le mouvement consistant à restreindre le champ des obligations procédurales aux procédures concernant des faits étrangers à la juridiction de l'Etat défendeur. La Cour reconnaît certes en l'espèce que l'obligation d'enquêter pesait sur l'Allemagne, car il y avait un « lien juridictionnel » entre elle et les faits ayant donné naissance à l'affaire, mais en le conditionnant à des circonstances particulières. Ce faisant, elle ne semble pas assumer totalement la rupture entre le versant substantiel et le volet procédural de l'article 2. Un premier mouvement tend vers cette autonomisation. En effet, si dans les affaires *Al Skeini* (CourEDH, Grande Chambre, *Al Skeini et a. c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 2011, req. n° 55721/07) et *Jaloud* (CourEDH, Grande Chambre, *Jaloud c. Pays-Bas*, arrêt du 20 novembre 2014, req. n° 47708/08), la compétence dans le cadre du volet procédural dépendait de la « juridiction » de l'Etat dans le cadre des dispositions substantielles de l'article 2, ce qui pouvait s'entendre car le volet procédural a été conçu comme un appendice à ces dernières, reconnaître, comme en l'espèce, un établissement distinct de la juridiction dans le cadre du volet procédural conduirait à l'inverse à une autonomie de ce dernier. Cependant, ce volet procédural ne semble pas totalement indépendant du versant matériel, car toute procédure portant sur des faits de décès n'implique pas dans tous les cas la juridiction à l'égard du volet procédural : dans le cas de faits extraterritoriaux, des circonstances propres demeurent nécessaires à la « juridiction » alors même que les procédures se déroulent sur le territoire national ; le lien juridictionnel ne dépend donc pas seulement de l'engagement de procédures internes, mais aussi, et surtout, de circonstances propres aux faits ayant causé le décès ou menacé la vie des victimes, ce qui revient à rattacher ce volet procédural au versant substantiel de l'article 2.

Concernant le second aspect, la Cour ne statue que sur les griefs fondés sur une violation du volet procédural de l'article 2 (§ 155). Elle devait en premier lieu préciser le rôle du droit international humanitaire dans son raisonnement. Le Gouvernement défendeur soutenait que es obligations de l'Etat devraient être déterminées à l'aune cet ensemble de règles (§ 173)

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

dès lors que les faits en cause étaient survenus dans le cadre d'un conflit armé non international. A l'opposé, le demandeur, soutenu par les ONG intervenantes, demandait à la Cour de ne pas tenir compte du droit international humanitaire, et affirmait qu'en tout état de cause, ce dernier ne devait pas permettre d'atténuer les obligations procédurales de l'Etat en vertu du droit de la Convention (§ 156). La Cour rejette la position de l'Etat : alléguant l'absence de « conflit de normes matériel » entre les règles du droit international humanitaire applicables en l'espèce et celles découlant de la Convention, elle refuse de se prononcer sur la question de savoir « s'il y a lieu de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer la Convention bien qu'aucune dérogation formelle n'ait été déposée en vertu de l'article 15 : elle peut se borner à examiner les faits de la cause à l'aune de sa jurisprudence relative à l'article 2 » (§ 199), revoyant ainsi à sa jurisprudence *Hassan* (CourEDH, Grande Chambre, *Hassan c. Royaume-Uni,* arrêt du 16 septembre 2014, req. n° 29750/09, § 104).

Néanmoins, la situation de conflit armé n'est pas ignorée par la Cour. En effet, si n'était en cause que l'obligation d'enquête, comme dans l'arrêt *Jaloud*, elle affirme que le contrôle de son respect doit être adapté en raison des circonstances, c'est-à-dire d'un « décès survenu dans le cadre de conflits armés extraterritoriaux » (§ 200, se référant à *Al Skeini* et *Jaloud*) ; comme elle le répète, l'obligation procédurale doit être appliquée d'une manière réaliste (§§ 200, 224). Tenant compte de cela, la Cour repousse les arguments du requérant. En ce qui concerne l'effectivité de l'enquête, elle constate que les faits ont été établis de manière fiable (§§ 213-219) et que le requérant disposait de recours adéquats pour contester cette effectivité (§§ 220-222). De même, l'enquête a été jugée suffisamment prompte, notamment parce que les autorités militaires avaient procédé à une première inspection de la zone immédiatement après les faits, et sans défaut de célérité, toujours en tenant compte du contexte de conflit armé extraterritorial (§ 223). La promptitude des investigations civiles ne pouvait quant à elle faire sérieusement l'objet de critique, selon la Cour, qui constate que l'enquête a été ouverte le jour du bombardement (§ 228). La participation de l'officier, qui n'aurait pourtant pas dû être associé aux mesures d'investigation en Afghanistan, n'a de même pas été jugée contraire à l'indépendance de l'enquête (§§ 225-227). Restait la question de la participation des proches des victimes et du contrôle du public sur l'enquête. Si la Cour note qu'il est « problématique » que le témoignage du requérant n'ait pas été recueilli (§ 230), elle considère cependant, toujours au regard des circonstances de l'affaire (§ 231), que ce fait ne constitue pas une violation de l'article 2. Elle note par ailleurs qu'il n'y a eu aucune difficulté d'accès au dossier, tout en notant que des restrictions sont possibles et justifiées en raison du conflit armé (§ 233). Enfin, la Cour ne retient pas l'argument du délai trop élevé de communication du dossier au requérant (§ 234), ni du défaut de contrôle du public car l'enquête ouverte au parlement a ouvert au public la possibilité d'un droit de regard (§ 235).

Au regard de tous ces éléments, et eu égard aux circonstances de l'espèce, il n'y a donc pas eu de violation de l'obligation d'enquête effective déclouant de l'article 2. Le raisonnement de la Cour est constamment fondé sur ces circonstances de conflit armé, qui conduit à assouplir les obligations procédurales de l'Etat, alors même que le droit humanitaire est écarté du raisonnement de la Cour.

ALEXANDRE HERMET

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt du 2 mars 2021, *R.R. c. Hongrie*, req. n°36037/17

Demandeurs d'asile – traitement dégradant – privation de liberté de facto – vulnérabilité – zones de transit – conditions d'accueil – enfants – femmes enceintes – privation de nourriture – dignité humaine – respect des mesures provisoires

A peine plus d'une année après l'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie* (CourEDH, Grande Chambre, arrêt du 21 novembre 2019, req. n°47287/15, voir cette Chronique, *Revue*, 2020-1, pp. 171-175, nos obs.), la Cour est de nouveau appelée à se prononcer sur la situation des demandeurs d'asile dans les zones de transits hongroises à la frontière avec la Serbie. Les faits de l'espèce sont toutefois significativement différents puisqu'ils concernent la détention d'une famille irano-afghane, dont une femme enceinte et trois enfants mineurs, pendant une durée de près de quatre mois. En effet, après un parcours d'exil complexe et une période de séparation au cours de laquelle le père avait déjà déposé deux demandes d'asile en Hongrie avant de se rétracter, la famille est de nouveau réunie en Serbie où naît le troisième enfant, avant d'entrer ensemble sur le territoire de l'Etat défendeur dans la zone de transit de Röszke où ils déposent immédiatement une demande d'asile. Ils y obtiennent un hébergement dans la zone réservée aux familles avant d'être déplacés dans la zone d'isolement en raison du développement de l'hépatite B par la mère et l'un des enfants. En parallèle, la première entame une nouvelle grossesse peu de temps après son arrivée. Il leur faudra attendre trois mois et 27 jours avant d'être autorisés à entrer sur le territoire hongrois à titre temporaire. Une protection subsidiaire leur sera ensuite octroyée alors qu'ils avaient déjà quitté le pays pour l'Allemagne où ils ont finalement obtenu le statut de réfugiés. Les requérants allèguent avoir subi, au cours de leur période dans la zone de transit, des traitements dégradants en violation de l'article 3, une privation de liberté en violation de l'article 5 et affirment en outre que la Hongrie a violé l'article 34 de la Convention en ne respectant pas les mesures provisoires ordonnées par la Cour.

Sur le terrain de l'article 3, la Cour avait considéré dans l'affaire *Ilias et Ahmed* que les conditions de vie des requérants dans la même zone de transit de Röszke n'atteignaient pas le seuil de gravité de l'article 3. La présente affaire s'en distingue toutefois aux yeux de la Cour qui l'examine à la lumière des circonstances spécifiques dans lesquelles se trouvaient les requérants. A propos de la situation du père, d'abord, il ne bénéficiait pas d'une fourniture de nourriture puisqu'il avait déjà déposé plusieurs demandes d'asile et ne bénéficiait plus des conditions d'accueil fournies par l'Etat, tout au plus s'était-il vu reconnaître le droit d'être hébergé avec sa famille. Il alléguait par conséquent avoir rencontré de grandes difficultés pour se procurer de la nourriture. La Cour, bien qu'elle rappelle que la Convention n'impose pas la fourniture d'assistance financière aux réfugiés (§ 50) et que la directive accueil permet aux Etats membres de réduire ou retirer les aides matérielles fournies dans le cas de demandes d'asile répétitives (§ 54), réaffirme qu'une obligation de traitement minimum peut naître de l'article 3 lorsque le requérant se trouve dans une situation de dépendance totale vis-à-vis des autorités. Elle estime que c'est le cas du premier requérant, placé en situation de pauvreté extrême pendant quatre mois et dans l'incapacité de satisfaire à ses besoins élémentaires. Elle en déduit alors une première violation de l'article 3. A propos des autres requérants, la Cour examine leurs conditions de vie à la lumière de leur vulnérabilité particulière, compte tenu de l'état de grossesse de la mère et des lourds

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

troubles psychiatriques qu'elle présentait dès son arrivée ainsi que de la minorité des enfants. Elle relève à ce propos que le droit de l'Union comme sa jurisprudence imposent aux Etats de prendre en compte les besoins spécifiques de ces groupes et considère que les conditions d'hébergement, les équipements disponibles et les soins fournis n'étaient pas de nature à satisfaire aux standards en la matière et emportent à leur tour une violation de l'article 3. A ce titre, le manque de suivi psychiatrique de la mère atteinte d'un syndrome post-traumatique sévère, le défaut de fourniture des vaccins adéquats au dernier-né ainsi que la détresse psychologique affectant les enfants placés dans un environnement similaire à la prison semblent déterminants. La Cour précise à cet égard que le fait que les enfants aient ici été accompagnés par leur parents n'est pas de nature à amoindrir les obligations positives de l'Etat vis-à-vis des mineurs détenus (§ 61). Elle ajoute enfin que la durée du traitement, exceptionnellement longue, était de nature à aggraver la situation des requérants. C'est donc la situation particulière de la famille qui permet à la Cour d'abaisser le seuil de gravité de l'article 3, à partir du critère de vulnérabilité lié à des caractéristiques propres à chacun de ses membres, et de conclure à la violation de la Convention dans cette affaire. Elle n'estime pas nécessaire de se prononcer séparément sur la violation de l'article 13 invoqué par les requérants.

A propos de l'article 5, la Cour applique à l'espèce les critères habituels de distinction entre la restriction à la liberté de circulation et la privation de liberté reposant sur la situation et le choix des requérants, le régime juridique de la mesure et son objectif, sa durée et la nature et le degré de restriction subis. Alors que l'application de ces critères dans l'affaire *Ilias et Ahmed* l'avait conduite à conclure à l'inapplicabilité de l'article 5, elle atteint ici la conclusion inverse en raison du défaut de base légale de la détention des requérants compte tenu de l'absence de décision officielle les concernant et de la durée de leur maintien dans la zone de transit. Son raisonnement s'achève donc sur le constat de violation de l'article 5, paragraphe 1 auquel elle ajoute la violation de l'article 5, paragraphe 4 faute de possibilité de recours contre une décision inexistante. Enfin, la juridiction évoque la violation alléguée de l'article 34 du fait de l'absence de mise en œuvre des deux mesures provisoires ordonnées à l'Etat pendant cette période, l'enjoignant de placer les requérants dans un environnement adapté à leurs besoins ainsi que de fournir des repas au père et un interprète à la mère au cours de ses rendez-vous médicaux. Or, si le défaut d'exécution n'est pas nié, la Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette violation qui rejoint selon elle son examen au fond des violation de l'article 3. Cette analyse est pourtant regrettable en ce qu'elle minimise l'importance de l'obligation que fait naître l'édiction de mesures provisoires à la charge de l'Etat (voir CourEDH, Grande Chambre, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, arrêt du 4 février 2005, req. nos 46827/99 et 46951/99) dont le non-respect nuit à l'effectivité de la mission de la Cour, au-delà même de leur contenu spécifique.

JULIE FERRERO

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 11 mars 2021, *Feilazoo c. Malte*, req. n° 6865/19

Conditions de détention – Covid-19 – zone de quarantaine – isolement – diligence des autorités – privation de liberté – traitement inhumain et dégradant – article 34

L'affaire *Feilazoo c. Malte* conduit la Cour à se prononcer pour la première fois sur une situation dans laquelle la crise de la Covid-19 a un impact sur les droits protégés par la Convention. Le requérant est un ressortissant nigérian, condamné à Malte pour une peine de douze ans d'emprisonnement entrecoupée d'épisodes de maltraitance par les autorités. A l'issue de sa période de détention, faute de document de voyage, il est placé en centre de rétention en attendant son expulsion pendant près de quatorze mois dans la caserne de Safi. Là-bas, il est détenu tour à tour dans un container sans ouverture sur l'extérieur ni ventilation adéquate, puis placé à l'isolement dans la zone de quarantaine Covid-19 suite à ses requêtes pour obtenir des conditions de vie décentes. Pour l'ensemble de ces éléments il invoque la violation des articles 3 et 5 de la Convention et se plaint par ailleurs sur le terrain de l'article 34 des obstacles érigés par les autorités à la préparation de sa saisine de la Cour.

Sur le terrain de l'article 3, ses allégations relatives à l'usage excessif de la force à son encontre sont rejetées au stade de la recevabilité pour non épuisement des voies de recours. En revanche, celles relatives à ses conditions de détention sont examinées par la Cour. Elle relève à ce propos qu'elle avait déjà condamné les conditions d'accueil de la caserne de Safi utilisée par Malte comme centre de rétention (voir par ex. CourEDH *Musa c. Malta*, arrêt du 23 juillet 2013, req. n°42337/12). Néanmoins, en l'espèce, les rapports du Comité pour la prévention de la torture qu'elle utilisait pour évaluer la conformité du lieu, n'étaient pas encore publiés au jour du jugement pour la période à laquelle s'y trouvait le requérant. Curieusement, la Cour décide que ce contretemps lui impose de se limiter aux données soumises par les parties alors qu'elle aurait pu faire usage de l'article 38 pour obtenir les éléments supplémentaires qu'elle aurait jugés pertinents pour son analyse (§ 54). En l'espèce, elle considère que l'hébergement du requérant pendant quarante jours dans un container n'était pas en tant que tel contraire à l'article 3 mais que la durée de ce traitement ainsi que le manque d'accès à un espace extérieur et à la lumière et l'air naturel et son exposition à de fortes chaleurs en aggravent considérablement les conséquences. Elle y ajoute le fait que le requérant ait ensuite été déplacé dans une zone de quarantaine Covid-19 sans que son état ne le justifie. Le fait de le placer ainsi au contact de personnes susceptibles de créer un risque pour sa santé représente aux yeux de Cour un manquement aux exigences sanitaires élémentaires (§ 92). La combinaison des conditions de vies dans le container puis de l'exposition au risque de contamination conduisent au constat de violation de l'article 3 sans que la Cour ne précise si chacune de ces atteintes aurait pu, prise isolément, atteindre le seuil de gravité requis.

A propos des allégations de violation de l'article 5, paragraphe 1 en raison de l'illégalité de la détention du requérant en attendant sa déportation, la Cour relève que, bien que la Convention autorise ce type de privation de liberté, elle était en l'espèce particulièrement longue. Or, elle souligne que les démarches entamées par les autorités maltaises pour organiser le renvoi du requérant vers le Nigeria ont été particulièrement limitées et en déduit un manque de diligence de leur part, entachant d'illégalité la détention du requérant et la violation de son droit conventionnel par conséquent. Enfin, la Cour

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

constate que les correspondances avec la Cour ont transité par les boites mails du personnel du centre de détention, violant ainsi la confidentialité nécessaire et générant en outre des représailles à son encontre. Sa tâche était par ailleurs également entravée par l'impossibilité d'obtenir des copies des documents nécessaires. La Cour admet enfin que l'aide juridictionnelle qui lui a été fournie par l'Etat dans la préparation de sa requête n'était pas adéquate et déduit de l'ensemble de ces considérations la violation de l'article 34 de la Convention.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 16 mars 2021, *Hussein et al. c. Belgique*, req. n°45187/12

Compétence universelle – constitution de partie civile – immunités – application rétroactive de la loi – accès à un tribunal – motivation des décisions de justice – bonne administration de la justice – crimes internationaux

La Cour examine dans l'affaire *Hussein c. Belgique* la conformité à la Convention de la restriction, par le législateur belge en 2003, de la compétence universelle des juridictions pénales internes en matière de crimes internationaux établies par une loi de 1993. Cette modification législative limite la compétence aux hypothèses dans lesquelles l'auteur ou la victime de l'infraction sont des nationaux ou résidents belges ainsi qu'à celle dans laquelle une règle de droit international impose une obligation de poursuite à l'Etat. En l'espèce, les requérants étaient membres d'une association d'entraide pour les ressortissants jordano-palestiniens réprimés et expulsés par le Koweït lors de la première guerre du Golfe. Elle visait notamment l'obtention de compensation des pertes morales et matérielles subies. A cette fin, ses membres se sont constitués parties civiles en 2001 auprès du juge d'instruction de Bruxelles contre plusieurs hauts dignitaires de l'Etat du Koweït pour obtenir le déclenchement d'une action publique sur le fondement de la loi de 1993. La recevabilité de leur requête a été contestée sur plusieurs fondements incluant notamment la contestation de la qualification des actes commis et l'immunité de certaines des personnes visées. L'entrée en vigueur de la loi de 2003 en cours de procédure conduit finalement au rejet de leur demande puisqu'elle ne répondait pas aux nouveaux critères de compétence des juridictions belges. Le dispositif transitoire mis en place imposait en effet, pour qu'une affaire déjà engagée prospère sous l'empire de l'ancienne loi, que des actes d'instruction aient déjà été engagés lors de l'entrée en vigueur de la modification, ce qui n'était pas le cas en l'espèce aux yeux des juges belges.

Les requérants alléguaient dès lors avoir subi une violation de l'article 6 paragraphe 1 en raison d'une part de l'insuffisance de la motivation des décisions les concernant et, d'autre part, du défaut d'accès à un tribunal résultant de l'application de la loi de 2003 à la procédure engagée en 2001. Le premier moyen est rapidement évacué par la Cour qui considère que la motivation des décisions contestées offre « une réponse spécifique et explicite au moyen soulevé par les requérants » (§ 51) et « n'aperçoit rien d'arbitraire ou de manifestement déraisonnable dans l'interprétation donnée par les juridictions internes de la notion d'acte d'instruction » (§ 52). Sur le second moyen, les requérants soutiennent que les modifications législatives ont conduit à soumettre la recevabilité de leur action à des conditions qui n'existaient pas au moment de l'ouverture de la procédure et limitent leur capacité à bénéficier de la compétence universelle des juridictions belges. A ce

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

propos, la Cour étend les principes dégagés dans l'affaire *Naït-Liman c. Suisse* (CourEDH, Grande Chambre, arrêt du 15 mars 2018, req. n°51357/07, voir cette Chronique, *Revue*, 2018-2, pp. 473-475, obs. J. TAVERNIER), relatifs à la compétence universelle des juridictions civiles dans le cadre d'une procédure civile autonome, à la constitution de partie civile dans une procédure pénale devant les juridictions pénales sur la base du principe de compétence universelle (§ 59). Elle admet en outre que l'affaire soulève également la question de l'application d'une loi à une procédure en cours et reconnaît évidemment la restriction du droit d'accès à un tribunal des requérants. Le juge européen concentre donc son analyse sur la justification de cette restriction et accueille à ce propos l'argumentation du Royaume de Belgique. Il considère qu'elle poursuivait les objectifs légitimes de bonne administration de la justice – la modification visant explicitement, selon les travaux préparatoires, à remédier aux difficultés posées par la loi de 1993 établissant la compétence universelle – et de respect des immunités reconnues par le droit international. Bien que la Cour loue les mérites de la mise en place de mécanismes de compétence universelle dans le droit national pour protéger le droit des victimes de crimes internationaux à obtenir réparation, elle considère que la limitation en l'espèce poursuivait bien des « motifs d'intérêt général impérieux » (§ 65). Quant à sa proportionnalité, elle l'admet également au motif que les juridictions n'ont pas été automatiquement dessaisies du seul fait de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi mais que la recevabilité de la demande a été examinée et que les motifs de son rejet ont été suffisamment convaincants. L'arrêt valide donc le recul de la Belgique quant à la reconnaissance de la compétence universelle et rappelle que la Convention ne contient aucune obligation en ce sens quelles qu'en soit les conséquences pour les victimes, réaffirmant de ce fait la limitation de la portée territoriale des droits qu'elle protège.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 18 mars 2021, *Tortaldze c. Géorgie*, req. n° 42371/08

Perquisition – locaux consulaires – consul honoraire – immunités – Convention de Vienne sur les relations consulaires – contrôle juridictionnel – vie privée

L'affaire *Tortaldze c. Géorgie* offre à la Cour l'opportunité de clarifier le régime de protection des locaux consulaires. Le requérant est en effet le consul honorifique de Côte d'Ivoire en Géorgie. Il faisait l'objet d'une enquête pour trafic de stupéfiants au cours de laquelle ses bureaux ainsi que son domicile et son véhicule furent perquisitionnés en application d'un régime de perquisition d'urgence prévu par la législation pénale nationale. Les éléments de preuves recueillis à cette occasion furent utilisés dans le cadre du procès pénal qui aboutit à sa condamnation. Le requérant se plaint de d'abord de l'autorisation de la perquisition qui violait selon lui son immunité et celle des locaux consulaires, puis de l'utilisation des preuves recueillies dans le cadre du procès et, enfin, des conditions de sa détention dans les locaux de la juridiction et de son transfert, sur le fondement des articles 8, 6 et 3.

A propos de l'autorisation de perquisition des locaux consulaires, pour en évaluer la justification après avoir constaté qu'elle s'analysait en une ingérence dans le droit à la vie privée du requérant, la Cour examine la compatibilité des faits à la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1961. A cet égard, elle recourt aux travaux préparatoires

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

du traité qui indiquent qu'aux yeux de ses rédacteurs, les consuls officiels et honoraires avaient deux statuts différents en matière de privilèges et immunités. Dans la mesure où les seconds sont des nationaux de l'Etat d'accueil, ils n'ont pas vocation à bénéficier d'immunité autre que l'immunité juridictionnelle pour les actes officiels accomplis dans le cadre de leur fonction. Quant aux locaux, le projet de traité prévoyait une inviolabilité des bureaux du consul honoraire s'ils étaient utilisés exclusivement pour l'exercice de ses fonctions consulaires, mais cette disposition a été écartée du texte définitif. En application ces principes, ni les locaux ni le domicile ou le véhicule ni même la personne du consul honoraire ne pouvaient bénéficier d'une immunité juridictionnelle ou d'exécution. La Cour en déduit que les dispositions du droit international pertinentes en l'espèce ont été appliquées de manière adéquate et raisonnable par les autorités. Elle estime en revanche que le contrôle juridictionnel de la perquisition était insuffisant et déduit de ce seul motif la violation de l'article 8 à l'égard du requérant. Elle rejette en revanche la violation de l'article 6 alléguée par le requérant du fait de l'utilisation des preuves obtenues pendant perquisition contestée puisqu'elle en a admis précédemment la conventionnalité. Enfin, elle considère irrecevables les allégations de violations de l'article 3.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan c. France*, req. nos 40324/16 et 12623/17

Mandat d'arrêt européen – présomption d'équivalence – confiance mutuelle – réfugié – asile – conditions de détention – extradition – Convention de Genève de 1951 – obligation de non-refoulement

Les deux requêtes jointes dans l'affaire *Bivolaru et Moldovan c. France* soumettent à la Cour un double enjeu relatif d'abord, aux conditions d'exécution d'un mandat d'arrêt européen en présence d'allégations de risques de mauvaises conditions de détention et, ensuite, aux conséquences de l'attribution du statut de réfugié par un Etat tiers sur la procédure d'extradition en vertu d'un tel mandat. Les requérants sont deux ressortissants roumains, appréhendés sur le territoire français, à propos desquels les autorités roumaines ont émis des mandats d'arrêts européens aux fins d'exécution de peine de prison exécutés par les autorités françaises et qui allèguent en conséquence avoir été victimes d'une violation de l'article 3 de la Convention en raison du risque auquel cette remise les exposait. Le premier, Monsieur Moldovan, avait été condamné en Roumanie et en France pour des faits de traite des êtres humains et s'opposait à son renvoi en raison des conditions de détention en Roumanie. Les juridictions françaises ont procédé à une demande d'information complémentaire et, satisfaites du retour des autorités roumaines, leur ont remis le requérant après l'échec de tous les recours intentés par ce dernier. La situation du second, Monsieur Bivolaru, bien que très similaire, présente néanmoins une différence essentielle puisque le requérant s'est vu reconnaître le statut de réfugié par la Suède en 2005. Sollicité par les juridictions françaises, l'Etat suédois annonçait n'avoir aucune intention de retirer cette protection malgré les infractions commises par le requérant, ce qui n'a pas empêché la France de le remettre également aux autorités roumaines après avoir, là encore, rejeté ses tentatives de contestations. L'autre originalité de cette requête est qu'elle fait suite à un examen de la situation de M. Bivolaru au regard de la Roumanie dans deux arrêts en 2017 et 2018 (voir CourEDH, *Bivolaru c. Roumanie*, arrêt du 28 février

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

2017, req. n°28796/04 et CourEDH, *Bivolaru c. Roumanie (N°2)*, arrêt du 2 octobre 2018, req. n° 66580/04).

A propos de l'exécution du mandat d'arrêt européen concernant M. Moldovan, la Cour saisit l'opportunité de préciser la grille d'analyse élaborée dans sa jurisprudence antérieure relative à la présomption d'équivalence des protections, qui la conduit à écarter le contrôle des actes des Etats accomplis en exécution de leurs obligations au titre de leur participation à une autre organisation internationale lorsqu'elle peut considéré que le niveau de protection des droits fondamentaux est similaire à celui offert par le système conventionnel. Elle reconnaît cette présomption à propos du droit de l'Union européenne (voir CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, Grande Chambre, arrêt du 30 juin 2005, req. n° 45036/98) et l'applique donc à propos de l'institution du MAE (voir CourEDH, *Romeo Castaño c. Belgique*, arrêt du 9 juillet 2019, req. n°8351/17, voir cette Chronique, *Revue*, 2019-4, pp. 976-980, nos obs.). Or, elle rappelle que cette présomption est soumise à la double condition de l'absence de marge de manœuvre de l'Etat et du déploiement de l'intégralité du mécanisme de contrôle du droit de l'Union. En revanche, elle peut être renversée en cas d'insuffisance manifeste de protection d'un droit conventionnel. En l'espèce, si les deux premières conditions sont réunies, elle considère que le requérant alléguait du caractère indigne des conditions de détention à partir de ses propres arrêts. Elle estime alors que les juges français n'ont pas suffisamment pris en compte sa jurisprudence (§ 122) relative à cette situation. Ce raisonnement renforce considérablement la portée de l'autorité des arrêts de la Cour puisqu'elle accorde presque une valeur normative à ses décisions vis-à-vis d'un Etat tiers à l'instance, qui semble donc dépasser l'autorité de chose interprétée de la jurisprudence européenne. Forte de ce constat, elle conclut que le requérant était soumis à un risque réel de subir de mauvaises conditions de détention et que la France avait de ce fait violé l'article 3 de la Convention à son égard.

La question se pose différemment pour Monsieur Bivolaru puisqu'elle suppose de déterminer d'abord si l'octroi du statut de réfugié par la Suède conduit en elle-même à une violation de l'article 3 en raison de son extradition vers la Roumanie. A ce propos, la Cour fait preuve de retenue en affirmant qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'articulation entre la protection du réfugié et l'application du droit de l'UE. Elle poursuit en refusant curieusement de trancher la question de savoir si l'attribution du statut vaut dans d'autres Etats parties à la Convention de Genève alors même qu'une autre section, à peine quelques mois plus tôt, établissait dans l'affaire *Shiksaitov c. Slovaquie* que la protection offerte au titre de l'asile était internationalement contraignante et ne pouvait être remise en cause par un Etat tiers que dans des circonstances exceptionnelles (CourEDH, *Shiksaitov c. Slovaquie*, arrêt du 10 décembre 2020, req. nos 56751/16 et 33762/17, § 69, voir cette Chronique, *Revue*, 2021-1, nos obs.). Pour contourner l'obstacle ainsi créé la Cour s'emploie à évaluer les risques dans le pays de renvoi pour déterminer si l'exécution du MAE emporterait violation de l'obligation de non-refoulement et admet donc que l'examen de la Suède puisse être remis en cause. Or, en dépit de l'affirmation par les autorités suédoises en 2016 de leur intention de maintenir le statut du requérant, la Cour juge que le risque de persécution n'est pas avéré et que la remise du requérant ne viole pas l'article 3 du seul fait de son statut de réfugié. Le raisonnement laisse évidemment perplexe puisqu'il se place en retrait vis-à-vis de la jurisprudence récente de la Cour et qu'il limite considérablement la portée de la reconnaissance du statut de réfugié.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Enfin, à propos des risques allégués de subir de mauvaises conditions de détention en cas de renvoi la Cour écarte d'emblée la présomption d'équivalence en considérant que le refus du juge français de poser une question préjudicielle à la CJUE qu'elle juge nécessaire ne permet pas au contrôle européen de fonctionner et constitue un manquement aux conditions de son établissement. Pour autant, elle reproche au requérant de ne pas avoir suffisamment démontré le risque allégué ce qui dispensait selon elle la Cour de cassation de toute demande d'information complémentaire et lui permet de conclure à la non-violation de l'article 3. La Cour adopte dans cet arrêt, qui marque un net recul de la protection du réfugié, une attitude ambivalente à l'égard de sa propre jurisprudence qui devient l'élément déterminant de son contrôle dans la première requête mais semble ignorée dans la seconde.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 8 avril 2021 (Grande Chambre), *Vavricka et al. c. République Tchèque*, req. nos 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 et 43883/15

Vie privée – obligation de vaccination – autonomie personnelle – droit au développement personnel – besoin social impérieux – intérêt supérieur de l'enfant – marge nationale d'appréciation – proportionnalité de l'ingérence – liberté de pensée de conscience et de religion – droit à l'instruction

La Grande Chambre était appelée à clarifier dans cet arrêt les conditions de conformité de l'obligation vaccinale de routine imposée par la République Tchèque, dont les conclusions étaient particulièrement attendues dans le contexte sanitaire actuel, après le dessaisissement de la première section de la Cour. Les requêtes concernent les conséquences du non-respect de la loi sur la protection de la santé publique imposant aux résidents permanents ou de longue durée la vaccination contre certaines maladies infectieuses des mineurs de moins de 15 ans. Cette vaccination conditionne notamment l'admission à des établissements préscolaire et le manquement à cette obligation est passible d'une sanction administrative sous la forme d'une amende. Les requérants sont, pour cinq d'entre eux, d'anciens mineurs placés dans l'impossibilité totale ou partielle d'accéder à l'école maternelle faute de satisfaire cette condition et le père de deux enfants refusant leur vaccination qui s'était vu infligé une amende en conséquence.

A propos, d'abord, de la recevabilité des requêtes, la Cour joint au fond l'essentiel des objections formulées par le gouvernement mais offre une réponse intéressante à l'une d'entre elles. La République Tchèque considère que la requête de Monsieur Vavricka en raison de l'amende de 110 euros qui lui a été infligée ne satisfait pas à la condition de préjudice important de l'article 35, paragraphe 3 b). Sans même se prononcer sur ce préjudice, la Cour écarte l'exception au motif que le dessaisissement de la chambre au profit de la Grande Chambre, sans contestation des parties, témoigne de la gravité et de l'importance de questions soulevées par l'affaire (§ 163) et que, dans ce contexte, la requête en cause est singulière puisque c'est la seule à porter sur l'infliction d'une amende. Il semble dès lors que l'importance de la question de droit à éclaircir se substitue ici à l'importance du préjudice.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Sur le fond, le juge examine en premier lieu les allégations de violations de l'article 8 en raison du non-respect du droit à l'autonomie personnelle, au développement personnel et au droit des parents d'éduquer leurs enfants. Elles s'appuient sur de multiples arguments tenant notamment à l'existence de conflits d'intérêt dans l'élaboration et l'application de la législation, ou au manque de base légale et de voies de recours contre les sanctions pour contester la proportionnalité des conséquences du non-respect de l'obligation vaccinale en République Tchèque. Le gouvernement admet l'ingérence dans les droits de M. Vavricka mais pas dans ceux des autres requérants dans la mesure où leur non-admission en établissement préscolaire était temporaire et résultait d'un choix de leurs parents. A titre subsidiaire, il invoque naturellement la justification de l'ingérence si la Cour devait constater son existence. Le contenu des nombreuses tierces interventions autorisées montre d'emblée la sensibilité et la multiplicité des enjeux du débat soumis à la Cour. D'un côté, la montée au créneau de plusieurs Etats du Conseil de l'Europe dans lesquels une telle obligation existe, fondée sur des objectifs de protection de la vie et de la santé et sur l'importance du développement de l'immunité collective pour l'éradication de certaines maladies, soutient la position du défendeur. De l'autre, des organisations et associations alertent sur les risques potentiels de la vaccination et la possible inadéquation d'une obligation générale à la diversité des situations individuelles. La Cour quant à elle rappelle d'emblée que l'affaire porte sur les conséquences du manquement à l'obligation de vaccination et non sur la légitimité de l'obligation vaccinale elle-même, limitant de ce fait considérablement la portée de l'affaire. Par ailleurs, elle choisit de se placer uniquement sur le terrain de la vie privée et d'exclure le champ de la vie familiale. Sur ces bases, elle évacue rapidement la question de l'applicabilité de l'article à la vaccination obligatoire, déjà démontrée dans l'affaire *Solomakhin c. Ukraine* (CourEDH, arrêt du 15 mars 2012, req. n° 24429/03, § 33) et celle de l'existence de l'ingérence dans le droit à la vie privée des requérants qu'elle représente, pour concentrer son analyse sur la justification de la restriction. A cette fin, elle fait application du triple test classique pour considérer, relativement rapidement, d'abord qu'elle repose sur une base légale (§ 269) et ensuite qu'elle poursuit un but légitime de protection de la vie et de la santé (§ 271). Elle consacre toutefois beaucoup plus d'attention et de soin à l'examen de la troisième condition de nécessité dans une société démocratique de l'ingérence contestée.

Dans une démarche particulièrement pédagogique et détaillée, la Cour décompose en effet son analyse et s'emploie d'abord à déterminer l'étendue de la marge d'appréciation dont bénéficie l'Etat en la matière. Elle en expose les grands principes, pourtant bien connus, et rappelle sa position subsidiaire et les facteurs susceptibles d'accroitre de la marge d'appréciation nationale tels que la présence de questions morales ou éthiques délicates ou l'absence de consensus européen. Elle ajoute encore qu'en matière de santé publique, la jurisprudence reconnaît également à l'Etat une grande latitude. Pour autant, cette marge d'appréciation est traditionnellement réduite lorsqu'est en jeu un aspect de l'existence ou de l'identité de l'individu est en jeu. Or, en l'espèce, le juge accorde plus d'importance au fait qu'un consensus existe sur la nécessité de la vaccination mais pas sur les modalités de sa mise en œuvre. Il constate à ce titre la diversité des solutions retenues, entre simple recommandation et obligation plus ou moins stricte, et la dimension éthique du problème pour en déduire une large marge d'appréciation étatique et, par conséquent, un amoindrissement de son propre contrôle. Le juge Wojtyczek regrette d'ailleurs la mise à l'écart de la dimension intime de l'atteinte dans une opinion dissidente sévère et très documentée jointe à l'arrêt. Après l'étendue de la marge d'appréciation, la Cour s'attèle à

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

la vérification de ce que l'ingérence répondait à un besoin social impérieux. S'appuyant, entre autres, sur les « avis spécialisés présentés par le gouvernement défendeur » (§ 283) et « la position clairement adoptée par les organes spécialisés en la matière », elle considère que le maintien du taux de vaccination pour assurer une couverture vaccinale efficace correspond à un tel besoin. Elle évalue ensuite les motifs de la restriction et juge que l'intérêt supérieur de l'enfant est un motif suffisant et pertinent, ce qu'elle étaye d'ailleurs par référence à son premier avis consultatif (§ 287). Elle achève enfin l'examen de la nécessité de cette restriction par le contrôle de sa proportionnalité. A cet égard, le juge dissident relève que le raisonnement s'appuie essentiellement sur des éléments factuels insuffisants et des jugements de valeurs inappropriés. Il n'en demeure pas moins que la Cour déduit de l'existence de dérogations, du caractère peu sévère des sanctions encourues, de la limitation de l'obligation à des vaccins sûrs et efficaces et de la faible ampleur des atteintes imposées à la vie privée des requérants la proportionnalité globale de l'ingérence dans le droit protégé. On relèvera notamment que la Cour considère que la non-admission à l'école maternelle représente une bien perte de chance pour l'enfant mais, qu'étant imputable à ses parents, elle ne représente pas une ingérence importante dans sa vie privée (§ 305). De l'ensemble de ces considérations découle à ses yeux la non violation de l'article 8 de la Convention.

Sur le terrain de l'article 9, enfin, les requérants invoquaient une atteinte à leur liberté de pensée, de conscience et de religion du fait de l'obligation vaccinale. Pour évaluer cette prétention, que rejette le gouvernement, la Cour se concentre sur l'applicabilité de l'article 9 à la situation puisque, ainsi qu'elle l'établit dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* (CourEDH, arrêt du 29 avril 2002, req n° 2346/02, § 82), toutes les convictions ne tombent pas sous le coup de la protection conventionnelle. Elle renvoie à ce titre aux principes dégagés dans l'affaire *Bayatyan c. Arménie* à propos de l'objection de conscience (CourEDH, Grande Chambre, arrêt du 7 juillet 2011, req. n°23459/03, § 110) pour considérer « que l'avis critique de l'intéressé sur la vaccination n'est pas de nature à constituer une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9 » (§ 335). Si elle rejette le moyen, son raisonnement sous-entend que ce n'est pas la nature de l'opinion qui l'exclut du champ de la protection mais le degré d'intensité avec lequel elle est exprimée, ce qui laisse penser qu'une opposition à la vaccination entrant dans ces critères pourrait être protégée au titre de l'article 9. En définitive, l'arrêt conclut au rejet de toutes les violations alléguées mais la Cour a soigneusement évité de s'y prononcer de manière trop générale sur la vaccination et l'arbitrage entre santé publique et vie privée et convictions personnelles qu'elle impose. Sur un sujet aussi sensible et d'actualité il n'est pas certain que la Grande Chambre ait clarifié toutes les questions qui ne manqueront pas d'être soulevées à ce propos sur le terrain conventionnel dans un futur proche.

JULIE FERRERO

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt du 15 avril 2021, *K.I. c. France*, req. n°5560/19

Statut de réfugié – qualité de réfugié – expulsion – non refoulement – condamnation pour des faits de terrorisme – appréciation du risque – subsidiarité – perte du statut de réfugié – mesure provisoire

L'affaire *K.I. c. France* offre à la Cour l'occasion de se prononcer pour la première fois sur les conséquences de la distinction entre le statut de réfugié et la qualité de réfugié à propos de l'expulsion du requérant vers la Russie en raison de sa condamnation pour des faits de terrorisme en France. Après avoir obtenu le statut de réfugié en 2013 le requérant, ressortissant russe d'origine tchétchène, a été condamné en 2015 pour des faits de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme. En conséquence, un arrêté d'expulsion a été adopté à son encontre avant que l'OFPRA ne prononce sur le retrait de son statut de réfugié, confirmé ensuite par la CNDA puis le Conseil d'Etat. Dans l'intervalle, les autorités russes ont fourni, sur demande de la France, un laissez-passer consulaire pour le requérant et la Cour européenne a adopté à deux reprises une mesure provisoire tendant à la suspension de son expulsion. Le requérant affirmait que le renvoi vers la Russie l'exposait à un risque de mauvais traitement en raison des persécutions subies avant son départ mais aussi à un nouveau risque né de sa condamnation pour terrorisme et s'analyserait en une violation de l'article 3, ce que le gouvernement contestait au motif que lesdits risques n'étaient plus avérés.

La Cour, placée face à la confrontation de corps de règles poursuivant des objectifs diamétralement opposés – protection de l'ordre et de la sécurité publique pour l'un et protection de la personne contre les atteintes à ses droits fondamentaux en cas de renvoi pour l'autre – s'emploie à clarifier d'abord les principes applicables en la matière. Elle concentre son argumentation autour de l'article 3 dont elle rappelle le caractère absolu quoiqu'elle affirme avoir « une conscience aiguë de l'ampleur du danger que représente le terrorisme pour la collectivité et, par conséquent, de l'importance des enjeux de la lutte antiterroriste » et être « consciente des énormes difficultés que rencontrent actuellement les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste » (§ 118). Néanmoins, la gravité de la condamnation ne saurait écarter l'obligation de non refoulement qui pèse sur les Etats parties à la Convention, dès lors que des risques réels de traitements contraires à l'article 3 existent. Pour apprécier la réalité de ces risques, elle rappelle qu'en raison de sa position subsidiaire, il ne lui appartient pas de se substituer aux autorités nationales dans l'examen de la demande d'asile (§ 121), mais cette limitation semble purement théorique dès lors qu'elle estime devoir vérifier que l'appréciation ainsi réalisée est adéquate et étayée par des données fiables. Compte tenu de l'enchevêtrement normatif dans lequel s'insère la situation du requérant, le juge européen formule ensuite une tentative d'articulation entre le droit de la Convention, le droit de l'UE et le droit des réfugiés en écartant d'abord sa compétence pour contrôler l'application des règles de l'UE en matière d'asile, sauf si elles empiètent sur les droits protégés par la Convention, et en exposant ensuite que bien que le droit d'asile n'y figure pas elle considère que « l'article 3 de la Convention englobe l'interdiction du refoulement au sens de la convention de Genève » (§ 123).

Forte de ces constats, la Cour s'emploie à contrôler l'appréciation que les juridictions françaises ont fait des risques de mauvais traitements en cas d'expulsion du requérant vers la Russie. Elle note à ce propos que la charge de la preuve desdits risques incombait à ce

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

dernier sans qu'il puisse bénéficier de l'allégement qu'elle reconnaît habituellement au profit des demandeurs d'asile qui viennent de fuir leur pays en raison de leur vulnérabilité, principalement en raison des actions qu'il avait commises et notamment la préparation de son départ pour la Syrie (§ 140). Si elle relève également être pour la première fois confrontée à une allégation de risques issus non seulement des persécutions subies avant le départ du réfugié mais encore de nouveaux risques nés de faits survenus pendant son séjour dans l'Etat d'accueil (§ 129), elle ne semble pas convaincue par les différents arguments du requérant à cet égard. En revanche, elle rappelle que l'évaluation attendue de la part des autorités nationales doit être complète et s'apprécie *ex nunc*. Or, elle constate que le jugement du 14 mai 2019 de la CJUE survenu pendant la procédure d'expulsion établit, clairement que la révocation du statut de réfugié, même en cas de menace pour la société de l'Etat d'accueil, n'emporte pas celle de la qualité de réfugié, ce que le requérant avait soulevé sans succès pour contester la confirmation de la révocation du statut par la CNDA devant le Conseil d'Etat (§ 142). Elle relève en outre que la CNDA a émis dans cette configuration des avis défavorables à l'expulsion vers le pays de nationalité au motif que la perte du statut ne privait pas les personnes de la qualité de réfugié et violerait alors les engagements internationaux de la France. La Cour déduit finalement de l'ensemble de ces éléments que la conservation de la qualité de réfugié doit être considérée comme une circonstance particulière à l'aune de laquelle les risques doivent être examinés puisque le requérant avait été initialement identifié comme appartenant à un groupe ciblé au sens de la Convention de Genève, ce que n'avaient pas fait les juridictions françaises rendant ainsi incomplète leur évaluation des risques encourus (§ 144). Si elle admet tout à fait qu'une évaluation adéquate puisse conduire au même résultat, elle en déduit néanmoins pour l'espèce la violation de l'article 3 en son volet procédural en cas d'expulsion du requérant en l'absence d'appréciation *ex nunc* du risque allégué et ordonne le maintien de la mesure provisoire ordonnée jusqu'à ce que le jugement devienne définitif.

JULIE FERRERO

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Arrêt du 29 mars 2021, affaire *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon c. République du Benin*, req. n° 065/2019

Compétence matérielle – délai d'exécution – qualité de victime – intérêt à agir – requête abusive – principe *non bis in idem*.

Dans cette affaire opposant Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon à la République du Benin, la Cour a examiné pour la première fois une requête relative à l'inexécution de ses décisions sur le fondement de l'article 30 du Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (CourADHP ou la Cour). Aux termes de cet article, « [l]es Etats parties au présent Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour ».

En l'espèce, le requérant fait valoir que dans une affaire l'opposant à l'Etat défendeur, la Cour a rendu, à son profit, une ordonnance de mesures provisoires le 7 décembre 2018 et un arrêt au fond le 29 mars 2019 qui n'ont pas été exécutés. La requête vise à faire constater par la Cour la non-exécution des décisions susmentionnées, constitutives de violation de l'article 30 et plusieurs violations des droits de l'homme consécutives à cette

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

non-exécution. Cette affaire interpelle par l'objet de la demande ici en cause. Le requérant invite la Cour à faire le suivi de l'exécution de ses propres décisions, lui offrant par la même l'opportunité de jeter les bases jurisprudentielles d'un mécanisme de suivi de ses décisions. C'est ainsi sans surprise que la République du Benin a soulevé une exception d'incompétence matérielle de la Cour en affirmant que celle-ci n'est pas juge de l'exécution de ses propres décisions (§ 13). Pour soutenir ses prétentions, le Benin convoque les textes africains (Acte constitutif de l'UA, la Charte, le Règlement) dont aucune disposition ne fait de la Cour le juge de ses propres décisions, ainsi que la jurisprudence de la Cour EDH selon laquelle une juridiction des droits de l'homme n'a pas compétence pour examiner si un Etat partie s'est conformé aux obligations que lui impose un de ses arrêts (§ 21). Allant dans le sens du requérant, la Cour reconnait sa compétence en l'espèce, notant que le requérant a allégué des violations des droits de l'homme protégés par la Charte et par le Protocole auxquels l'Etat défendeur est partie. La Cour précise dans cette optique que la requête est relative aux violations alléguées de droits de l'homme consécutives à l'inexécution de ses décisions, et ainsi à l'interprétation et l'application de l'article 30 du Protocole. Le juge africain des droits de l'homme situe cette affaire dans sa compétence générale de garantie de l'application des droits reconnus par les textes dont il a la surveillance. Il rappelle toutefois que sa compétence, établie en l'espèce, ne remet pas en cause le rôle du Conseil exécutif de l'UA de veiller à l'exécution des décisions de la Cour, au nom de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, tel que conféré par l'article 29(2) du Protocole. Il conclut au rejet de l'exception préliminaire, en fondant sa compétence sur l'article 3 du Protocole qui l'établit dans son rôle d'interpréter et d'appliquer l'ensemble des dispositions du Protocole dont l'article 30.

En somme, la Cour ne s'érige pas ici en juge de l'exécution de ses décisions, mais rappelle l'obligation des Etats parties au Protocole de se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour. Toutefois, tout en restant dans le champ de l'article 3 du Protocole, la Cour franchit un nouveau pas essentiel dans la recherche de solutions à l'inexécution chronique de ses arrêts (voir Rapport d'activité de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, 1er janvier – 31 décembre 2020, EX.CL/1258(XXXVIII), Annexe II, pp 18-34). Par le biais de l'article 30 du Protocole, elle offre au requérant un moyen direct de surveiller l'exécution des décisions qui lui sont favorables. Elle vient compléter et renforcer la procédure de suivi de l'exécution des décisions de la Cour mise en place à la règle 81, paragraphe 3 du nouveau Règlement intérieur du 25 septembre 2020 aux termes duquel « [e]n cas de différend sur l'exécution de ses décisions, la Cour peut, entre autres, tenir une audience pour évaluer la mise en œuvre de ses décisions. A l'issue de cette audience, la Cour se prononce et, si nécessaire, rend une ordonnance pour garantir l'exécution de ses décisions ». En effet, outre les ressemblances entre l'article 31 du Protocole de Ouagadougou et l'article 65 de la Convention américaine des droits de l'Homme, la procédure de la règle 81 se rapproche sur de nombreux points à celle développée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (voir L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, pp. 1433-1439). Même si elle ouvre un champ d'action au juge dans la surveillance de l'exécution de ses décisions, la règle 81 n'occulte pas le rôle central du Conseil exécutif de l'UA tel qu'il ressort de l'article 29(2) du Protocole.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

L'Etat défendeur avait par ailleurs soulevé plusieurs exceptions d'irrecevabilité auxquelles la Cour répond en fixant, par la même, les conditions de recevabilité d'une telle action inédite, fondée sur la non-exécution de ses décisions. Une telle requête n'est recevable que si elle intervient à l'expiration du délai d'exécution de la décision concernée (15 jours pour les ordonnances de mesures provisoires, et 6 mois pour les arrêts) (§ 40). La qualité de victime et l'intérêt à agir tels qu'exigés devant la Cour de justice de la CEDEAO ne sont pas requis devant la Cour continentale, l'allégation de la violation des instruments juridiques régionaux étant la condition exigée (§§ 43-49, 56-62). La Cour rappelle également ici les trois conditions cumulatives de l'application du principe du *non bis in idem* qu'elle a énoncées dans l'arrêt du 22 mars 2018 (CourADHP, *Jean Claude Roger Gombert c. République de Côte d'Ivoire*, compétence et recevabilité), 2 RJCA 270, § 45). En l'espèce, si l'identité des parties est la même dans les deux décisions non-exécutées, les demandes ne sont pas réputées identiques (§ 68-70).

Sur le fond, l'examen de la violation de l'article 30 du Protocole a consisté dans un premier temps à préciser le sens du terme « décision ». La Cour a considéré que les mots « décision » ou « *judgment* » désignent tout acte de nature juridictionnelle doté d'un caractère obligatoire. Le terme englobe donc aussi bien les arrêts que les ordonnances de mesures provisoires. L'article 30 s'applique ainsi aux deux décisions en cause en l'espèce. Ce préalable établi, la Cour constate ensuite la violation de l'article visé en relevant d'une part l'absence de rapport remis par l'Etat défendeur au sujet de l'exécution desdites décisions, et d'autre part la non-contestation par l'Etat défendeur de l'inexécution de ces dernières. La Cour constate enfin la violation de l'article 1 de la Charte comme conséquence de la violation constatée de l'article 30 du Protocole.

Dans cette affaire opposant Sébastien Ajavon à la République du Benin relativement à l'inexécution de l'ordonnance de mesures provisoires du 7 décembre 2018 et l'arrêt au fond du 29 mars 2019, la Cour ne s'est pas posée en garant direct du suivi de l'exécution de ses décisions. Elle a en revanche réaffirmé son rôle de garant de la mise en œuvre de toutes les dispositions de la Charte ainsi que des protocoles et accords qui la complètent. Comme telle, et au regard de l'article 3 du Protocole, elle peut intervenir sur le fondement de l'article 30 du Protocole en cas d'inexécution, sur saisine du requérant bénéficiaire de la décision non exécutée. Voilà qui fait du requérant un acteur du suivi de l'exécution des décisions de la Cour.

MURIEL SOGNIGBÉ SANGBANA

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Décision sur la juridiction du 30 octobre 2020, *Mabco Constructions SA v. Republic of Kosovo* (ARB/17/25)

(G. A. Bermann, président ; G. Ferraro, A. Reinisch, membres)

Notion d'investissement – notion d'investisseur – conformité au droit local – effets *ratione temporis* d'un TBI

L'affaire *Mabco c. Kosovo* présente un aspect pour le moins inédit : la société demandeur appartient à M. Pacolli, binational helvète et kosovar qui fut président du Kosovo quelques semaines en 2011 (avant que son élection ne soit invalidée) puis premier

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

vice-premier ministre pendant plus de six ans. Au-delà de cette configuration très inhabituelle (§ 491), l'affaire présente d'intéressants développements relatifs à la qualification d'investissement, d'investisseur et d'application temporelle d'un traité bilatéral d'investissement. Dans le cadre d'une campagne de privatisation, un appel d'offres est lancé pour acquérir le Grand Hotel de Pristina. Le vainqueur de l'appel d'offres aurait rencontré des difficultés pour verser la somme convenue et reçu le soutien d'une entreprise suisse (Mabco) et de son propriétaire (M. Beghiet Pacolli).

Le tribunal s'interroge sur l'existence d'un investissement de Mabco au Kosovo dans la mesure où le versement de quatre millions d'euros effectué en 2006 ne s'est pas accompagné d'un transfert officiel à la société Mabco des parts du Grand Hotel de Pristina. De manière classique, le tribunal recourt à la méthode du double-test consistant à déterminer si l'opération litigieuse est un investissement tant au regard du TBI Suisse-Kosovo (conclu le 27 octobre 2011) que de la convention de Washington établissant le CIRDI. Si le test Salini – apport, durée, risque, contribution au développement économique de l'Etat d'accueil – est mobilisé, le tribunal souligne que le dernier critère est aujourd'hui largement remis en cause et que plus qu'un critère de définition de l'investissement il peut être vu comme une conséquence attendue de l'investissement (§ 296). Le tribunal reconnait l'apport (4 millions d'euros), la durée et le risque (du fait de la quasi-inexistence d'une industrie du tourisme au Kosovo) (§ 300). Au regard du TBI l'analyse est plus étayée. Le traité identifie les investissements protégés comme « *everykind of assets established or acquired by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party that has such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk* » (TBI Suisse-Kosovo, art. 1.1). Est en cause dans les circonstances de l'espèce le droit de Mabco à l'enregistrement de ses parts dans le Grand Hotel conformément au droit du Kosovo. Le tribunal justifie la qualification d'investissement en considérant que si Mabco avait participé à la procédure d'appel d'offres, l'avait remporté, avait payé le prix demandé et n'avait pas obtenu l'enregistrement officiel de ses parts, il n'y aurait eu aucune difficulté à qualifier l'opération d'investissement. Ce devrait également être le cas ici (§ 310). Au regard de la loi sur les investissements, dont on verra qu'elle a une importance significative, il est également établi *prima facie* qu'un investissement a été réalisé. Le tribunal rejette ainsi l'idée selon laquelle les circonstances démontreraient simplement une tentative de réaliser un investissement, le demandeur aurait bien acquis les parts du Grand Hotel (§ 335). Mais une difficulté supplémentaire apparait avec la qualification d'investisseur étranger. Il n'est pas contesté que Mabco est une société suisse mais il apparait que M. Pacolli a mené l'ensemble des opérations en son nom propre jusqu'à ce que le 20 juin 2012 il se présente en représentant de Mabco. La date n'est pas neutre en ce qu'elle suit de quelques jours l'entrée en vigueur du TBI Suisse-Kosovo. Le tribunal souligne que « *that is no coincidence. But that is not a suspicious one* » (§ 341). La justification donnée par le tribunal pour écarter cette difficulté n'est pas pleinement convaincante (et est dénoncée par l'arbitre dissident Reinisch, opinion dissidente, §§ 43-44). Il s'agit d'affirmer que la pratique dominante au Kosovo est pour les individus d'agir en leur nom propre même quand il s'agit d'agir en représentation d'une société qu'ils détiennent (§ 342). Plus convaincant est le fait de souligner que le virement de 4 millions d'euros a été effectué depuis le compte bancaire de Mabco, que la somme apparait dans son bilan et qu'une résolution des actionnaires de la société confirme la volonté d'investir au Kosovo. On peut néanmoins s'étonner que l'action judiciaire menée au Kosovo le soit

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

au nom de M. Pacolli et non de la société Mabco. Le versement d'une somme d'argent par Mabco est ainsi confirmé et le tribunal considère qu'il avait bien pour objet l'acquisition des parts du Grand Hotel de Pristina (§ 369). Le fait qu'il n'ait jamais été procédé à l'enregistrement de la détention des parts ne remettrait pas en cause l'existence de l'investissement mais uniquement sa nature : il ne s'agit pas de la propriété de parts du Grand Hotel mais d'un droit à la propriété de ces parts (§ 377 ; position dénoncée par l'arbitre Reinisch, opinion dissidente, § 37). Ainsi, le fait que l'opération soit le fait d'une société suisse, Mabco et non d'un ressortissant du Kosovo, M. Pacolli, permet d'écarter l'argument de l'inapplicabilité tant du TBI que de la convention de Washington et de la loi sur les investissements (§ 394). La manière dont l'existence d'un investissement est établie est contestée par l'arbitre dissident Reinisch qui reproche à la majorité d'avoir appliqué un test d'existence *prima facie* d'un investissement (opinion dissidente de l'arbitre dissident Reinisch, § 34) dans la mesure où il estime que rien ne prouve que le virement de quatre millions d'euros avait pour finalité la prise de participation dans le Grand Hotel de Pristina.

Le TBI Suisse-Kosovo, à l'image de la pratique dominante entend réserver sa protection aux investissements réalisés en conformité avec le droit local de l'Etat hôte (TBI Suisse-Kosovo, art. 2.1). Or ici, il est incontesté que l'investisseur a réalisé son opération en violation des règles applicables en droit kosovar aux procédures d'appel d'offres. Mais le tribunal considère que l'Agence des privatisations du Kosovo a couvert cette irrégularité en engageant des négociations directes avec l'investisseur à propos de l'enregistrement de ses parts (et ce, au moins jusqu'en 2012). Le tribunal affirme qu'une « *illegality in an investment that might otherwise disqualify the investment from protection cannot be raised as a jurisdictional defense if the State was aware of the illegality and expressed no objection on that basis* » (§ 409). Le défendeur présente une position plus originale et assez peu convaincante quant à la légalité de l'investissement. Il s'agit d'affirmer qu'un investissement ne serait pleinement légal qu'à la condition de contribuer au développement économique de l'Etat hôte. L'argument, qui ne repose sur aucun fondement textuel, jurisprudentiel ou doctrinal est aussi rapidement que légitimement écarté par le tribunal qui souligne qu'il « *would not make sens, having dispensed with that requirement in connection with the definition of an investment, to then reintroduce it as an element of an investment's lawfulness* » (§ 414).

La décision présente enfin des développements intéressants en matière de compétence *ratione temporis* du tribunal. Le traité exclut de la clause d'arbitrage les requêtes relatives à des événements antérieurs à l'entrée en vigueur du traité. De manière convaincante, le tribunal confronte chacune des plaintes du demandeur à cette condition. Il conclut ne pas avoir, sur le fondement du TBI, compétence sur les allégations d'expropriation (§ 468) et de violation du traitement juste et équitable (§ 472). Mais le tribunal peut, sur le fondement de la loi d'investissement (n° 02/L-33 du 21 novembre 2005), examiner chacune de ces allégations dans la mesure où la limitation *ratione temporis* du TBI ne figure pas dans l'instrument interne (§§ 469, 473). Enfin, sur le double fondement du TBI et de la loi d'investissement le tribunal pourra exercer sa compétence sur les allégations de déni de justice en relation avec une expropriation.

JULIEN CAZALA

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

TRIBUNAL DE L'INSTITUT D'ARBITRAGE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE DE STOCKHOLM

Sentence finale du 8 mars 2021, *Freif Eurowind Holdings Ltd. (United Kingdom) v. Kingdom of Spain* (V 2017/060)

(D. Jones, président ; Th. Clay, C. M. Baker, membres)

Clause *Fork in the road* – attentes légitimes – frais de l'arbitrage

L'affaire *Freif Eurowind* s'inscrit dans un cadre bien connu : après avoir mis en place un système d'incitation à l'investissement dans le secteur des énergies renouvelables, l'Espagne a modifié celui-ci dans un sens moins favorable aux investisseurs. Freif Eurowind, entreprise britannique est l'un des nombreux investisseurs étrangers ayant initié une procédure arbitrale contre l'Espagne en alléguant de violations de diverses dispositions du Traité sur la Charte de l'énergie.

Le tribunal présente d'utiles tableaux récapitulatif du contentieux arbitral dirigé dans ce secteur contre l'Espagne (§ 264). Cela traduit la volonté du tribunal de se situer, de ne pas envisager sa mission de manière isolée de l'action des autres tribunaux arbitraux saisis de contentieux similaires. Sur certaines questions, la jurisprudence est parfaitement homogène : rejet de l'exception d'incompétence du tribunal arbitral du fait de la nature intra-européenne du différend et incompétence du tribunal arbitral pour examiner les mesures espagnoles de nature fiscale. D'autres éléments de ce contentieux laissent apparaitre des solutions plus contrastées. Les circonstances de chacune des espèces peuvent expliquer les solutions divergentes auxquelles les tribunaux peuvent aboutir, il apparait que certaines des notions mobilisées par les tribunaux ne sont pas encore pleinement stabilisées.

Le tribunal de l'affaire *Freif*, à l'image de tous les tribunaux qui l'ont précédé dans ce type de contentieux écarte l'exception préliminaire relative au caractère intra-européen du contentieux (§ 335) et se déclare incompétent pour examiner les mesures fiscales prises par l'Espagne (§ 379). Plus intéressants sont les développements relatifs à des questions plus controversées : la clause *fork in the road* et les attentes légitimes de l'investisseur.

Le traité sur la Charte de l'énergie comporte une clause *fork in the road* qui rend définitif le choix de la voie procédurale de contestation d'une mesure étatique. Le débat relatif à ce type de disposition se concentre régulièrement sur la question de l'identité des différends soumis au juge interne et à l'arbitrage international. Une approche souple de l'identité sera favorable aux intérêts de l'Etat, tandis qu'une approche stricte facilitera l'accès de l'investisseur à l'arbitrage international. Le tribunal *Freif* défend une approche stricte en affirmant que « *[t]he use of the triple identity test is not inconsistent with the principles of treaty interpretation under Article 31 of the VCLT* » (§ 417). Il s'agit ainsi d'affirmer que les différends soumis au juge interne et à un tribunal arbitral opposeraient les mêmes parties, auraient le même objet et la même cause. Le tribunal reconnait que d'autres interprétations d'une telle clause sont possibles. Mais, dès lors que les demandeurs à la procédure devant le juge interne sont distincts des demandeurs de la procédure arbitrale, l'identité n'est pas constatée et les conditions d'application de la clause *fork in the road* ne sont pas réunies.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Comme cela est le cas dans tous les contentieux relatifs aux investissements dans le secteur des énergies renouvelables en Espagne, les investisseurs estiment qu'en modifiant le cadre juridique applicable, cet Etat a frustré leurs attentes légitimes de stabilité présentées comme une des composantes majeures du standard du traitement juste et équitable (§ 448). Le tribunal estime que l'Espagne n'a pas irrégulièrement frustré les attentes des investisseurs. Il souligne notamment que l'Etat hôte a agi de bonne foi et de manière transparente et que les investisseurs, du fait des procédures de *due diligence*, menées préalablement à l'investissement, étaient au courant des évolutions possibles du cadre législatif et réglementaire (sur la question voir notre étude « L'obligation de *due diligence* pesant sur l'investisseur », *Cahiers de l'arbitrage - Paris Journal of International Arbitration*, 2017, p. 649). Il apparait spécialement que la *due diligence* préparée par un grand cabinet d'avocats avait identifié le risque de changement du cadre réglementaire du fait de contradictions possibles du régime existant avec le droit espagnol et le droit européen des aides d'Etats. Or, il est constant de considérer que des attentes contraires aux règles en vigueur ne sauraient être légitimes (§ 550). Les seules garanties données par les autorités espagnoles concernaient un « taux de rendement raisonnable », or, ces attentes n'ont pas été frustrées. L'Espagne n'a pas violé ses obligations en matière d'investissement vis-à-vis de Freif.

Les développements relatifs aux frais de l'arbitrage peuvent apparaitre sévères pour l'investisseur. Le tribunal énonce, d'une manière qui tranche avec la pratique habituelle dans le contentieux arbitral de l'investissement que « *[a]s Spain has succeeded in its defence of the merits of the case, and there are no circumstances in the Tribunal's view which should alter the principle that costs follow the event, the Tribunal exercises its discretion under the SCC Rules to award Spain all of its legal fees and expenses, and its share of the costs of the Arbitration* » (§ 667). Le tribunal ajoute que le fait d'avoir rejeté deux des trois exceptions préliminaires invoquées par l'Espagne ne modifie pas son opinion selon laquelle le défendeur est la partie ayant gagné la procédure (§ 685). Une telle décision est inhabituelle, et correspond plutôt aux hypothèses dans lesquelles la partie ayant été déboutée de ses demandes apparait avoir été d'une particulière mauvaise foi (voir notamment la sanction d'un demandeur ayant persisté à présenter des demandes sur le fondement de documents falsifiés qui ne doit supporter « que » 75% des dépenses du défendeur et l'intégralité des avances faites au CIRDI : T. CIRDI, Sentence du 6 décembre 2016, *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, ARB/12/14 et 12/20 ; cette Chronique, *Revue*, 2017-2, pp. 509-511, nos obs.)

JULIEN CAZALA

PRÉSIDENT DU CONSEIL ADMINISTRATIF DU CIRDI
Décision sur la seconde demande de récusation de l'ensemble des membres du tribunal du 15 décembre 2020, *Landesbank Baden-Württemberg et al. v. Kingdom of Spain* (ARB/15/45)

(M. David Malpass)

Récusation d'arbitres – Covid-19 – concours de plaidoirie

S'il n'est pas rare que l'une ou l'autre des parties à un arbitrage d'investissement tente, sur le fondement de l'article 57 de la convention établissant le CIRDI, de récuser un membre du tribunal, il est plus exceptionnel que la demande vise l'intégralité des membres

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

du tribunal (voir, Pdt du Conseil administratif du CIRDI, 14 octobre 2020, *Eugene Kazmin v. Republic of Latvia*, ARB/17/5). C'est le cas dans l'affaire opposant plusieurs banques allemandes à l'Espagne dans le contexte bien connu du contentieux des investissements dans le secteur de l'énergie photovoltaïque. La demande porte sur deux allégations aussi étonnantes que contestables. On ne pourra qu'accueillir favorablement le rejet de la demande par le président du Conseil administratif du CIRDI que les demandeurs à l'arbitrage qualifiaient, non sans raison d'abus de la procédure de récusation (§ 85).

L'Espagne alléguait d'une part que le tribunal aurait prouvé son manque d'impartialité et de haute moralité en ayant adopté, en les justifiant par de fausses déclarations, des décisions partiales et injustes. D'autre part, l'Espagne affirmait que la participation de deux membres du tribunal à un concours étudiant de plaidoiries en droit des investissements organisé avec le soutien du cabinet d'avocats défendant les intérêts du demandeur dans la présente procédure justifierait la récusation (§ 33).

Quant à la première allégation du défendeur, la formule retenue renvoie directement au texte de l'article 14 de la Convention CIRDI qui exige des arbitres qu'ils soient des personnes jouissant « d'une haute considération morale » et offrant « toute garantie d'indépendance ». L'Espagne ajoute que l'on peut implicitement intégrer dans ces éléments une exigence d'impartialité, ce que reconnait le président du Conseil administratif du CIRDI (§ 128) dans la ligne d'une abondante jurisprudence (notamment : Comité ad hoc CIRDI, 29 October 2019, *Italba Corporation v. Oriental Republic of Uruguay*, ARB/16/9, Decision on the proposal to disqualify Mr. Gabriel Bottini, § 55). Le reproche principal fait par l'Espagne au tribunal porte sur l'adoption d'une ordonnance procédurale (n° 20) le 28 juillet 2020 visant, du fait de la pandémie mondiale de la Covid-19, à organiser à distance les audiences du tribunal en aout 2020. L'Espagne allègue que la décision fut prise par le tribunal du fait des craintes sur les possibilités pour l'un de ses membres (résidant au Costa Rica) de se rendre à La Haye ou siège le tribunal. Cette décision, pour des raisons que l'Espagne n'explique pas (§ 141), serait défavorable à ses intérêts et traduirait la malhonnêteté du tribunal (§ 45) qui aurait exagéré les difficultés découlant de la pandémie. Le ton de la demande espagnole laisse peu de place à la courtoisie : « *these actions reveal the Tribunal's desire to retain the "good parts of the office" (honor, prestige and fees), while avoiding the burden of traveling for an in-person hearing when it was "perfectly possible" to do so, in a highly complex case, for which a virtual hearing was "completely inappropriate"* » (§ 48). Le président du Conseil administratif du CIRDI rejette l'argument en considérant que le tribunal est le mieux placé pour évaluer les risques. « *Given the extraordinary circumstances and the multiple uncertainties created by the COVID-19 pandemic, the Tribunal's decision to conduct a risk assessment certainly does not show a lack of high moral character. Rather, in the eyes of an objective third party, it would appear to be the Tribunal's duty to do so* » (§ 137). Il souligne également qu'il n'est pas rare qu'une partie soit insatisfaite par une décision procédurale, mais la seule existence d'une telle situation est évidemment insuffisante pour conclure au défaut manifeste d'indépendance et/ou d'impartialité du tribunal (§ 140 ; dans le même sens : Pdt du Conseil administratif du CIRDI, 14 octobre 2020, *Eugene Kazmin v. Republic of Latvia*, ARB/17/5, § 73).

La seconde allégation du défendeur n'est pas moins étonnante. Il s'agit de reprocher au président du tribunal ainsi qu'à l'arbitre nommé par le demandeur d'avoir accepté, sans l'avoir révélé, alors que la procédure arbitrale était engagée, l'invitation à un événement

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

organisé ou soutenu par le conseil des demandeurs : le concours étudiant de plaidoirie en droit des investissements (*Frankfurt Investment Arbitration Moot*). Selon l'Espagne, la participation de deux membres du tribunal à cet événement mettrait gravement en péril leur indépendance et impartialité et leur dissimulation de cette information serait la preuve d'un manque de haute moralité, d'indépendance et d'impartialité (§ 63). On soulignera que l'Espagne mobilise au soutien de son recours le Projet de code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends entre investisseurs et Etats préparé conjointement par le CIRDI et la CNUDCI (la dernière version est accessible en français sur *https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/draft_code_of_conduct_v2_fr.pdf*) ainsi que d'autres textes de même nature tout aussi peu contraignants mais dont l'usage est fréquent dans la pratique arbitrale (notamment les Guidelines de l'International Bar Association sur les conflits d'intérêt dans l'arbitrage international). Tout en rappelant que sa décision est fondée sur les règles CIRDI, le président du Conseil administratif souligne que les instruments invoqués par l'Espagne peuvent être des références utiles mais conduisent à la même solution (§ 151). Il écarte rapidement les accusations de l'Espagne en soulignant que le concours de plaidoirie est un événement universitaire pour lequel les membres du tribunal n'ont reçu aucune rémunération et que l'on ne peut voir dans une invitation à participer au jury d'un tel événement un « cadeau inapproprié » comme le plaidait l'Espagne (§ 149).

Le président du Conseil administratif du CIRDI ne dit rien des accusations d'abus de procédure présentées par les investisseurs, mais il n'est pas interdit de penser que l'on est ici à la limite (sans doute externe) de ce sur quoi une procédure de récusation pourrait être fondée. La situation rapportée était sans doute assez loin de remplir les conditions de l'article 57 de la Convention de Washington qui exige « un défaut manifeste des qualités requises » pour justifier une décision de récusation.

JULIEN CAZALA

III. CONTENTIEUX NON-ETATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Trial Judgment du 4 février 2021 (Trial Chamber IX), *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15)

CPI – crimes de guerre – crimes contre l'humanité – crimes sexuels – grossesse forcée – Ouganda – responsabilité individuelle – enfants-soldats

Coupable de 61 crimes contre l'humanité et crimes de guerre (sur les 70 pour lesquels il était poursuivi devant la CPI), tel est le verdict rendu par la Chambre de première instance IX (ci-après la Chambre) à l'encontre de Dominic Ongwen (§ 3116 du jugement). Par ce jugement du 4 février 2021, la Chambre met donc un terme – provisoire dans la mesure où un appel d'une ou des parties est possible (celles-ci ayant jusqu'au 21 mai 2021 pour le faire) et en attendant la phase dédiée aux réparations pour les victimes qui reste à venir – à une procédure longue de plus de quinze ans, à un procès fleuve et à un dossier comprenant plus de 1 760 documents.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Pour rappel, les crimes reprochés à l'accusé ont été commis en Ouganda entre le 1er juillet 2002 et le 31 décembre 2005 dans un contexte de rébellion armée qui dure depuis les années 1980 et oppose l'Armée de résistance du Seigneur (ARS) au gouvernement ougandais. Dominic Ongwen, enlevé en 1987 à l'âge de 9 ans par l'ARS pour en faire très tôt un enfant soldat (§§ 27-31), va gravir les échelons au sein du groupe armé jusqu'à devenir commandant de la brigade Sinia et ainsi un des plus hauts responsables de l'ARS derrière la plus haute autorité qu'était Joseph Kony (§§123, 134-138, 1013-1083). C'est notamment en tant que tel et pour les crimes commis contre les populations civiles du nord de l'Ouganda – que l'ARS assimilait à des soutiens du gouvernement ougandais (et donc des ennemis), particulièrement les personnes vivant dans des camps de déplacés (à l'intérieur de leur propre pays) mis en place par ce dernier (notamment §§ 140-141 et 1092-1147) – que Dominic Ongwen était poursuivi.

Selon la Chambre, trois catégories principales de crimes étaient ici visées, à savoir les crimes commis à l'occasion de quatre attaques spécifiques menées contre les camps de personnes déplacées de Pajule, de Odek, de Lukodi et de Abok (entre octobre 2003 et juin 2004) ; les crimes sexuels et à caractère sexiste (comme le mariage et la grossesse forcés, la torture, le viol, l'esclavage sexuel…) commis par l'accusé contre sept femmes enlevées et placées dans son foyer ; et d'autres crimes sexuels et à caractère sexiste commis contre des filles et des femmes au sein de la brigade Sinia, ainsi que du crime de conscription et d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans pour les faire participer activement aux combats (§§ 33-36, 144-225).

Parmi ces crimes, on notera avec la Chambre que « [t]*his is the first time forced pregnancy is to be considered by a trial chamber of this Court* » (§2717). Les juges ont ainsi saisi l'occasion d'apporter des précisions (même si celles-ci ne dissipent pas toutes les incertitudes) quant à la définition du crime de grossesse forcée – une définition prévue aux articles 7, paragraphe 1 g) et 8, paragraphe 2 e) vi) du Statut de la CPI et qui résulte d'un compromis difficile entre négociateurs du Statut de Rome (§§2718-2721) – et ses différents éléments (§§ 2722-2729). Confirmant l'interprétation de la Chambre préliminaire II (CPI, Chambre préliminaire II, *Affaire Procureur c. Dominic Ongwen*, Décision relative à la confirmation des charges contre Dominic Ongwen, 23 mars 2016, ICC-02/04-01/15, §§ 99-100), la Chambre précise l'élément matériel de ce crime qui consiste en la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, pas en la conception forcée : l'auteur du crime de grossesse forcée est celui qui retient illégalement la victime mise enceinte de force et pas nécessairement celui qui la met enceinte de force (§ 2723).

Quoi qu'il en soit, la Chambre – après avoir rejeté les prétentions de la Défense concernant les violations des droits de l'accusé dont son droit à un procès équitable (§§ 42-120), ainsi que tout motif d'exonération (§§ 2448-2672) – va reconnaître la responsabilité individuelle de Dominic Ongwen pour ces crimes sur la base de l'article 25, paragraphe 3 a) du Statut de la CPI en concluant que celui-ci les a commis conjointement avec d'autres hauts responsables et/ou par l'intermédiaire des soldats de l'ARS (§§ 2874, 2927, 2973, 3020, 3100 et 3115), mais aussi à titre individuel (§§ 3026, 3034, 3043, 3049, 3055, 3062 et 3068).

Il est à noter que la Chambre ne retient ici aucune circonstance atténuante pour l'accusé, à la différence du prononcé de la peine qui – sans remettre en cause la responsabilité de Domiic Ongwen – accorde une certaine attention et valeur atténuante à son enfance du fait notamment de son enlèvement par l'ARS à un très jeune âge et de son

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

activité précoce au sein de celle-ci (CPI, Chambre de première instance IX, *Situation in Uganda in the case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Sentence, 6 mai 2021, ICC-02/04-01/15, §§ 65-88 et 388). L'ancien enfant-soldat devenu commandant de brigade échappe de ce fait à la perpétuité pour être condamné à 25 ans d'emprisonnement (auquel il faut retrancher la durée de la détention provisoire) (*ibid*., §§ 398-404), illustrant ainsi la difficile prise en compte par la justice internationale pénale de la victime devenue bourreau.

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Décision du 5 février 2021, 1ère Chambre préliminaire, Decision on the « *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine », Situation dans l'Etat de Palestine* (ICC-01/18-143)

Complémentarité – compétence territoriale – Etat partie – étatisation – frontières – territoires occupés – Palestine

Alors que le Procureur de la CPI avait déjà conclu en décembre 2019, au terme d'un examen préalable, que la situation en Palestine justifiait l'ouverture d'une enquête parce que des crimes de guerre notamment y auraient été commis, il s'est tourné vers la Chambre préliminaire I (sur le fondement de l'article 19-3 du Statut de Rome) pour faire déterminer par les juges l'étendue de la portée territoriale de ladite enquête.

Ainsi saisie, la Chambre préliminaire I de la CPI a répondu le 5 février dernier, dans sa Décision, que la compétence territoriale de la Cour dans la situation en Palestine s'étend aux territoires occupés par Israël depuis 1967, à savoir Gaza et la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est (§ 118). Cette décision de 60 pages est rendue par un banc de 3 juges. Le juge Perrin de Brichambaut y adjoint une courte mais intéressante opinion partiellement séparée sur son interprétation et l'application à laquelle il conclut de l'article 19.3 du Statut de la CPI qui permet au Procureur de saisir la Chambre pour qu'elle se prononce sur une question de compétence ou de recevabilité (ICC-01/18-143-Anx2), ce qui est le cas d'espèce.

Le juge Président Kovács habitué à siéger avec ces mêmes collègues, rend toutefois une opinion partiellement dissidente (ICC-01/18-143-Anx1). Il y invoque, sur 170 pages, de nombreux éléments de droit international général et la jurisprudence de la CPI. Il se réfère notamment à la subtile Décision dite *Rohingya* (Affaire *Bangladesh/Myanmar*, ICC-RoC46(3)-01/18, Decision on the « Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article19(3) of the Statute », 6 septembre 2018,) rendue par la même Chambre Préliminaire I et les mêmes juges, portant sur le même article 19.3 du Statut de la CPI, qui permit de faire relever de la compétence de cette dernière certains des crimes commis contre les Rohingya par des Birmans alors que la Birmanie n'est pas un Etat partie au Statut de la CPI. Par une approche interventionniste très appréciable, la Chambre y rappelle que le franchissement d'une frontière est un élément constitutif du crime contre l'humanité de déportation et que celle, depuis août 2017, de plus de 670 000 Rohingya du Myanmar, quoique découlant d'un acte coercitif produit sur le territoire de cet Etat qui n'est pas partie au Statut de Rome, a vu se produire l'un de ses éléments constitutifs (le franchissement d'une frontière internationale) sur le territoire d'un Etat partie au Statut

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

de Rome (le Bangladesh), présentant l'intérêt juridique majeur d'ouvrir la voie à la compétence de la Cour (Décision *Rohingya*, § 73).

Le juge Kovács se fonde plus encore sur les règles, conventionnelles ou non, s'appliquant sur lesdits territoires pour en discuter le régime au cas par cas. A titre d'exemple, le juge Kovács estime que l'enquête du Procureur peut effectivement s'étendre sur Jérusalem-Est, à condition toutefois de tenir compte des règles issues des Accords d'Oslo et de l'acceptation de cette compétence par Israël en application de l'article 12-3 du Statut de la CPI[1] et en excluant, en tout cas, du champ de cette enquête les situations prévues par l'article I.1(b) de l'Annexe IV de l'Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la Bande de Gaza (dit « Accord de Taba » ou « Oslo 2 »)[2].

On voit que sa position est très nuancée. Il estime de plus opportun d'ajouter d'une part que le Traité ne lie que les parties (*pacta tertiis nec nocent, nec prosunt*) et d'autre part que l'on ne peut accorder plus de droits qu'on n'en possède soi-même (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet)*. La teneur restrictive de son message juridique sur la compétence du Procureur ne peut être plus claire ; il la complète d'une lecture pragmatique : arguant du caractère non universel de la CPI et soulignant plus encore le contexte d'absence de coopération des Etats et le caractère politique très « compliqué » de la situation, il estime que le Procureur n'a aucune chance de réussir à amener l'affaire en état d'être jugée devant la CPI.

La « religion » de la jurisprudence n'est donc pas totalement établie. Mais, en l'état, la Décision s'applique et mérite d'autant plus une analyse froide qu'elle est invoquée ou vilipendée par des militants au service d'une cause politique que la décision servirait ou desservirait ou permettrait de servir ou de desservir. Le nombre assez surprenant de représentants, d'agents ou d'*amici curiae* indique également que beaucoup souhaitent s'exprimer sur cette question dont les tenants dépassent évidemment l'analyse juridique clinique. L'analyse doit donc dédramatiser le débat pour ne retenir que les éléments juridiques des énoncés de la Décision.

Il importe en premier lieu de rappeler que le Procureur a uniquement demandé à la Cour de se prononcer sur la portée de sa compétence territoriale. La Décision de la Cour s'est limitée à cette demande et précise même, plus encore, à quel point son seul but est de définir cette compétence pénale territoriale. Elle apporte ainsi 3 réponses et quelques développements visant à résumer les positions des parties et à apporter des éléments d'éclaircissement sur des points discutés, et des considérations finales :

1) le principe de la compétence sur le territoire palestinien (§§ 89-113) ;

2) la délimitation géographique de cette compétence (§§ 114-123) ;

3) la pertinence de l'application des accords d'Oslo (§§ 124-129) ;

---

[1] « Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un Etat qui n'est pas Partie au présent Statut est nécessaire (…), cet Etat peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence (…) ».

[2] Oslo II, 28 septembre 1995, Annex IV, article I.1(b) : « *In addition, the Council has criminal jurisdiction over Palestinians and their visitors who have committed offenses against Palestinians or their visitors in the West Bank and the Gaza Strip in areas outside the Territory, provided that the offense is not related to Israel's security interests* ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

4) La Cour conclut ensuite par quelques considérations visant à écarter toute autre interprétation de sa Décision, en ce qui concerne tout autre sujet de droit international touchant à la situation en Palestine, notamment la question des frontières (§§ 130-131).

La première question peut laisser entendre que se pose la question de la nature étatique de la Palestine ; ce qui n'est pas le cas et la Cour le précise et s'en défend. La deuxième question pourrait laisser croire qu'elle recouvre la question des frontières du futur Etat palestinien ; ce qui n'est pas le cas et la Cour le précise et s'en défend. La troisième question a trait aux répartitions des compétences pénales entre les juridictions nationales israéliennes et palestiniennes prévues par les Accords d'Oslo, et la CPI refuse tout fondement aux arguments qui en sont tirés en ce qui concerne sa compétence pénale.

Le Procureur, dans une déclaration officielle prenant acte de cette Décision a fait savoir qu'elle la comprenait également en ce sens restrictif, tenant uniquement à l'étendue territoriale de l'enquête qu'elle entend mener et excluant toute considération sur l'étatisation de la Palestine ou sur l'existence ou la délimitation de ses frontières (voir la Déclaration officielle du Procureur de la CPI du 3 mars 2021 : « la Chambre a insisté sur le fait qu'elle n'avait *pas vocation à déterminer si la Palestine était un Etat au vu du droit international public, ni à se prononcer sur un différend frontalier ou à préjuger de la question d'éventuelles futures frontières.* Sa décision avait pour seul objectif de définir la portée de la compétence territoriale de la Cour, pour les besoins du Statut de Rome, tel qu'il le lui avait été demandé. *Les questions sur lesquelles la Chambre ne s'est pas prononcée et à propos desquelles mon Bureau n'a pas pris position* devront être déterminées par les autorités israéliennes et palestiniennes, lors de discussions bilatérales en vue d'un accord » (nous soulignons)).

En premier lieu, la Cour rappelle *le principe de sa compétence mais pas la nature étatique de la Palestine.* La Palestine a accédé au Statut de la CPI de façon non contestée ; dès lors, elle peut exercer les prérogatives qui découlent, de son adhésion à cet instrument. Ceci relève du droit classique des traités tel que codifié depuis 1969. Le traité prévoit une procédure d'adhésion ouverte à tous les Etats (article 125) : on parle d'un traité à vocation universelle. Cette procédure d'adhésion de la Palestine aurait pu faire l'objet de contestations de la part des autres Etats ou de l'Assemblée des Etats parties (art. 119) mais cela n'a pas été le cas. Il s'ensuit, comme le conclut la Cour dans sa Décision, que la Palestine est un Etat partie au sens du Statut, qu'elle s'est donc engagée à accepter la compétence de la Cour puisque les crimes qui font l'objet de l'enquête du Procureur sont susceptibles d'avoir été commis sur son territoire (art. 12-2a)[3]. Cette qualité s'entend uniquement dans le cadre précis du traité de Rome constituant la CPI et ne préjuge nullement de la qualité d'Etat de la Palestine en droit international général.

La Cour, pour ce qui la concerne, précise même que la question de savoir si elle peut constituer un Etat ne se pose même pas (§ 111). Néanmoins, un observateur du phénomène palestinien en droit international conclura aisément que si la Palestine n'est pas encore un Etat, sa qualité d'Etat partie au Statut de Rome participe de son processus d'étatisation en cours (comme à l'UNESCO par exemple), et ce à plusieurs titres (s'inscrire dans le concert des Nations, être considéré comme Etat au moins dans un cadre restreint, et spécialement

[3] « 2. (…) la Cour peut exercer sa compétence si l'un des Etats suivants ou les deux sont Parties au présent Statut ou ont accepté la compétence de la Cour conformément au paragraphe 3 : a) L'Etat sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu (…) ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

pour l'Autorité palestinienne, utiliser politiquement la compétence de la CPI face aux velléités de pouvoir du Hamas…).

En second lieu, la Cour définit *l'étendue de sa compétence mais pas les frontières du futur Etat palestinien.* L'essentiel de la Décision a trait à cette détermination de l'étendue territoriale de la compétence pénale de la CPI, à savoir l'inclusion du territoire palestinien occupé par Israël depuis 1967, Gaza et la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est (§ 118).

Pour déterminer cette étendue géographique, la Décision se fonde notamment sur la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU qui accorde à la Palestine le statut ambigu et sûrement transitoire « d'Etat non membre observateur auprès de l'Organisation des Nations Unies » (A/RES/67/19, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 29 novembre 2012, Statut de la Palestine à l'Organisation des Nations Unies, § 2) et qui mentionne le « territoire palestinien occupé depuis 1967 » (*ibid.*, § 1) en s'appuyant, à cet égard, sur un nombre important de sources internationales, notamment des résolutions précédentes du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblée Générale, qui évoquent également le territoire palestinien occupé depuis 1967 et y incluent explicitement Jérusalem-Est. Ce choix territorial relève donc des éléments de langage habituels de l'ONU.

Au-delà de cette conclusion, la Chambre fait part de son souhait d'éviter toute « incompréhension » qui consisterait à en faire découler une quelconque autre conséquence en droit international (existence d'Etat, délimitation de frontières, règlement de différend…) qui ne relève pas, en réalité, de la compétence de la Cour (§ 113). La Cour insiste même pour dire qu'elle ne vise pas à régler un différend frontalier en cours ni à supposer l'existence de frontières futures ! D'ailleurs, par crainte de ne pas être suffisamment claire à cet égard, la Cour y revient dans le paragraphe conclusif de sa Décision pour réaffirmer qu'elle ne tranche aucun autre sujet de droit international que cette délimitation territoriale de l'enquête du Procureur (§ 130 : « *As a final matter, the Chamber finds it appropriate to underline that its conclusions in this decision are* limited to defining the territorial parameters of the Prosecutor's investigation *in accordance with the Statute. The Court's ruling is, as noted above, (paragraph 113)* without prejudice to any matters of international law *arising from the events in the Situation in Palestine that do not fall within the Court's jurisdiction. In particular, by ruling on the territorial scope of its jurisdiction,* the Court is neither adjudicating a border dispute under international law nor prejudging the question of any future borders » (nous soulignons)). Eu égard à ce libellé formel et revendicatif, toute autre interprétation de la Décision relèverait d'une incompréhension militante ou d'une mauvaise foi patente.

En troisième lieu, la Cour répond sur les arguments invoquant *les Accords d'Oslo et la répartition des compétences pénales nationales.* Certaines dispositions des Accords d'Oslo ou d'autres accords Israël / Autorité palestinienne traitent déjà de la question de la répartition de la compétence pénale en fonction de zones, de nationalités et de types de crimes. Certains arguments font valoir en conséquence que la compétence de la CPI viendrait en contradiction avec les obligations conventionnelles des Etats découlant de ces traités. Ou encore, il est allégué que l'Autorité palestinienne ne peut transmettre plus de droits qu'elle n'en possède et ne saurait déléguer l'ensemble de cette compétence pénale à la CPI sous peine de violer ses autres engagements internationaux. L'Autorité palestinienne répond que ces traités n'affectent pas la compétence de la Cour.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

La CPI, qui ne manque pas de souligner cette répartition pénale déjà en vigueur, rappelle que cette dernière ne concerne que les Etats et qu'elle ne saurait affecter la définition de sa compétence territoriale. Aussi, la Cour rappelle que les Etats peuvent éventuellement contester sa compétence (en application de l'article 19) à d'autres étapes de la procédure, par exemple en faisant valoir leurs obligations conventionnelles de nature à faire obstacle à ladite compétence. Mais, à cette étape, la Cour rappelle qu'il ne s'agit que de déterminer sa compétence territoriale (en tant que juridiction internationale) et qu'à cet égard les arguments tirés des Accords d'Oslo ne sont pas pertinents. Elle écarte alors rapidement ces arguments et refuse alors explicitement de les d'étudier au fond dans un sens ou dans l'autre (§§ 124-129).

Certaines spécificités du droit international pénal permettent de mieux saisir la portée de la Décision. Aucune conclusion ne peut en être tirée sur l'existence d'un Etat ou de frontières. Par quelques remarques finales tranchées, cette dernière écarte définitivement toute autre interprétation (§§ 130-131). Le raisonnement de la Cour peut être prolongé en rappelant simplement qu'elle est une juridiction pénale et exclusivement cela : elle n'a donc nullement vocation à s'ériger en un organe de règlement des différends et encore moins en un organe politique qui viserait à trouver une solution au différend entre Israël et l'Autorité palestinienne.

Outre qu'il importe de ne plus se méprendre sur la mission de la Cour, quelques considérations générales de droit international pénal méritent d'être rappelées pour une parfaite compréhension du contexte de la Décision.

En premier lieu*, enquêter n'est pas juger* ! Si le Procureur a pu convaincre les juges qu'il y avait des raisons de penser que des crimes de guerre ont été commis, il lui reste à mener son enquête pour rassembler suffisamment d'éléments afin de leur faire admettre la recevabilité des poursuites qu'elle souhaitera engager. Le chemin est encore long avant la condamnation éventuelle d'accusés par la CPI. Dans sa requête afin d'obtenir la Décision, le Procureur affirmait avoir identifié quelques cas de crimes de guerre commis par des membres de l'armée israélienne (IDF), des autorités israéliennes, du Hamas ou de groupes armés palestiniens, tout en admettant néanmoins pour les premiers (les membres d'IDF), que la recevabilité devant la CPI de leurs crimes présumés est encore en cours d'évaluation (*Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, 22 janvier 2020, ICC-01/18-12, §§ 94-95).

La nationalité des accusés ne constitue pas un élément déterminant. L'enquête vise toute personne ayant commis des crimes sur ce territoire pendant la période visée. Ainsi, le Procureur peut mettre en exergue la responsabilité de toute personne, de nationalité palestinienne, israélienne ou autre. Seuls leurs actes justifient l'intérêt de la justice internationale. Rien ne permet, à ce jour, d'exprimer la crainte que l'enquête porte uniquement sur les citoyens d'une seule entité. Des critiques analogues ont pu être entendues au sujet du TPIY qui aurait concentré ses efforts sur les Serbes ou contre la CPI qui jugerait essentiellement des Africains. Outre que l'allégation est inexacte, il importe de rappeler l'évidence : les juridictions poursuivent des accusés à raison de leurs actes et non de leur nationalité. D'ailleurs, dans ce contexte polémique, il n'est pas indifférent de rappeler encore que les juridictions sont pénales et ne poursuivent alors que des individus et non des Etats. Quelle que soit son orientation éventuelle, l'enquête du Procureur n'est dirigée ni contre Israël ni contre une entité palestinienne. Au contraire, la vocation de la CPI est d'assister les Etats dans la lutte contre les crimes. Il s'agit d'un mandat de justice.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

La gêne de dirigeants peut être compréhensible si, à la suite de la condamnation d'un accusé, on s'interrogeait, par une forme de capillarité pénale, sur la nature criminelle de leur politique. Mais cette gêne sera identique si la condamnation est émise par une juridiction nationale sur laquelle, dans un Etat de droit, les dirigeants n'ont pas de moyens de pression. Il n'y a donc pas de raison de craindre davantage la justice internationale que la justice nationale.

A cet égard, il est indispensable de rappeler que les éventuelles poursuites contre des auteurs présumés de crimes seront engagées dans le respect de l'article 1er du statut de la CPI en vertu duquel la compétence de cette dernière « est complémentaire des juridictions pénales nationales ». Autrement dit, la CPI, qui ne peut pas, matériellement, se saisir de toutes les affaires, se saisira uniquement de celles que les juridictions nationales ne veulent pas ou ne peuvent pas juger. Or, si la Palestine a saisi la Cour de cette question lui demandant justement de juger les crimes commis par ses ressortissants ou sur son territoire, ce n'est pas le cas d'Israël qui n'a pas ratifié le statut de Rome. C'est donc ce dernier Etat qui pourrait craindre que la CPI ne tente de juger ses ressortissants en contradiction avec sa volonté souveraine de ne pas accepter sa compétence. Mais les règles susmentionnées relatives à la complémentarité excluront la compétence de la CPI à l'égard de tout ressortissant israélien dès lors qu'une juridiction israélienne se montrera disposée à juger l'affaire en question. Eu égard à l'indépendance maintes fois constatée du pouvoir judiciaire israélien, personne ne peut craindre (ou espérer) l'absence de justice ; et le gouvernement israélien pourrait même choisir de ratifier enfin le Statut de la CPI. Comme le rappelle le juge Président Kovács dans le propos conclusif de son opinion dissidente, « il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas » (voir Affaire *du lac Lanoux (Espagne, France)*, 16 novembre 1957, *Recueil des Sentences Arbitrales*, Volume XII, page 305).

YANN JUROVICS

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Jugement 4370 du 18 février 2021

Non-renouvellement d'engagement – expectative légitime – âge limite en service

L'époque est à l'incertitude ; peut-être en a-t-il toujours été ainsi. Les agents internationaux, qu'on dit protégés, vivent eux aussi dans l'incertitude. Engagés souvent pour des durées déterminées, ils vivent en particulier avec celle de ne pas savoir si leur engagement sera renouvelé et donc s'ils continueront à être employés par leur organisation. Ils savent que ce renouvellement dépend de la réponse positive apportée à plusieurs questions, au premier rang desquelles : l'organisation dispose-t-elle du budget nécessaire au financement des fonctions qu'ils occupent ? Leur performance est-elle satisfaisante ? Ont-ils un « profil » et une expérience offrant une polyvalence ou une expertise requise dans les années qui viennent ? Ont-ils le genre discriminé positivement pour plus de diversité ? Font-ils partie d'une nationalité sous-représentée ? Ont-ils atteint l'âge limite de service ou vont-ils l'atteindre bientôt ? Dans le jugement 4370, prononcé lors de sa dernière session, le Tribunal administratif de l'OIT (TAOIT) se penche sur la légalité d'une décision de non-renouvellement de l'engagement d'un agent, qui en sollicitait le renouvellement afin de totaliser cinq années de service et bénéficier en

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

conséquence d'une pension de retraite. Ce jugement est l'occasion d'examiner la jurisprudence de quelques juridictions administratives internationales et, surtout, du TAOIT, sur les principes applicables au non-renouvellement d'engagement.

Il fut un temps, lointain, où un agent international pouvait jouir d'une garantie de l'emploi semblable à celle dont jouissaient les fonctionnaires nationaux. Mais, en matière de durée d'engagement, comme dans de nombreux autres domaines, les organisations se sont inspirées, particulièrement dans les vingt dernières années, des pratiques des sociétés privées et se sont progressivement éloignées d'une optique statutaire, publique. Ce mouvement a été accentué par l'exigence d'efficience financière et le triomphe de modèles prônés par les sociétés commerciales et leurs auditeurs. Il a eu pour conséquence que les « lettres d'engagement » se sont vues remplacer progressivement par des « contrats de travail » et que le recours aux engagements de durée déterminée est devenu le principe. Dès lors, la question du non-renouvellement d'engagements, comme les principes qui y sont applicables, ont pris une importance considérable pour les agents.

La jurisprudence des juridictions administratives internationales en la matière avait, dans un premier temps, rendu complexe la gestion des carrières, gommant progressivement les différences entre les engagements de durée déterminée et ceux de durée indéterminée, dès lors que les titulaires des premiers avaient servi l'organisation pendant un certain nombre d'années. Sous l'influence du droit des contrats américains, le principe cardinal était pourtant qu'un engagement de durée déterminée prenait fin à son échéance contractuellement convenue, connue des deux parties dès la conclusion du contrat. S'il était certes possible de renouveler l'engagement pour une nouvelle période aux mêmes conditions (ou à des conditions différentes, on parle alors de novation), cette possibilité n'était pas constitutive d'un droit pour l'agent. Ces principes sont reflétés dans la jurisprudence du Tribunal de première instance de l'OIF et de son Tribunal d'appel (voir les jugements n° 2, 3 et 6 du Tribunal de première instance et n° 2 et 4 du Tribunal d'appel), mais également dans celle du Tribunal administratif de la Banque mondiale (voir par exemple les décisions n° 506 et 641), pour ne citer que ceux-là. Bien entendu, la décision contestée ne doit pas être entachée d'un vice de fond ou de forme justifiant que, comme pour toute autre décision administrative, elle soit réformée. Ces tribunaux administratifs internationaux adoptent, en réalité, la jurisprudence que, par exemple, le TAOIT applique aux contrats temporaires (voir notamment le jugement 3367).

Le Tribunal administratif des Nations Unies a initialement rappelé que si un engagement de durée déterminée n'emportait aucune expectative de renouvellement ou de conversion en un autre type d'engagement, il devait examiner les conditions d'emploi qui pouvaient être implicites et déduites des correspondances échangées avec l'agent ainsi que des circonstances et des faits les entourant (voir les jugements 95 et 142). Après les avoir examinées, il a estimé que les échanges avec l'agent préalablement à la fin de son engagement pouvaient susciter chez lui un espoir, une expectative raisonnable, de voir son engagement renouvelé si sa performance était satisfaisante. Après avoir noté, dans le jugement 142, que c'était bien le cas, le Tribunal a conclu que l'agent était juridiquement fondé à s'attendre au renouvellement de son engagement. Aussi, le Tribunal a-t-il décidé que l'agent avait une « expectative légitime » (*legal expectancy*) d'emploi par l'organisation et que cette expectative légitime créait une obligation pour l'organisation d'offrir un engagement au requérant. Dans des jugements ultérieurs, à partir de 1998, le Tribunal a cependant précisé que les circonstances qui justifieraient que l'organisation

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

doive renouveler l'engagement d'un membre du personnel étaient limitées à : i) un détournement de pouvoir ; ii) une promesse expresse de l'administration qui donne au membre du personnel une expectative que son engagement sera renouvelé. Le Tribunal a cependant précisé que la décision de ne pas renouveler l'engagement ne devait pas non plus être la manifestation d'une violation de principes généraux, comme celle du principe de bonne foi, ou encore l'interdiction de l'arbitraire.

Le Tribunal d'Appel des Nations Unies n'a pas une jurisprudence bien différente de celle de son prédécesseur, le Tribunal administratif des Nations Unies, tout au moins de celle qui était la sienne depuis 1998. Le Tribunal rappelle ainsi qu'un engagement de durée déterminée n'emporte aucune expectative de renouvellement ou de conversion en un autre type d'engagement, quelle que soit la durée de service. L'engagement de durée déterminée cesse de plein droit, automatiquement, et sans préavis, à la date d'expiration précisée dans l'engagement. Le renouvellement à plusieurs reprises d'engagements de durée déterminée ne crée pas d'expectative au renouvellement, à moins que l'organisation n'ait fait au requérant une promesse expresse qui lui donne une telle expectative. Le Tribunal ajoute que la décision de ne pas renouveler un engagement est une décision susceptible de recours, sur le fondement que l'organisation n'a pas agi de manière équitable, juste ou transparente avec le membre du personnel ou que la décision a été motivée par un parti pris, un préjugé ou un motif inapproprié, que le membre du personnel doit établir pour obtenir l'annulation de la décision. Le contrôle du Tribunal porte également sur la légalité de la décision, ainsi que sur son adoption dans le respect de la procédure et du principe de proportionnalité (voir notamment les jugements 885 et 1177).

La jurisprudence du TAOIT a oscillé avec le temps, consacrant un temps l'expectative légitime de renouvellement, et revenant ensuite à une jurisprudence moins protectrice des agents, même s'il a régulièrement condamné les organisations pour avoir abusé de leur pouvoir discrétionnaire en la matière.

En 1955, le Tribunal avait d'abord estimé que, « si le pouvoir est conféré au Directeur général de ne pas renouveler un engagement de durée définie et cela sans être tenu à préavis ou à indemnité, c'est évidemment sous la condition implicite que ce pouvoir ne s'exerce que pour le bien du service et l'intérêt de l'Institution » (voir le jugement 21, considérant B). Il rappelait dès lors que, même si les agents n'ont pas de droit au renouvellement de leurs engagements, « le fonctionnaire qui réunit toutes les qualités requises est fondé à entretenir un espoir légitime (…) de se voir offrir un nouvel engagement dans les fonctions qu'il occupait ». Dans son jugement 675, le Tribunal consacre cet « espoir légitime », en reprenant le concept d'« expectative légitime » retenu par le Tribunal administratif des Nations Unies. Le Tribunal affirme dès lors que l'octroi d'un engagement de durée déterminée amène un membre du personnel à escompter son renouvellement et qu'une « longue succession de contrats de courte durée (…) fait naître entre [l'agent] et [l'organisation] des liens juridiques équivalant à ceux dont peuvent se prévaloir les agents permanents d'une organisation » (voir le considérant 7 du jugement 3090 et le jugement 3159, considérants 9, 19 et 20).

Deux obligations essentielles de l'organisation sont rappelées par le Tribunal. La première est que l'organisation a le devoir d'examiner s'il convient de renouveler l'engagement, auquel le fonctionnaire international a le droit de s'attendre (voir notamment le jugement 2729, considérant 7). La seconde est qu'elle a l'obligation de motiver la décision de ne pas renouveler l'engagement, autrement que par la simple

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

expiration du terme contractuellement convenu (voir notamment les jugements 675, considérant 11, et 3922, considérant 21), c'est-à-dire par de « bonnes raisons », des « motifs valables », de « véritables motifs », des « raisons objectives » (voir notamment les jugements 1554, 2991, 3139, 3353), même si cette motivation ne doit pas nécessairement figurer dans la communication annonçant le non-renouvellement (voir le jugement 2991) et si elle peut être communiquée oralement dans une réunion ou au cours de la procédure de recours (voir notamment les jugements 1548 et 2406). Le Tribunal estime alors que les raisons qui avaient été communiquées à un agent pour ne pas renouveler un premier engagement de durée déterminée de deux ans ne sont pas valables et décide en conséquence que l'organisation devrait faire tout effort pour réintégrer le requérant en lui accordant une prolongation de son contrat. Toutefois, et seulement si cela ne s'avérait pas possible, elle devrait lui accorder une réparation financière équivalant à une année de salaire et de prestations en réparation de l'ensemble des préjudices subis (voir les jugements 1154, 1230 et 1298). Une protection est dès lors assurée par le Tribunal aux agents internationaux quelle que soit leur ancienneté dans l'organisation (deux années seulement dans le dernier cas cité). Un jugement ultérieur amène cependant à tempérer l'optimisme des agents, en rappelant que la protection apportée ne signifie pas que les agents peuvent espérer recevoir l'indemnisation d'une carrière complète (voir le jugement 1362).

Le contrôle du Tribunal en la matière, comme dans toutes celles où le pouvoir discrétionnaire de l'Organisation est la règle, est restreint. Cela ne l'empêche pas de connaître des décisions de non-renouvellement d'engagement, comme rappelé par la Cour internationale de Justice (voir l'avis consultatif du 22 octobre 1956, CIJ, Recueil 1956, p.77, et les jugements du Tribunal 65 et 2312). Dans le cadre de ce contrôle, le Tribunal ne peut annuler une décision que si, d'une part, elle émane d'une personne incompétente pour la prendre, si elle est irrégulière en la forme, ou entachée d'un vice de procédure, ou si, d'autre part, elle est entachée d'erreur de droit, se fonde sur des faits inexacts, ne tient pas compte d'éléments de fait essentiels ou tire des pièces du dossier des conclusions manifestement erronées (voir notamment les jugements 191 et 3948).

Le Tribunal rappelle dans ce cadre que les organisations ne peuvent échapper à leurs obligations par l'adoption de règles statutaires ou de clauses contractuelles contraires. Ni le contrat d'engagement ni les dispositions statutaires ne peuvent faire obstacle à l'application des règles jurisprudentielles. « S'il en était autrement, il suffirait à une organisation de dénier à ses agents nommés à temps, par voie réglementaire ou contractuelle, le droit au renouvellement de leur engagement pour éluder le contrôle du Tribunal et les priver d'une protection sur laquelle ils peuvent légitimement compter. Certes, cela ne signifie pas que tout agent désigné pour une durée déterminée puisse prétendre rester en service indéfiniment. Il n'en est pas moins vrai qu'une organisation ne saurait se séparer d'un tel agent à bien plaire, sans indication de motifs, à l'expiration de la période pour laquelle il a été engagé. Elle doit bien plutôt veiller à ce que ses décisions ne soient pas entachées d'un vice retenu par le Tribunal » (voir le jugement 592, considérant 5). Si les organisations peuvent donc décider de ne pas renouveler les engagements de durée déterminée, elles ne peuvent décider d'exclure toute perspective de renouvellement des engagements, que ce soit dans les clauses du contrat d'engagement ou de manière statutaire, et, en tout état de cause, de telles dispositions seraient sans effet.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Le Tribunal rappelle en outre qu'il a pour fonction d'interpréter et d'appliquer le contrat, conformément aux intentions des parties (voir les jugements 701, 1385 et 1634). Le Tribunal censure ainsi les clauses léonines et celles qui reflètent un stratagème destiné à priver les agents internationaux de leurs droits (voir le jugement 702). Lorsqu'il existe une grande disparité de force entre les deux parties à la négociation, la loi doit imposer des restrictions à la partie la plus puissante. Et le tribunal intervient pour rétablir l'équilibre (voir le jugement 2097). Ce principe ne signifie pas que le Tribunal tient seulement compte de l'intention des parties pour condamner les organisations. Dans son jugement 1406, le Tribunal estime ainsi que la proposition de prolonger le contrat n'ayant jamais été approuvée par les autorités compétentes, elle n'implique aucun engagement de la part de l'Organisation. En revanche, le Tribunal admet, à l'instar du Tribunal administratif des Nations Unies, qu'en présence d'une promesse de renouvellement, cette dernière doit être tenue (voir le jugement 190, entre autres).

Comme l'analyse qui précède le montre, il est parfois difficile d'extraire les principes directeurs de la jurisprudence du Tribunal en la matière (cette Chronique laisse d'ailleurs de côté les jugements relatifs à l'obligation de ne pas causer un tort inutile et excessif ou au devoir de sollicitude). Il semble dès lors important de rappeler que le Tribunal a opéré une synthèse de sa jurisprudence dans son jugement 1317, prononcé en 1994. Il convient en outre de citer deux jugements rendus en 2016 et 2020 par le Tribunal, dans lequel il fixe la jurisprudence qui est la sienne aujourd'hui.

En 2016, le Tribunal rappelle : « il résulte de la jurisprudence du Tribunal que le fonctionnaire titulaire d'un contrat de durée déterminée au sein d'une organisation internationale ne peut se prévaloir d'un droit au renouvellement de ce contrat à son échéance (voir le jugement 3444, au considérant 3). La décision de ne pas renouveler un contrat de durée déterminée doit certes être motivée et reposer sur une bonne raison (voir le jugement 1911, au considérant 6), mais le Tribunal n'en reconnaît pas moins en ce domaine un large pouvoir d'appréciation à l'organisation (voir, par exemple, le jugement 1349, au considérant 11). La décision de ne pas renouveler un contrat de durée déterminée ne peut être annulée que si elle viole une règle de forme ou de procédure, repose sur une erreur de fait ou de droit, ou encore si des éléments essentiels n'ont pas été pris en considération, si un détournement de pouvoir est établi ou si des conclusions manifestement erronées ont été tirées des pièces du dossier (voir, par exemple, le jugement 3586, au considérant 6, et la jurisprudence citée). » (voir le jugement 3703, considérant 12).

Le Tribunal ne se réfère donc plus à la notion d'expectative légitime au renouvellement d'engagement. Il semble que cette protection, un temps accordée aux agents, ne leur est plus acquise. Le Tribunal confirme en 2020 que « selon la jurisprudence du Tribunal, une organisation jouit d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elle prend une décision au sujet de la prolongation ou non d'un contrat de durée déterminée. L'exercice de ce pouvoir d'appréciation ne peut faire l'objet que d'un contrôle restreint de la part du Tribunal, qui respecte la liberté de jugement de l'organisation pour ce qui concerne ses propres besoins et les perspectives de carrière de ses agents. Ce pouvoir d'appréciation n'est toutefois pas sans limite et le Tribunal annulera une décision si elle émane d'un organe incompétent, viole une règle de forme ou de procédure, repose sur une erreur de fait ou de droit, ou si des éléments de fait essentiels n'ont pas été pris en considération, ou s'il peut être établi que la décision repose sur un détournement de pouvoir ou enfin si des conclusions manifestement erronées

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

ont été tirées des pièces du dossier (voir, par exemple, les jugements 4062, au considérant 6, et 4146, au considérant 3). » (voir le jugement 4231, considérant 3).

Dans son jugement 4370, objet de cette Chronique, le Tribunal, dans la droite ligne de sa plus récente jurisprudence, rappelle que les règles applicables se bornent à permettre à l'organisation de prolonger un contrat de durée déterminée sans lui en faire l'obligation. Il ajoute qu'en vertu d'une jurisprudence constante, le maintien en activité d'un agent au-delà de la limite d'âge constitue une mesure dérogatoire de nature exceptionnelle relevant d'un large pouvoir d'appréciation et sur laquelle le Tribunal n'exerce qu'un contrôle restreint. Ce contrôle suppose, comme on l'a vu, que si, par exemple, la décision de ne pas prolonger l'engagement d'un agent au-delà de l'âge limite en service n'est pas motivée de manière régulière ou a pour origine des conclusions manifestement erronées tirées du dossier, le Tribunal la censurera (voir notamment les jugements 3970 et 4259). Il relève dans son jugement 4370, citant son jugement 358, que « si le [chef exécutif d'une organisation] a la faculté de prolonger l'activité d'un fonctionnaire [au-delà de l'âge réglementaire de la retraite], il n'en a, en aucun cas, l'obligation ; il ne peut user de ce pouvoir exceptionnel que dans l'intérêt du service, et non dans l'intérêt exclusif de l'intéressé; et si, afin de se forger une opinion dans le cas particulier du requérant, il lui incomb[e] de retenir la possibilité pour ce dernier d'obtenir une pension, il ne s'agi[t] que d'un élément d'appréciation parmi d'autres ». Enfin il y précise que, dans son jugement 4037, au considérant 11, il a estimé que « le devoir de sollicitude d'une organisation internationale à l'égard de ses fonctionnaires ne lui impose pas de prolonger l'engagement d'un de ceux-ci dans le seul but de lui permettre de prétendre au versement d'une pension ». Il décide dès lors que l'organisation n'a pas commis de faute en ne renouvelant pas l'engagement du requérant, et en le privant ainsi des droits à pension qu'un renouvellement pour une durée d'un an lui aurait permis de faire valoir.

Les conclusions auxquelles était parvenu le Tribunal dans son jugement 245, prononcé en 1974 dans une affaire très semblable, étaient bien différentes, mais il faut dire que la durée de prolongation de l'engagement en cause était bien inférieure. Le temps ferait-il quelque chose à l'affaire, n'en déplaise à Molière et Brassens ? Quoiqu'il en soit, le Tribunal avait estimé, d'office, qu'en ne prolongeant pas de treize jours l'engagement du requérant afin de lui permettre de faire valoir ses droits à pensions, l'organisation en cause lui avait occasionné une perte sensible, qui n'était pas motivée par un intérêt digne de protection. Il en concluait qu'elle avait apprécié d'une manière injustifiée les éléments qu'elle devait prendre en considération, tirant ainsi du dossier des conclusions manifestement erronées. Le Tribunal estimait en conséquence : « il incombe à [l'Organisation] d'étendre le dernier contrat du requérant de façon à ce que les rapports de service de celui-ci atteignent la durée de cinq ans et, par suite, donnent droit aux prestations de la Caisse commune. En revanche, une prolongation supplémentaire, par exemple jusqu'à la réalisation du programme à l'exécution duquel le requérant était affecté, ne se justifie pas dans le cas particulier, faute d'être nécessaire pour remédier au vice constaté » (voir le considérant 6).

Au terme de cette courte étude, il semble bien révolu le temps où les agents internationaux pouvaient, comme Adrien Deume, le personnage mis en scène par Albert Cohen dans son roman *Belle du Seigneur* (Gallimard, 1968), envisager la carrière comme un long fleuve tranquille, sans aucune considération pour la performance requise ni pour les besoins réels des organisations. Albert Cohen écrit ainsi : « arrivé devant le Palais des Nations, il le savoura. Levant la tête et aspirant fort par les narines, il en aima la puissance

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

et les traitements. Un officiel, il était un officiel, nom d'un chien, et il travaillait dans un palais, un palais immense, tout neuf, archimoderne, mon cher, tout le confort ! Et pas d'impôts à payer, murmura-t-il en se dirigeant vers la porte d'entrée. Ennobli de sociale importance, il répondit au salut de l'huissier par un hochement protecteur et s'engagea dans le long couloir, humant la chère odeur d'encaustique et saluant avec féminité plusieurs supérieurs rencontrés. Entré dans l'ascenseur, il se contempla dans la glace. Adrien Deume, fonctionnaire international, confia-t-il à son image, et il sourit. ». Certes, il s'agit là d'une caricature, mais faut-il vraiment regretter le temps d'avant, même s'il faut pour cela vivre dans l'incertitude ?

RÉMI CÈBE

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

JURISPRUDENCE FRANCAISE
EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

par

Baptiste TRANCHANT

SOMMAIRE

Cass. 1ère civ., 3 février 2021, *Société Commissions Import Export (Commisimpex) c. République du Congo*, n° 19-10669, publié au *Bulletin* 429
Cass. 1ère civ., 3 mars 2021, n° 19-22855, publié au *Bulletin* 438

Cass. 1ère civ., 3 février 2021, *Société Commissions Import Export (Commisimpex) c. République du Congo*, n° 19-10669, publié au *Bulletin*

[Immunité souveraine d'exécution – Mission diplomatique – Compte bancaire – Charge de la preuve – Renonciation expresse et spéciale à l'immunité – Article 6 CEDH / *Sovereign Immunity from Execution – Diplomatic Mission – Bank Account – Burden of Proof – Express and Specific Waiver of Immunity – Article 6 ECHR*]

« La société Commissions Import Export (Commisimpex), dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° Q 19-10.669 contre l'arrêt rendu le 6 septembre 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 4, chambre 8), dans le litige l'opposant :

1°/ à la République du Congo, dont le siège est ministère de la justice, boulevard Denis Sassou-N'Guesso, BP 2497, Brazzaville (République du Congo), agissant poursuites et diligences de son ministre de la justice, des droits humains et de la promotion des peuples autochtones,

2°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié en son parquet général, [...],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, un moyen d'annulation et trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Acquaviva, conseiller, les observations de la SCP Ortscheidt, avocat de la société Commissions Import Export, de la SCP Gouz-Fitoussi, avocat de la République du Congo, et l'avis de Mme Caron-Déglise, avocat général, après débats en l'audience publique du 9 décembre 2020 où étaient présents Mme Batut, président, M. Acquaviva, conseiller rapporteur, Mme Duval-Arnould, conseiller doyen de chambre, Mme Auroy, conseiller doyen de section, M. Vigneau, Mme Teiller, M. Avel, conseillers, Mme Mouty-Tardieu, M. Vitse, conseillers référendaires, Mme Caron-Déglise, avocat général, et Mme Berthomier, greffier de chambre,

la première chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 421-4-1 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 septembre 2018), la société Commissions Import Export (Commisimpex), en exécution des deux sentences arbitrales rendues les 3 décembre

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

2000 et 21 janvier 2013, condamnant la République du Congo à lui payer diverses sommes, a fait pratiquer, le 19 octobre 2016, entre les mains d'une banque, une saisie-attribution de différents comptes ouverts en ses livres au nom de la mission diplomatique de cet Etat à Paris. Celui-ci, opposant son immunité souveraine d'exécution, a contesté la validité de ces mesures, en l'absence de renonciation expresse et spéciale, et en a demandé la mainlevée.

Examen des moyens

Sur le moyen d'annulation et le deuxième moyen de cassation, ci-après annexés

2. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur les premier et troisième moyens de cassation, réunis

Enoncé du moyen

3. Par son premier moyen, la société Commisimpex fait grief à l'arrêt d'ordonner la mainlevée de la saisie-attribution en ce qu'elle a porté sur les comptes « Ambassade du Congo OGES », « Ambassade du Congo », « Ambassade du Congo », « Paierie Pres Ambassade du Congo France », « Ambassade du Congo-cellule communication », « Del Congo Brazzaville », alors :

« 1°/ que le juge doit préciser le fondement juridique de sa décision ; qu'en se bornant à affirmer qu'il « est de principe que les comptes bancaires ouverts par une ambassade sont présumés affectés à l'exercice de la mission diplomatique de celle-ci », pour en déduire que la charge de la preuve de ce que les comptes bancaires en cause n'étaient pas affectées à des fins diplomatiques pèse sur la société Commisimpex, sans préciser le fondement juridique de sa décision sur ce point, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'a pas satisfait aux exigences de l'article 12 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en toute hypothèse, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ; que s'il existe une présomption d'affectation à l'exercice des missions diplomatiques des fonds qui sont déposés sur des comptes bancaires diplomatiques, cette présomption ne vaut que pour les comptes ouverts par l'Etat étranger pour les besoins de ses missions diplomatiques ; qu'en statuant comme elle l'a fait, motif pris que « l'intitulé des comptes saisis, tels que rapporté ci-dessus, à l'exception des comptes intitulés « Caisse Congolaise d'amortissement » et « Equatorial Congo Airlines-Ecair » permet de présumer leur affectation à l'accomplissement des fonctions des missions diplomatiques de la République du Congo et la société Commisimpex n'apporte pas la preuve contraire, dont la charge lui incombe », alors qu'il appartenait à la République du Congo de prouver que les comptes avaient été ouverts pour l'exercice de ses missions diplomatiques pour que les fonds déposés puissent bénéficier de la présomption d'affectation à l'exercice de ses missions, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation de l'article 1315 du code civil ;

3°/ qu'en toute hypothèse, le principe de l'égalité des armes, qui participe du droit au procès équitable tel qu'il est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, suppose que chaque partie soit astreinte à des obligations processuelles, notamment en termes de preuve, qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ; qu'en l'espèce, la preuve que des comptes bancaires ne sont pas affectés à l'exercice de la mission diplomatique est impossible à rapporter par le créancier saisissant dès lors que les données pertinentes nécessaires à cette preuve ne peuvent être détenues que par l'établissement bancaire qui tient les comptes, lequel peut opposer le secret bancaire, ou par le débiteur lui-même ; qu'en statuant comme elle l'a fait, motif pris que « l'intitulé des comptes saisis, tels que rapporté ci-dessus, à l'exception des comptes intitulés « Caisse congolaise d'amortissement » et « Equatorial Congo Airlines-Ecair » permet de présumer leur affectation à l'accomplissement des fonctions des missions diplomatiques de la République du Congo et la société Commisimpex n'apporte pas la preuve contraire, dont la charge lui incombe », alors qu'une telle preuve est impossible à rapporter pour la société Commisimpex et que la preuve inverse est extrêmement aisée pour la République du Congo, la cour d'appel a violé l'article 6,

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

§ 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en tant qu'il garantit le principe de l'égalité des armes. »

4. Par son troisième moyen, la société Commisimpex fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1°/ que la référence à une décision rendue dans un litige différent de celui soumis à une juridiction ne saurait, en toute hypothèse, servir de fondement à la décision de cette dernière ; qu'en statuant comme elle l'a fait, au motif que « contrairement à ce que soutient la société Commisimpex, la jurisprudence (1ère Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, 1ère Civ., 28 mars 2013, pourvois n° 10-25.093 et n° 11-10.450), antérieure à l'adoption de la loi Sapin 2, laquelle est inapplicable au présent litige, mais confortée par celle-ci, subordonnait la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution sur ses biens diplomatiques à la double condition qu'elle soit expresse et spéciale », la cour d'appel a violé l'article 5 du code civil, ensemble l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que le juge doit préciser le fondement juridique de sa décision ; qu'en statuant comme elle l'a fait, motif pris que « la validité de la renonciation par un Etat étranger à son immunité d'exécution sur ses biens diplomatiques à la double condition qu'elle soit expresse et spéciale », sans préciser le fondement juridique de sa décision sur ce point, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, n'a pas satisfait aux exigences de l'article 12 du code de procédure civile ;

3°/ que l'exigence d'une renonciation spéciale à l'immunité diplomatique d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques a été posée pour la première fois par la Cour de cassation le 28 septembre 2011, et ne peut s'appliquer à des clauses de renonciation à immunité conclues antérieurement ; qu'en imposant une renonciation spéciale à l'immunité d'exécution de la mission diplomatique de la République du Congo, la République du Congo ayant consenti la clause de renonciation à son immunité en 1993, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que l'exigence d'une renonciation spéciale à l'immunité diplomatique d'exécution des comptes bancaires des missions diplomatiques a été posée pour la première fois par la Cour de cassation par un arrêt rendu le 28 septembre 2011, la solution ayant ensuite été réitérée le 28 mars 2013, avant d'être abandonnée le 13 mai 2015, pour être reprise par une loi du 9 décembre 2016 entrée en vigueur le 11 décembre 2016 et applicable aux voies d'exécution postérieures, puis par arrêt du 10 janvier 2018 ; qu'en imposant une renonciation spéciale à l'immunité d'exécution de la mission diplomatique de la République du Congo, pour juger de la validité de saisies pratiquées le 19 octobre 2016, alors qu'à cette date, l'état du droit positif n'imposait pas une renonciation spéciale, la cour d'appel a violé l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

5. Selon le droit international coutumier, les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire, d'une immunité d'exécution à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale (1ère Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, Bull. 2011, I, n° 153 ; 1ère Civ., 28 mars 2013, pourvois n° 10-25.938, n° 11-10.450 et n° 11-13.323, Bull. 2013, I, n° 62 à 64 ; 1ère Civ., 10 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.494, Bull. 2018, I, n° 2). Cette immunité s'étend, notamment, aux fonds déposés sur les comptes bancaires des missions diplomatiques, lesquels sont présumés être affectés aux besoins de la mission de souveraineté de l'Etat accréditaire.

6. Cette présomption, justifiée par la nécessité de préserver cette mission à l'exercice de laquelle participent les représentations diplomatiques, cède devant la preuve contraire qui, pouvant être rapportée par tous moyens, n'est pas rendue impossible aux créanciers.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

7. Ayant retenu, d'abord, que l'intitulé des comptes bancaires saisis, à l'exception de deux d'entre eux, confortait la présomption d'affectation des fonds les créditant à l'exercice de la mission diplomatique de la représentation du Congo en France, ensuite, que la société Commisimpex n'apportait pas d'éléments de preuve contraire, enfin, qu'il n'était pas discuté que la République du Congo n'avait pas renoncé de façon expresse et spéciale à son immunité d'exécution sur ses biens diplomatiques, la cour d'appel, qui a fait application des règles du droit positif en se plaçant, comme elle le devait, à la date à laquelle elle statuait, sans inverser la charge de la preuve ni méconnaître le principe de l'égalité des armes, en a exactement déduit que la mainlevée de la saisie devait être ordonnée.

8. Elle n'a pas, ainsi, porté atteinte à la sécurité juridique, laquelle ne peut faire obstacle à l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, dès lors que la société Commisimpex n'a pas été privée du droit à l'accès au juge.

9. Les moyens ne sont donc pas fondés.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi »

Alors que de récentes décisions avaient déjà amené la Cour de cassation à se pencher sur le statut devant être reconnu par les juges français aux dirigeants ou agents étatiques étrangers (voir : Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-80.511, cette *Revue*, 2021, p. 177, avec notre note ; Cass. Crim., 2 septembre 2020, n° 18-84682, cette *Revue*, 2020, p. 713, avec notre note), le droit international des immunités a continué d'occuper une place non négligeable dans la jurisprudence française du début de l'année 2021 en ce qui concerne cette fois les immunités des Etats étrangers, qu'il s'agisse de l'immunité de juridiction (v. Cass. 1ère civ., 3 mars 2021, n° 19-22855, cette *Chronique*, ci-après), ou de l'immunité d'exécution comme dans le présent arrêt. Les faits à l'origine du cas d'espèce sont du reste bien connus, l'arrêt commenté ajoutant une nouvelle décision à la « saga judiciaire » qui oppose depuis plusieurs années la société Commisimpex à la République du Congo (voir ainsi, dans le cadre de cette chronique : Cass. 1ère civ., 13 mai 2015, *Société Commissions Import Export (Commisimpex) c. République du Congo*, n° 13-17751, cette *Revue*, 2015, p. 657, avec notre note ; Cass. 1ère civ., 10 janvier 2018, *République du Congo c. Société Commissions Import Export (Commisimpex)*, n° 16-22494, cette *Revue*, 2018, p. 513, note J. CAZALA ; CA Paris, pôle 4, chambre 8, 3 mai 2018, *République du Congo c. Société Commissions Import Export (Commisimpex) et Sas EDF Africa Services*, RG n° 17/09302 et CA Paris, pôle 1, chambre 5, 9 mai 2018, *République du Congo c. Société Commissions Import Export (Commisimpex) et SAS Caroil*, RG n° 17/12591, cette *Revue*, 2018, p. 770 note J. CAZALA). Pour mémoire, depuis que deux sentences arbitrales rendues en 2000 et en 2013 sous les auspices de la Chambre de commerce internationale ont condamné la République du Congo à indemniser la société Commisimpex pour divers manquements contractuels, cette dernière cherche à obtenir l'exécution forcée de ces sentences. A cette fin, la société se prévaut d'une lettre de 1993 qui accompagnait les contrats conclus avec la République du Congo et par laquelle cet Etat entendait « renonce[r] définitivement et irrévocablement à invoquer dans le cadre du règlement d'un litige en relation avec les engagements objet de la présente toute immunité de juridiction ainsi que toute immunité d'exécution ». On sait que plusieurs arrêts rendus précédemment entre ces parties ont apprécié très diversement la portée de cet engagement et qu'ils ont révélé une grande instabilité de la jurisprudence française relative à l'immunité d'exécution des Etats étrangers, en particulier quant aux conditions posées en matière de renonciation à

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

l'immunité. Sur ce point, la Cour de cassation a en effet commencé par retenir en 2015, au sujet de saisies pratiquées sur des comptes bancaires ouverts en France au nom de la mission diplomatique de la République du Congo à Paris et de sa délégation permanente auprès de l'UNESCO, que « le droit international coutumier n'exige[ait] pas une renonciation autre qu'expresse » (Cass. 1ère civ, 13 mai 2015, pourvoi n° 13-17751 ; cette chronique, cette *Revue*, 2015, p. 657, avec notre note ; *AFDI*, 2015, p. 1017, chron. J. CAZALA, A. MARIE, L. TRIGEAUD ; D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'Etat à son immunité d'exécution », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 1 ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 652, note H. MUIR WATT ; *Gaz. du Palais.*, 2015, n° 248, p. 11, note Cl. BRENNER ; *Rec. Dalloz*, 2015, p. 1936, note S. Bollée ; *JCP G*, 2015, p. 758, note M. LAAZOUZI ; *Rec. Dalloz*, 2015, p. 2033, note L. D'AVOUT ; *Rec. Dalloz*, 2015, p. 2588, obs. Th. CLAY ; *JDI*, 2016, p. 141, note S. EL SAWAH et Ph. LEBOULANGER ; *AJIL*, 2017, p. 453, note E. GLUCKSMANN), opérant par là un premier revirement au regard de sa jurisprudence qui renvoyait auparavant à une double condition de renonciation « expresse et spéciale » (la double condition de renonciation « expresse et spéciale » avait été consacrée en 2011 pour les biens affectés aux besoins des missions diplomatiques (Cass. 1ière civ, 28 septembre 2011, *NML Capital Ltd c. République d'Argentine*, n° 09-72057, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 124, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI*, 2012, p. 668, note G. CUNIBERTI) avant d'être généralisée en 2013 pour tous les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques (Cass. 1ère civ, 28 mars 2013, *Société NML Capital Ltd c. République d'Argentine*, pourvoi n° 10-25938, pourvoi n° 11-10450, et pourvoi n° 11-13323, cette *Revue*, 2013, p. 195, avec les conclusions de l'Avocat général référendaire P. CHEVALIER ; *JDI*, 2013, p. 889, note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 671, note H. MUIR-WATT ; *Rec. Dalloz*, 2013, p. 1728, note D. MARTEL)). Puis, de manière spectaculaire, dans un arrêt rendu le 10 janvier 2018 sur la même affaire, la Cour de cassation est revenue sur ce revirement de jurisprudence pour imposer à nouveau la double condition du caractère exprès et spécial de la renonciation, annulant en conséquence la décision par laquelle la Cour d'appel de renvoi s'était pourtant conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation du 13 mai 2015 qui l'avait saisie (Cass. 1ère civ., 10 janvier 2018, *République du Congo c. Société Commissions Import Export (Commisimpex)*, n° 16-22494, *précité* ; voir également Cass. 1ière civ., 24 janvier 2018, n° 16-16511). Dans l'arrêt daté du 3 février 2021 qui fait l'objet du présent commentaire, était en cause une autre saisie pratiquée en octobre 2016, à la demande de la société Commisimpex, sur différents comptes bancaires ouverts par la mission diplomatique congolaise à Paris. Il pourra être souligné que la Cour de cassation ne décide pas de renverser à cette occasion ce qu'elle venait d'établir dans ses décisions précédentes, ce qui, au regard du contexte jurisprudentiel qui vient d'être rappelé, ne s'avère pas aussi banal que ce qui pourrait sembler. Pour autant, plusieurs points peuvent être relevés à la lecture de cet arrêt.

Fondement juridique de l'arrêt. Tout d'abord, il doit être noté que le présent arrêt est rendu en application du « droit international coutumier », sans qu'aucune référence ne soit opérée à l'égard de la loi du 9 décembre 2016 (dite loi « Sapin II ») qui a introduit trois nouvelles dispositions relatives à l'immunité d'exécution des Etats étrangers dans le Code des procédures civiles d'exécution (art. L. 111-1-1 à L. 111-1-3). Concernant une saisie pratiquée avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'absence de référence à cette dernière ne devrait en principe pas appeler de commentaires particuliers. On sait toutefois que dans son arrêt du 10 janvier 2018, c'est en s'appuyant sur la loi du 9 décembre 2016, alors même que celle-ci n'était pas non plus applicable aux faits de l'espèce, que la Cour

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

de cassation avait justifié de procéder à un nouveau revirement de jurisprudence, au sujet de la renonciation à l'immunité d'exécution, par rapport à l'arrêt qu'elle avait précédemment adopté le 13 mai 2015 sur la même affaire. L'arrêt du 10 janvier 2018 avait ainsi été rendu au visa de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, des règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des Etats, mais aussi des articles « L. 111-1-2 et L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution », cette dernière disposition consacrant dans la législation française la double condition de renonciation « expresse et spéciale » s'agissant des « biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des Etats étrangers ». Cet aspect de l'arrêt du 10 janvier 2018 n'avait pas manqué d'être critiqué. Il avait ainsi pu être relevé au sujet de cette décision que « la loi Sapin II prend une place considérable (…) et rayonne comme rarement une loi inapplicable put le faire », que « la volonté d'application anticipée de la loi ne manque pas de surprendre » et qu'« [e]st particulièrement troublant le fait que les dispositions de la loi, pourtant inapplicables, figurent explicitement au visa de la décision » (note précitée de J. CAZALA, cette *Revue*, 2018, p. 513). On pourra, au regard de ces critiques, considérer qu'en s'abstenant de se référer à l'article L. 111-1-3 au sujet d'une saisie antérieure à l'entrée en vigueur de cette disposition, la Cour de cassation retient dans l'arrêt commenté une solution plus conforme aux principes relatifs à l'application temporelle de la loi. Mais si cet arrêt omet tout renvoi à cette disposition législative, ce n'est peut-être pas seulement par souci d'orthodoxie juridique. Cela s'explique aussi au regard d'une précédente décision rendue quelques mois auparavant par la Cour de cassation sur le même pourvoi. A l'appui de celui-ci, la société Commisimpex avait en effet demandé à la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité rédigée en ces termes : « La portée effective de l'interprétation jurisprudentielle constante conférée par la Cour de cassation à l'article L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution, issu de l'article 59 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *auquel il a été donné une portée rétroactive en l'appliquant à des mesures d'exécution entreprises avant son entrée en vigueur*, sur le fondement d'un contrat antérieur, méconnaît-elle le principe de séparation des pouvoirs, le droit de propriété, le principe de liberté contractuelle et de sécurité juridique, ainsi que le droit d'obtenir l'exécution d'une décision de justice, garantis par les articles 2, 4, 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? » (Cass. 1ère civ., 2 octobre 2019, n° 19-10669, nos soulignés ; *JDI*, 2020, n° 15, note R. BISMUTH). La Cour de cassation a toutefois refusé de renvoyer la QPC au motif que la disposition qui y était critiquée n'était pas applicable au litige, l'article L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution ne s'étant pas vu reconnaître, selon la Cour, une portée rétroactive dans sa jurisprudence. Pour en arriver à une telle conclusion, la Cour de cassation a dû affirmer que ses arrêts de janvier 2018 avaient été rendus sur les « seuls fondements juridiques » de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et des règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution des Etats, et que le visa de l'article L. 111-1-3 « se born[ait] à conforter, dans la situation particulière, l'application » de ces règles internationales (pour une critique de ce raisonnement, voir la note précitée de R. BISMUTH qui y voit une « pirouette », ou encore Ph. THÉRY qui y voit pour sa part un « tour de passe-passe » (*RTDC*, 2019, p. 927)). Au regard de cette réinterprétation de la motivation des arrêts de 2018 et de la place qui occupait la loi Sapin II, on comprend

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

mieux encore pourquoi l'arrêt du 3 février 2021 se trouve expurgé de toute référence à l'article L. 111-1-3 du code des procédures d'exécution, et ne vise plus que le « droit international coutumier ». On pourra en revanche s'interroger sur l'absence de référence à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dont la Cour de cassation faisait pourtant encore mention dans son arrêt du 2 octobre 2019 mais qui disparaît de l'arrêt commenté.

Par ailleurs, en se fondant sur « le droit international coutumier », l'arrêt commenté se démarque de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui faisait l'objet du pourvoi et qui se contentait, de manière quelque peu légère, de se référer à « la jurisprudence » afin de trancher la question de la renonciation à l'immunité d'exécution (CA Paris, Pôle 4 chambre 8, 6 septembre 2018, n° 17/15690). Il avait ainsi pu être relevé que « sauf la référence allusive à cette jurisprudence (…) la cour d'appel ne motive sa décision en matière de renonciation à l'immunité d'exécution sur aucune règle précisément identifiée (norme internationale conventionnelle ou coutumière, disposition législative, etc.), si bien que l'on peut s'interroger sur un éventuel défaut de motivation de cette décision » (R. BISMUTH, note précitée). Le renvoi exprès au droit international coutumier dans l'arrêt de la Cour de cassation semble plus pertinent qu'une simple mention de la jurisprudence. En effet, d'une manière générale, la jurisprudence, quelle que soit l'influence qu'elle exerce dans les faits et sa prise en compte par les juges, ne constitue pas une source formelle du droit. De plus, sur les questions soulevées en l'espèce, on a rappelé que la jurisprudence française s'était montrée pour le moins inconstante, la Cour de cassation enchainant les revirements à l'occasion du contentieux opposant la société Commisimpex et la République du Congo. L'arrêt commenté se garde d'ailleurs de rendre compte de cette instabilité de la jurisprudence antérieure en ne renvoyant qu'aux arrêts de 2011, 2013 et 2018 – qui retenaient comme dans la décision commentée la double condition de renonciation « expresse et spéciale » – et en passant sous silence l'arrêt de 2015 qui en prenait le contrepied (alors que les arrêts de janvier 2018 renvoyait encore à l'arrêt de 2015 en évoquant à son sujet une « doctrine isolée »). Un lecteur de l'arrêt du 3 février 2021 qui aurait manqué de suivre les différents développements qu'a connu la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la renonciation à l'immunité d'exécution lors des dix dernières années pourrait ainsi avoir l'impression que celle-ci a fait preuve de constance et de cohérence. Il faut toutefois rappeler que si la présente décision se fonde à nouveau sur le droit international coutumier, le contenu de celui-ci a été interprété de manière contradictoire dans les divers arrêts précités (sur ce point, voir la note précitée sous l'arrêt de 2015, cette *Revue*).

Preuve de l'affectation des comptes bancaires. Devant la Cour d'appel, les parties débattaient sur les obligations qui leur incombaient en matière de preuve afin d'établir si les comptes bancaires ouverts par une mission diplomatique bénéficient de l'immunité d'exécution. Pour la société Commisimpex, il revenait à la République du Congo de rapporter la preuve de la réalité de l'affectation de ces comptes bancaires aux besoins de sa mission diplomatique. Pour la République du Congo, en revanche, c'est à la société Commisimpex qu'il incombait d'apporter la preuve que les comptes n'étaient pas affectés à de tels besoins. Sur ce point, la Cour d'appel comme la Cour de cassation retiennent une présomption favorable à l'Etat étranger. Les fonds déposés sur les comptes bancaires ouverts par une ambassade sont présumés affectés à l'exercice des fonctions de la mission diplomatique, lesquelles sont considérées comme étant d'utilité publique et comme

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

correspondant à une activité souveraine (le seul intitulé des comptes pouvant, au demeurant, conforter une telle présomption). Cette solution pourrait trouver appui dans la Convention des Nations Unies de 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Car celle-ci pose l'immunité d'exécution comme étant de principe pour les biens étatiques, sauf exception s'« [i]l a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales » (article 19 alinéa c)), et ajoute que « ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c de l'article 19 : a) Les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique de l'Etat ou de ses postes consulaires » (article 21). Il n'en reste pas moins que cela fait peser sur les créanciers des Etats étrangers une preuve difficile à rapporter. En effet, il s'avère en pratique malaisé de prouver, pour une personne privée, l'utilisation qui sera faite des fonds déposés par un Etat sur un compte en banque. Il a ainsi déjà été invoqué devant la Cour de cassation que « par hypothèse, les valeurs saisies sur un compte bancaire courant correspondent à des fonds qui n'ont pas été dépensés par l'Etat étranger » et que l'on peut dès lors se demander « [c]omment prouver à l'avance qu'ils sont affectés à une activité souveraine/diplomatique ou au contraire à une activité relevant du droit privé alors qu'une telle affectation est du seul ressort de l'Etat étranger au moment où il engage la dépense ? » (Cass. 1ère civ., 28 septembre 2011, *NML Capital Ltd c. République d'Argentine*, *précité*, première branche du second moyen de cassation). Pour autant, la Cour de cassation énonce dans la présente décision que cette présomption d'affectation aux besoins de la mission de souveraineté de l'Etat qui s'applique aux fonds déposés sur les comptes bancaires des ambassades « cède devant la preuve contraire qui, pouvant être rapportée par tous moyens, n'est pas rendue impossible aux créanciers ». Les arguments invoqués par la société Commisimpex au titre du principe de l'égalité des armes tel que garanti par l'article 6 CEDH se trouvent ainsi écartés. La Cour de cassation confirme ici une solution qui ressortait déjà de sa jurisprudence (Cass. 1ère civ., 28 septembre 2011, *précité* : « attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient exactement, d'abord, que les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique, puis, que les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique de sorte qu'il appartient au créancier qui entend les saisir de rapporter la preuve que ces biens seraient utilisés pour une activité privée ou commerciale » ; voir également Cass. 1ière civ., 10 janvier 2018, *précité*). Mais la critique du caractère excessif de la charge pesant en matière de preuve sur les créanciers des Etats étrangers pourra encore être amenée à prospérer au sujet de procédures d'exécution forcée poursuivies après l'entrée en vigueur des articles L. 111-1-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution. Les difficultés rencontrées par les créanciers des Etats étrangers se trouvent en effet renforcées, depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II, par la procédure d'autorisation judiciaire préalable désormais mise en place pour les mesures de contraintes visant des biens étatiques étrangers. La compatibilité de ce dispositif avec le droit d'accès à un tribunal, entendu comme englobant le droit d'obtenir l'exécution des décisions de justice, se trouve questionnée (B. TRANCHANT, « L'immunité étatique et l'exécution en France des sentences arbitrales internationales, Observations suite à l'entrée en vigueur de la loi « Sapin 2 » », cette *Revue*, 2017, p. 837). Si le Conseil constitutionnel n'a pas jugé que ces contraintes emportaient violation des

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

droits et libertés constitutionnellement garantis (CC, 8 décembre 2016, décision n° 2016-741 DC, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, spéc. §§ 69 et 72 ; cette *Revue*, 2017, p. 523 avec notre note), leur licéité du point de vue de l'article 6 CEDH sera certainement examinée à l'avenir (si la Cour EDH n'a pas encore tranché la question, on peut d'ores-et-déjà se référer à la réponse apportée par le juge belge (Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 48/2017 du 27 avril 2017, *Recours en annulation de la loi du 23 août 2015 « insérant dans le Code judiciaire un article 1412 quinquies régissant la saisie de biens appartenant à une puissance étrangère ou à une organisation supranationale ou internationale de droit public » introduits par la société de droit des Iles Caïmans « NML Capital Ltd » et par la société de droit de l'Ile de Man « Yukos Universal Limited »*) ou, *mutatis mutandis*, à la solution retenue par la Cour de cassation française au sujet du dispositif spécifique mis en place par l'article L. 153-1 du code monétaire et financier au sujet des biens des banques centrales étrangères (Cass. 2ème civ., 11 janvier 2018, n° 16-10661)).

Renonciation à l'immunité d'exécution. Le contentieux opposant la société Commisimpex à la République du Congo avait donné lieu à deux revirements de jurisprudence successifs sur la question. Dans l'arrêt commenté, par une motivation certes partiellement différente, la Cour de cassation confirme cette fois la solution retenue dans ses arrêts les plus récents de janvier 2018 : « les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire, d'une immunité d'exécution à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale ». A nouveau, on pourra ainsi relever qu'au sujet d'une saisie antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Sapin II, la Cour de cassation fait application de la double condition de renonciation « expresse et spéciale » désormais consacrée explicitement à l'article L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution (« Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des Etats étrangers (…) qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des Etats concernés). D'aucuns pourront donc encore considérer que même s'il n'est pas visé explicitement, « l'article L. 111-1-3, formellement inapplicable, n'en a pas moins été substantiellement appliqué » (v. la note de Ph. TÉRY précitée). En l'espèce, cette double condition a toutefois pour conséquence d'empêcher la saisie des comptes bancaires sollicitée par la société Commisimpex, quand bien même celle-ci pouvait se prévaloir d'un engagement écrit par lequel la République du Congo renonçait de manière univoque à « toute immunité de juridiction ainsi que toute immunité d'exécution ». La licéité d'une telle solution au regard du droit au juge garanti notamment par l'article 6 CEDH pose également question (voir « L'immunité étatique et l'exécution en France des sentences arbitrales internationales, Observations suite à l'entrée en vigueur de la loi « Sapin 2 » », *précité*). Celle-ci finira surement par être soumise à la Cour EDH. Reste à savoir si ce sera par la société Commisimpex. Si, après avoir épuisé les voies offertes en droit français afin d'obtenir l'exécution des sentences arbitrales, ses tentatives s'avéraient vaines, la société pourrait en effet être tentée de se présenter devant le juge européen afin de faire valoir son droit à obtenir l'exécution des décisions de justice lui reconnaissant un droit à indemnisation.

BAPTISTE TRANCHANT

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Cass. 1ère civ., 3 mars 2021, n° 19-22855, publié au *Bulletin*

[Immunité de l'Etat — Immunité de juridiction — Immunité restreinte — Souveraineté de l'Etat — Service public — Service public de l'éducation — Droit d'accès à un tribunal — Article 6 CEDH — Déni de justice — Recours alternatifs / *State Immunity — Jurisdictionnal Immunity — Restricted Immunity — State Sovereignety — Public Education System — Right of Access to a Court — Article 6 ECHR — Denial of Justice — Alternative Remedies*]

« M. H... S... dit S... N... , domicilié [...]), a formé le pourvoi n° K 19-22.855 contre l'arrêt rendu le 28 mai 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 1,chambre 1), dans le litige l'opposant :

1°/ à l'université [...], dont le siège est [...]),

2°/ à Abou Dhabi Education Council (ADEC), dont le siège est [...]),

3°/ au ministère des affaires présidentielles des Emirats Arabes Unis, pris en la personne du ministre des affaires présidentielles, ambassade des Emirats Arabes Unis en France, dont le siège est [...],

4°/ à M. F... B... U... J... , domicilié [...],

défendeurs à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Fulchiron, conseiller, les observations de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de M. S... dit S... N... , de la SCP Piwnica et Molinié, avocat du ministère des affaires présidentielles des Emirats Arabes Unis, et l'avis de Mme Caron-Déglise, avocat général, après débats en l'audience publique du 12 janvier 2021 où étaient présents Mme Batut, président, M. Fulchiron, conseiller rapporteur, Mme Auroy, conseiller doyen, Mme Antoine, M. Vigneau, Mmes Bozzi, Poinseaux, Mme Dard, conseillers, Mmes Mouty-Tardieu, Gargoullaud, Azar, M. Buat-Ménard, Mme Feydeau-Thieffry, conseillers référendaires, Mme Caron-Déglise, avocat général, et Mme Berthomier, greffier de chambre,

la première chambre civile de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Désistement partiel

1. Il est donné acte à M. S... du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre Abou Dhabi Education Council (ADEC), l'[...] (UPSAD) et M. F... B... U... J....

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 mai 2019), rendu sur renvoi après cassation (1re Civ., 12 juillet 2017, pourvois n° 15-29.334, 15-29.335, Bull. 2017, I, n° 171), M. S... a assigné le ministère des affaires présidentielles des Emirats Arabes Unis (le ministère) en paiement de la rémunération qui lui serait due pour les services accomplis en vue de l'implantation aux Emirats Arabes Unis d'un établissement d'enseignement supérieur en partenariat avec l'université Paris-Sorbonne. Le ministère lui a opposé, en sa qualité d'émanation de l'[...], son immunité de juridiction.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

3. M. S... fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les demandes dirigées contre le ministère, alors :

« 1°/ que les Etats étrangers ne bénéficient de l'immunité de juridiction que lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion ; que dès lors que le droit d'un Etat autorise un système d'initiative privée en matière d'éducation universitaire, la création et

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

le fonctionnement d'un établissement d'enseignement qui n'est pas doté de prérogatives de souveraineté ou de puissance publique, ne relèvent pas, pour cet Etat, de l'exercice de la souveraineté, mais relèvent d'actes de gestion ; que pour faire application de l'immunité de juridiction, la cour d'appel a considéré que le mandat confié à M. S... N... portait sur des actes accomplis dans l'intérêt du service public de l'éducation des Emirats Arabes Unis, s'agissant de la création d'une université appartenant entièrement à l'Emirat d'Abou Dhabi ; que la cour n'a pas recherché comme il lui était demandé, si en vertu de l'article 18 de la Constitution émirienne, la création et le fonctionnement d'universités étaient susceptibles de relever de l'initiative privée et n'a pas caractérisé en quoi cet établissement, financé matériellement par les EAU mais relevant directement de l'[...] exclusivement en charge de la mission éducative et de la délivrance des diplômes français, aurait relevé de l'exercice de prérogatives de puissance publique des EAU ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers et de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que l'appréciation de l'acte à l'occasion duquel l'Etat étranger se prévaut d'une immunité de juridiction doit s'effectuer au jour de cet acte ; que pour juger que le mandat confié à M. S... N... portait sur des actes accomplis dans l'intérêt du service public de l'éducation des Emirats arabes unis, s'agissant de la création d'une université publique, la cour d'appel a considéré que l'UPSAD était gratuite pour les étudiants émiratis et relevait du service public de l'éducation ; qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de M. S... N... qui faisaient valoir qu'au jour du mandat qui lui avait été confié, l'Université dont la création était envisagée n'était pas gratuite, et que ce n'est que par la suite, par des décisions ultérieures des EAU, que la gratuité a été décidé, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en toute hypothèse, les Etats étrangers ne peuvent bénéficier de l'immunité de juridiction pour des actes relevant de la souveraineté d'un autre Etat ; que M. S... N... faisait valoir que l'UPSAD était une antenne de l'[...], qui exerçait seule une mission éducative, qu'elle était dirigée par le président de l'[...] et que les diplômes remis étaient des diplômes exclusivement français, et non émiriens ; qu'en jugeant néanmoins que les opérations confiées à M. S... N... visaient à créer un établissement d'enseignement supérieur au moyen d'un partenariat international et participaient ainsi à l'accomplissement d'un acte dans l'intérêt du service public de l'éducation, sans rechercher si la mission éducative était confiée à la seule [...], ce dont il résultait que la souveraineté de l'Etat des Emirats arabes unis n'était pas en cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers et de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ qu'un Etat étranger ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure découlant d'une transaction commerciale conclue avec une personne privée ; que le contrat de mandat conclu entre M. S... N... et les [...] prévoyant l'exécution de prestations d'entremise ayant impliqué des actions de lobbying ou de relations publiques constituait une transaction commerciale et ne participait par sa nature, dans aucune de ses composantes, à l'exercice de la souveraineté de l'Etat ; qu'en faisant néanmoins application de l'immunité de juridiction à l'occasion d'un différend né de l'exécution de ce contrat, la cour d'appel a violé les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers et l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

4. Selon les principes de droit international coutumier, les Etats étrangers bénéficient d'une immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion.

5. L'arrêt relève, d'abord, que selon les articles 120 et 121 de la Constitution de l'Etat fédéral des Emirats Arabes Unis modifiée en 1996, le domaine de l'éducation est assigné aux

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

autorités fédérales au même titre que les affaires étrangères, la défense, la monnaie, les questions de nationalité, d'immigration ou de santé publique.

6. Il constate, ensuite, que selon ses propres affirmations, M. S... a reçu mandat de cet Etat et de ses émanations d'œuvrer auprès des autorités françaises pour la réalisation d'un projet d'implantation à Abou Dhabi d'une antenne de l'université La Sorbonne, ce qui a donné lieu à la conclusion de la lettre d'intention du 17 juillet 2005 signée par le ministère des Affaires présidentielles et permis l'accord final du 19 février 2016 signé par le ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique portant création de l'UPSAD.

7. Il retient, enfin, que l'UPSAD a été créée sous la forme d'un établissement public administratif de droit émirien par la loi n° 14 de 2006, promulguée le 26 mai 2006, qu'il ressort de l'attestation du département des finances d'Abou Dhabi qu'il s'agit d'une université à but non lucratif appartenant entièrement à l'Emirat d'Abou Dhabi (département de l'éducation et de la connaissance), l'Etat fédéral ayant délégué à cet émirat la mise en œuvre des accords des 17 juillet 2005 et 19 février 2006 au titre de la décentralisation de ce service public, que les ressources de son budget annuel sont principalement constituées des dotations annuelles qui lui sont attribuées à partir du budget du même émirat sur recommandation du département de l'éducation et de la connaissance, lequel a pour mission d'atteindre les objectifs de développement national de l'éducation conformément aux meilleures normes internationales, que ses modalités de fonctionnement sont elles-mêmes étroitement dépendantes des décisions du gouvernement de l'Emirat d'Abu Dhabi, que ses infrastructures sont la propriété du ministère de l'enseignement supérieur et que, si les frais d'inscription sont gratuits pour les étudiants émiratis conformément à l'article 17 de la Constitution, un système de bourses est prévu à l'article 5.3 de l'accord final du 19 février 2006.

8. De ces constatations et énonciations, dont il résulte que la mission d'intermédiation et d'influence confiée à M. S..., en ce qu'elle visait à créer un établissement d'enseignement supérieur au moyen d'un partenariat international, participait par sa finalité à l'accomplissement d'un acte dans l'intérêt du service public de l'éducation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a exactement déduit que le ministère des affaires présidentielles, qui avait agi dans l'exercice de la souveraineté de l'[...], était fondé à opposer son immunité.

9. Le moyen ne peut donc être accueilli.

Sur le second moyen

Enoncé du moyen

10. M. S... fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1°/ qu'un Etat étranger n'est pas fondé à bénéficier de l'immunité de juridiction à l'encontre d'une partie qui ne dispose pas, pour le règlement du litige l'opposant à cet Etat et devant les juridictions de ce dernier, d'un recours de nature juridictionnelle comportant des garanties d'indépendance et d'impartialité et d'équité ; que ce recours doit être instruit et jugé par un tribunal indépendant ; que M. S... N... faisait valoir que le principe de séparation des pouvoirs n'était pas garanti par la Constitution des Emirats arabes unis, que le système judiciaire était sous le contrôle de l'exécutif et que le président et les juges de la Cour suprême fédérale étaient nommés par décret présidentiel après approbation du cabinet et ratification du Conseil suprême de la Confédération et que les autres juges fédéraux étaient nommés par décret présidentiel sur proposition du ministre de la Justice ; qu'en ne recherchant pas si les juridictions émiriennes présentaient la garantie d'indépendance nécessaire à l'exercice d'un recours effectif de M. S... N... , ce qui n'était pas le cas, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers et de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ qu'un Etat étranger n'est pas fondé à bénéficier de l'immunité de juridiction à l'encontre d'une partie qui ne dispose pas, pour le règlement du litige l'opposant à cet Etat et devant les juridictions de ce dernier, d'un recours de nature juridictionnelle comportant des

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

garanties d'impartialité et d'équité ; que ce recours doit être instruit et jugé par un tribunal impartial ; que M. S... N... faisait valoir que le rapporteur spécial des Nations Unies avait relevé que des informations faisaient état de partialité des juges émiriens à l'égard des non-ressortissants ; que M. S... N... soulignait qu'il avait été personnellement accusé de « great offence » envers l'Etat émirien du seul fait d'avoir adressé à ce dernier sa facture d'honoraires ; qu'en ne recherchant pas s'il existait, dans ces circonstances, un doute légitime sur l'impartialité des juridictions émiriennes rendant illusoire et inutile tout recours devant celles-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers et de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

11. Le droit d'accès au juge, garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'est pas atteint dans son effectivité par l'immunité de juridiction dont bénéficie un Etat étranger dès lors que la partie demanderesse ne se voit pas interdire de porter son action devant les juridictions de l'Etat défendeur et que le manque d'indépendance et d'impartialité de ces dernières ne peut être présumé a priori.

12. Après avoir énoncé qu'il n'est fait exception au principe de l'immunité de juridiction que lorsqu'une organisation internationale n'offre aucune voie raisonnable de recours interne ou lorsque la législation d'un Etat soustrait à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonère de toute responsabilité des catégories de personnes, l'arrêt relève que M. S... ne rapporte pas la preuve que de tels obstacles lui seraient opposés à l'occasion d'un recours mené devant les juridictions émiraties.

13. Par ce seul motif faisant ressortir que M. S... n'était pas a priori exposé à un risque de déni de justice, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi »

Le présent arrêt vient préciser les modalités d'application de l'immunité de juridiction dont bénéficient les Etats étrangers au sujet d'une affaire qui a déjà occupé la Cour de cassation comme les pages de cette chronique (Cass. 1ère civ., 12 juillet 2017, n° 15-29334 et n° 15-29335, publié au *Bulletin* ; cette *Revue*, 2018, p. 276, note H. RASPAIL). Se trouvaient en cause en l'espèce les activités de lobbying menées par une personne privée au profit des Emirats Arabes Unis afin de favoriser l'implantation d'une université ayant le label de Paris-Sorbonne à Abou Dabi. Considérant qu'il n'avait pas reçu la rémunération qui lui était due, le lobbyiste avait en effet assigné devant les tribunaux français le ministère des affaires présidentielles des Emirats Arabes Unis, lequel s'était prévalu de l'immunité de juridiction garantie par la coutume internationale aux Etats étrangers. Dans un arrêt du 30 octobre 2015, la Cour d'appel de Paris avait toutefois accepté d'écarter l'immunité de juridiction, aux motifs que « la participation [du requérant] à un contrat de lobbying tendant à favoriser l'implantation d'une université privée à Abou Dabi avec le label de Paris-Sorbonne » ne pouvait s'analyser ni comme une activité de puissance publique ou un exercice de la souveraineté de l'Etat, ni comme un acte accompli dans l'intérêt du service public de l'éducation. Statuant au fond, elle avait alors condamné le défendeur à payer au lobbyiste 2 000 000 d'euros au titre de ses honoraires plus des dommages et intérêts au titre du préjudice moral. Mais cet arrêt avait été censuré par la Cour de cassation qui avait considéré que le juge d'appel avait écarté l'immunité de l'Etat émirati par des motifs impropres (Cass. 1ère civ., 12 juillet 2017, précité). L'affaire avait

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

dès lors été renvoyée devant les juges du fond. Invitée à examiner à nouveau l'application de l'immunité de juridiction à la situation d'espèce, la Cour d'appel de Paris décida cette fois de reconnaitre l'immunité au bénéfice des Emirats Arabes Unis (CA Paris, Pôle 01 ch. 01, 28 mai 2019, n° 17/22743). Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation valide une telle solution. Se trouvent ainsi confirmées les précisions qui ressortaient déjà de l'arrêt de cassation du 12 juillet 2017 quant à l'appréciation *in concreto* du champ d'application de l'immunité de juridiction des Etats étrangers. Ce nouvel arrêt de la Cour de cassation pourrait toutefois soulever des interrogations quant au point de savoir s'il convient de prendre en compte l'existence de recours alternatifs au moment d'accorder le bénéfice de l'immunité de juridiction aux Etats étrangers.

L'appréciation concrète du champ d'application de l'immunité de juridiction de l'Etat étranger. Sans surprise, l'arrêt du 3 mars 2021 fait application du principe de l'immunité restreinte. Par une formule déjà consacrée dans la jurisprudence française, la Cour de cassation commence en effet par relever que « [s]elon les principes de droit international coutumier, les Etats étrangers bénéficient d'une immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est donc pas un acte de gestion » (arrêt commenté, § 4 ; voir également : Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, *Dame Soliman c. Ecole saoudienne de Paris et Royaume d'Arabie saoudite*, n° 00-45629 ; cette *Revue*, 2003, p. 1007, note I. PINGEL). Il pourra ici être noté que l'arrêt commenté est rendu au visa des « principes de droit international coutumier » sans aucune référence à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, alors qu'un des arguments invoqués à l'appui du pourvoi renvoyait en substance à une exception à l'immunité prévue dans cette convention en matière de « transaction commerciale » (l'article 10 de la Convention des Nations Unies exclut en effet de telles transactions du champ de l'immunité de juridiction, la Convention des Nations Unies précisant que la notion de transaction commerciale désigne notamment « [t]out contrat ou transaction de caractère commercial pour la vente de biens ou la prestation de services » et que « [p]our déterminer si un contrat ou une transaction est une "transaction commerciale" (...) il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faudrait aussi prendre en considération son but si les parties au contrat ou à la transaction en sont ainsi convenues, ou si, dans la pratique de l'Etat du for, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction » (article 2)). Certes, on sait que la Convention des Nations Unies, bien que ratifiée par la France, n'est pas encore entrée en vigueur. Pour autant, la Cour de cassation a déjà pu s'y référer en tant qu'elle reflèterait le droit international coutumier (Cass. 1ère civ, 28 mars 2013, *Société NML Capital Ltd c. République d'Argentine*, pourvoi n° 10-25938, pourvoi n° 11-10450, et pourvoi n° 11-13323, cette *Revue*, 2013, p. 195, avec les conclusions de l'Avocat général référendaire P. CHEVALIER). Dans l'arrêt commenté, c'est sans prendre appui sur la Convention des Nations Unies que le juge français applique la coutume internationale relative à l'immunité de juridiction de l'Etat étranger.

En la matière, les principes sont clairement établis. Mais l'appréciation concrète des conditions d'application de l'immunité, qui nécessite de démarquer ce qui relève des actes *de jure imperii* ou des actes *de jure gestionis*, peut soulever des difficultés. C'est précisément sur ce point qu'en la présente procédure la Cour de cassation avait censuré un premier arrêt d'appel à qui il était reproché de s'être fondé sur des motifs impropres au

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

moment de déterminer si les Emirats Arabes Unis pouvaient bénéficier de l'immunité de juridiction dans les circonstances d'espèce (Cass. 1ère civ., 12 juillet 2017, précité). A cet égard il semblait ressortir de l'arrêt de cassation que les juges du fond s'étaient trop concentrés sur la qualification de l'activité de lobbying menée par la personne privée cocontractante de l'Etat. Or, afin de déterminer si l'immunité de juridiction s'appliquait en l'espèce, c'est moins l'activité du cocontractant personne privée (la participation à un contrat de lobbying) que l'activité plus globale menée par l'Etat (l'opération visant à créer une université) qu'il convenait de prendre en compte. Dans sa note sous l'arrêt de cassation de 2017, Hélène Raspail relevait ainsi qu'il était demandé au juge du fond de « prendre en compte l'activité plus globale de l'Etat dans le cadre de laquelle le cocontractant a été amené à agir » (cette *Revue*, précitée). Saisie une nouvelle fois de la question sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris a donc réévalué l'application de l'immunité de juridiction en l'espèce en s'attachant à « rechercher si, par sa nature ou sa finalité, l'opération visant à créer un établissement d'enseignement supérieur au moyen d'un partenariat international » se rattachait à l'exercice de la souveraineté de l'Etat émirati. Le nouvel arrêt d'appel du 28 mai 2019 a répondu positivement à cette question en tenant compte du droit interne des Emirats Arabes Unis – notamment de la Constitution de l'Etat fédéral et de la place qui y est réservé au domaine de l'éducation – et des modalités de création et de fonctionnement de l'« Université de Paris Sorbonne Abou Dabi ». Par voie de conséquence, la mission de lobbying effectuée dans le cadre de ce projet s'est vue elle-même rattachée (par sa finalité) à l'exercice de la souveraineté de l'Etat émirati, de telle sorte que l'immunité de juridiction de ce dernier pouvait être opposée aux procédures ouvertes à son sujet devant les tribunaux français. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation valide cette fois le raisonnement du juge d'appel qui accorde le bénéfice de l'immunité de juridiction : étant donné que « la mission d'intermédiation et d'influence confiée à M. S..., en ce qu'elle visait à créer un établissement d'enseignement supérieur au moyen d'un partenariat international, participait par sa finalité à l'accomplissement d'un acte dans l'intérêt du service public de l'éducation, la cour d'appel (…) a exactement déduit que le ministère des affaires présidentielles, qui avait agi dans l'exercice de la souveraineté [des Emirats Arabes Unis], était fondé à opposer son immunité » (§ 8).

Mais afin de justifier la mise à l'écart de l'immunité, un autre moyen était avancé par le requérant. Celui-ci faisait valoir que l'application de l'immunité de juridiction par les tribunaux français aurait pour conséquence de le priver d'un accès effectif à un juge ou à un tribunal indépendant et impartial. Si l'argument est également écarté, la formulation de l'arrêt commenté sur ce point peut soulever quelques interrogations.

La prise en compte du risque de déni de justice ? Par le second moyen de cassation invoqué à l'appui du pourvoi, il était soutenu devant la Cour de cassation qu'« un Etat étranger n'est pas fondé à bénéficier de l'immunité de juridiction à l'encontre d'une partie qui ne dispose pas, pour le règlement du litige l'opposant à cet Etat et devant les juridictions de ce dernier, d'un recours de nature juridictionnelle comportant des garanties d'indépendance et d'impartialité et d'équité ». En substance, il était donc demandé à la Cour de cassation de conditionner l'octroi de l'immunité de juridiction au bénéfice de l'Etat défendeur à l'existence de recours alternatifs offerts au requérant. Il faut noter que cela reviendrait à appliquer au jeu de l'immunité des Etats une condition qui ne vaut, en l'état actuel de la jurisprudence, qu'en ce qui concerne les immunités des organisations internationales. On sait en effet que pour ces organisations, le juge français refuse

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

désormais de leur reconnaître le bénéfice l'immunité de juridiction dans les situations où un requérant se verrait privé de tout recours et subirait de ce fait un déni de justice (Cass. soc., 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement c. Degboe*, n° 04-41012, cette *Revue*, 2006, p. 217, note N. HAUPAIS ; *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 477, note I. PINGEL ; *JDI*, 2005, comm. 14, p. 1142, note L. CORBION ; voir également : Cass. soc., 13 mai 2014, *Secrétaire général de la communauté du Pacifique c. Blomme*, n° 12-23805, cette *Revue*, 2015, p. 296, note P.-F. LAVAL). Une telle solution, qui ne manque pas de soulever des problèmes d'articulation avec les engagements qui lient la France à l'égard de certaines organisations internationales, répond d'ailleurs à des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'article 6 CEDH (Cour EDH, 18 février 1999, *Waite & Kennedy c. Allemagne*, req. n° 26083/94, spéc. § 68 ; comp. toutefois avec Cour EDH, décision du 27 juin 2013, *Stichting Mothers of Srebrenica* et al. *c. Pays-Bas*, req. n° 65542/12). Mais précisément, la prise en compte de recours alternatifs ne joue actuellement qu'en ce qui concerne les immunités des organisations internationales et non celles reconnues aux Etats. La jurisprudence de la Cour EDH en atteste. De façon générale, lorsque celle-ci apprécie la licéité de l'application des immunités étatiques au regard du droit d'accès à un tribunal, elle considère que les restrictions apportées à ce droit par ces immunités s'avèrent justifiées et proportionnées du point de vue de la CEDH dès lors qu'elles résultent de « principes de droit international généralement reconnus » (Cour EDH, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, req. n° 37112/97 § 36). Et de manière très explicite, dans une affaire qui mettait en cause l'application de l'immunité de juridiction au profit du Burundi par les juridictions suisses, la Cour européenne a énoncé que « la compatibilité de l'octroi de l'immunité de juridiction à un Etat avec l'article 6 § 1 de la Convention ne dépend pas de l'existence d'alternatives raisonnables pour la résolution du litige » (Cour EDH, 5 février 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Suisse*, req. n° 16874/12, spéc. § 64 ; on peut aussi se référer à l'arrêt rendu en l'affaire *Stichting Mothers of Srebrenica* précité dans lequel la Cour EDH atténue pour le moins, même en ce qui concerne les organisations internationales, la condition tenant à l'existence de recours alternatifs, en considérant tout à la fois qu'« en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il n'existait aucune autre voie de cette nature » et qu'« [il] n'en découle cependant pas que, en l'absence d'autre recours, la reconnaissance de l'immunité entraîne *ipso facto* une violation du droit d'accès à un tribunal »). Par ailleurs, il doit être relevé que les règles internationales coutumières relatives aux immunités étatiques ne laissent aucune place à la prise en compte de l'existence de recours alternatifs offerts aux requérants qui se verraient opposer l'immunité d'un Etat étranger. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice le confirme : « [La Cour] ne voit, dans la pratique des Etats dont découle le droit international coutumier, aucun élément permettant d'affirmer que le droit international ferait dépendre le droit d'un Etat à l'immunité de l'existence d'autres voies effectives permettant d'obtenir réparation. Ni le droit interne relatif à ces questions ni la jurisprudence des tribunaux internes qui ont eu à connaître d'exceptions fondées sur l'immunité ne permettent de conclure que le droit à une telle immunité serait subordonné à pareille condition préalable. Les Etats n'ont pas davantage énoncé une telle condition dans la convention européenne ou la convention des Nations Unies » (CIJ, 3 février 2012, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie (Grèce intervenant)*, spéc. §101).

Un tel critère étant explicitement exclu tant par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'interprétation qu'elle retient de l'article 6 CEDH que par la Cour internationale de justice dans l'interprétation qu'elle retient du droit international

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

coutumier, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation écarte clairement, dans son principe même, l'argument qui l'invitait à conditionner le jeu de l'immunité de juridiction d'un Etat étranger à l'existence de recours alternatifs offerts au requérant. Pourtant, même si elle rejette *in casu* le moyen soulevé à cette fin devant elle, les motifs retenus sur ce point dans l'arrêt commenté s'avèrent moins tranchés qu'ils n'auraient pu l'être et laissent place à interprétation. Alors que la jurisprudence précitée de la Cour EDH, très favorable à l'application des immunités étatiques, retient que l'article 6 CEDH ne fait pas obstacle à l'octroi de ces immunités dès lors que la coutume internationale l'exige, la Cour de cassation préfère énoncer que « [l]e droit d'accès au juge, garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'est pas atteint dans son effectivité par l'immunité de juridiction dont bénéficie un Etat étranger *dès lors que la partie demanderesse ne se voit pas interdire de porter son action devant les juridictions de l'Etat défendeur et que le manque d'indépendance et d'impartialité de ces dernières ne peut être présumé a priori* » (§ 11, nos soulignés). Est-ce à dire que, dans l'hypothèse où un requérant se verrait interdire de porter son action devant les juridictions de l'Etat défendeur ou si le manque d'indépendance et d'impartialité de ces juridictions était établi, le droit d'accès à un tribunal commanderait d'écarter le bénéfice de l'immunité de juridiction à l'Etat concerné ? De plus, la Cour de cassation évoque dans sa décision l'hypothèse d'un « risque de déni de justice » – notion qui n'était pas présente dans l'arrêt d'appel attaqué. Elle relève en effet qu'en « faisant ressortir que *[le requérant] n'était pas a priori exposé à un risque de déni de justice*, la cour d'appel (…) a légalement justifié sa décision » (§ 13, nos soulignés). Là encore, une telle formulation interroge. La Cour de cassation souhaite-t-elle laisser entendre qu'elle pourrait éventuellement limiter le jeu de l'immunité de juridiction d'un Etat étranger quand l'application de celle-ci serait susceptible de provoquer un tel « déni de justice » ? Si c'était le cas, le juge français s'écarterait des principes consacrés par la coutume internationale et pourrait, le cas échéant, engager par ses décisions la responsabilité internationale de l'Etat français. De plus, il en viendrait à accorder au droit d'accès à un tribunal une protection supérieure à ce qu'exige la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'immunité internationale (sur ce point, voir la note précitée de P.-F. LAVAL, cette *Revue*, 2015).

En conséquence, l'application de l'immunité de juridiction étant validée par la Cour de cassation, les réclamations que le requérant portait à l'encontre des Emirats Arabes Unis ne seront pas jugées par les tribunaux judiciaires français. Le requérant pourrait alors être tenté de solliciter l'administration et, le cas échéant, de se présenter devant les juridictions administratives afin d'engager la responsabilité de la France pour rupture d'égalité devant les charges publiques. On sait en effet que la jurisprudence administrative admet que l'Etat répare les préjudices occasionnés par l'application de normes internationales en droit français, y compris lorsqu'il s'agit de règles coutumières (CE, sect., 14 octobre 2011, *Om Hashem Saleh*, n° 329788, cette *Revue*, 2012, p. 203, note M. GRANGE). Les conditions posées à l'engagement d'une telle responsabilité sont toutefois particulièrement strictes et rigoureusement interprétées (CE, 6ème et 1ère SSR, 11 décembre 2015, n° 383835, cette *Revue*, 2016, p. 453 avec notre note), ce qui explique le peu de cas dans lesquels des demandes en indemnisation ont pu être favorablement accueillies par le Conseil d'Etat (CE, sect., 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c. Dame Burgat, Sieur Letourneur et Dame Loiseau*, *Lebon*, p. 452 ; CE, sect., 29 décembre 2004, *Almayrac*, précité ; CE, 11 février 2011, *Ismah Susilawati*, n° 325253, cette *Revue*, 2012, p. 196, note

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

M. GRANGE ; CE, 14 octobre 2011, *Om Hashem Saleh*, précité). En l'espèce, l'octroi de l'immunité aux Emirats Arabes Unis devant les tribunaux français étant validé par la Cour de cassation au motif qu'il n'est pas démontré que cela priverait le requérant de tout recours, notamment devant les juridictions émiraties, on peut douter que le juge administratif considère qu'un préjudice certain a été causé du fait de l'application de cette immunité en droit français. Par ailleurs, devant la Cour européenne des droits de l'homme, au regard de la jurisprudence très favorable au jeu des immunités coutumières qui a été rappelée ci-avant, un recours ne présenterait là encore que peu de chance de succès. Ainsi, en ce qui concerne la France, le contentieux opposant le lobbyiste aux Emirats arabes unis pourrait trouver son épilogue avec l'arrêt commenté.

BAPTISTE TRANCHANT

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notes et notules de

Adi HAZARI, Andrew DRZEMCZEWSKI,
Basak ETKIN, Mathilde FRAPPIER,
Cécile GOUBAULT-LARRECQ, Claire MERIC,
Alain PELLET et Evangelia VASALOU

NOTES

ROUCOUNAS (EMMANUEL). – *A Landscape of Contemporary Theories of International Law*, 1 vol. broché de 713 p., 2019, Leiden/Boston (Brill Nijhoff), ISBN : 978 9 004 38535 1 2

Bluffant et indispensable – ce sont les mots qui viennent à l'esprit à la lecture de l'ouvrage d'Emmanuel ROUCOUNAS, qui couronne la riche carrière de professeur et praticien de ce « vétéran du droit international » (expression qu'il applique à John H. JACKSON – p. 443 – mais qui le décrit si bien).

Il s'agit d'une vaste fresque – ou plutôt de trois, voire quatre – présentant les théories du droit international vues sous plusieurs angles différents, en suivant un plan en entonnoir :

- d'abord, les « fondamentaux » : considérations générales sur la notion de « théorie » et présentation des principales doctrines qui entendent analyser systématiquement les mécanismes du droit international ;

- ensuite, un tour d'horizon général, qui permet à l'auteur d'analyser les caractéristiques de 32 (oui, *trente-deux*) écoles de pensée qui prétendent offrir une explication globale du fonctionnement du droit international ;

- puis description des différentes approches théoriques contemporaines en ce qui concerne principalement les destinataires du droit international, sa fabrication et son *modus operandi*, dans laquelle le chapitre 28 qui décrit les débats doctrinaux portant sur quatre des controverses contemporaines les plus vives (droits de l'homme, usage de la force, droit international humanitaire et encadrement des relations économiques internationales) tient une place à part,

- pour terminer avec un élargissement de la réflexion à la manière dont ces théories se combinent, s'entrecroisent et évoluent.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

On se demande comment Emmanuel ROUCOUNAS a réussi ce tour de force :

- plus de 500 auteurs (pour une fois, un index des auteurs cités – il couvre 12 pleines pages – n'est pas superflu, même si c'est sans doute prendre le risque de susciter quelques rancœurs...) ;

- impossible de recenser le nombre d'ouvrages (dont, parfois même des thèses non publiées) ou d'articles recensés, mais à raison d'une moyenne de trois références par auteur (fourchette basse), on est clairement au-dessus de 3.000,

- dépouillés dans au moins 7 langues différentes (et les citations ne sont pas de seconde main) ;

- le tout rassemblé autour d'environ 140 thèmes de débats théoriques, résumés sans complication mais sans simplification excessives.

La performance est d'autant plus étourdissante que, comme l'écrit l'auteur, si la littérature pertinente est en général de bonne qualité, « *in the 'race of theory', other writings fill a large number of pages in the innumerable Yearbooks, Reviews, periodicals (...). Cumulative, repetitious (in the* déjà vu *tradition) or fanciful, chatty and diffuse writings create uneasiness. It might be said that* those who publish incessantly may not perish, but the readers do. *And in the rich basket of 'theories', originality is a quality that has to be proven at all times. As a general remark, and besides legitimate incentives, many publications only add to the enormous quantity of intellectual nothingness* » (p. 75; v. aussi p. 684). La multiplication des ouvrages collectifs et des « mélanges », cette plaie de la doctrine contemporaine, aggrave le sentiment d'incohérence et de superficialité.

Dans une telle entreprise, des lacunes sont inévitables ; elles me paraissent cependant fort rares. Je n'en relève que deux, qui m'ont étonné : nulle part n'est mentionné le nom du regretté Charles Leben malgré l'importance de ses écrits et la profondeur de ses vues ; et je regrette aussi en passant le large silence passé sur la très française (et très utile) doctrine des compétences illustrée notamment par Jules BASDEVANT et Charles ROUSSEAU – cité en passant – alors qu'elle eût très logiquement trouvé place dans le chapitre consacré « La question de la juridiction et de la compétence »). Cela dit, étant données l'ampleur de la tâche et la masse impressionnante de la documentation consultée on aurait mauvaise grâce à relever quelques erreurs bénignes – et il faut vraiment les chercher[1] ! – ou à critiquer certains choix : une sélection s'imposait à l'évidence et ne pouvait être que subjective, ce que l'auteur reconnaît de bonne grâce (v. not. p. 77). On ne peut que s'incliner face à la quasi-exhaustivité des théories qu'il a retenues et si, dans l'ensemble, tout le champ est couvert (un peu trop peut-être de *Critical Studies*, qui ne sont pas confinées aux six pages qui leur sont expressément consacrées mais dont les adeptes sont très abondamment cités au fil des pages alors que l'apport – il est vrai inégal – des autres approches nord-américaines est présenté avec plus de discrétion ; une juste part est en revanche reconnue aux internationalistes du Tiers Monde et aux approches tiers-mondistes – TWAIL) dans l'indispensable souci d'écouter les autres voix (« *to listen to other's voices* » - p. 137). Emmanuel ROUCOUNAS rend aussi justice à la richesse de la réflexion contemporaine grecque sur le droit international. Quant à ses propres écrits (qui sont

[1] Par exemple sur l'absence d'utilisation d'experts par la CDI (p. 70), dont, par ailleurs, les rapporteurs spéciaux ne sont pas forcément spécialistes du sujet qui leur est imparti (*ibid.*), Mathias FORTEAU, prénommé Marc (p. 79 ou 452) ; Hervé Kassan pour CASSAN (p. 369) ou, à l'inverse, Péter KOVÁCS, lui nommé Covács (p. 428).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

nombreux sur des sujets divers), notre auteur les cite parfois, mais avec une modeste parcimonie[2].

Il s'agit bien sûr de théorie, mais au sens large – sans qu'une distinction soit clairement faite avec la philosophie du droit, définie comme « *a precondition to every intellectual achievement* », ayant comme double objectif « *to analyze and assess the totality of elements of a system (orderly as well as chaotic), and to seek improvment or even radical change* » (p. 5). En ce sens au moins, la théorie ne peut être dissociée de la pratique, qui est aussi très présente dans l'ouvrage par le biais de la jurisprudence ou des opinions personnelles des juges (v. par exemple, pp. 22-24 ; « *many are the examples of theories that have been inspired by or triangulated with state practice and judl decisions* » - p. 22).

Bien que les chapitres (42 au total) ne suivent pas tous le même modèle, ils sont souvent introduits par de brèves considérations sur le droit interne et/ou des considérations philosophiques ou sociologiques liées au thème du chapitre, qui est traité avec une description étayée par force citations de la théorie en cause et des critiques dont elle est l'objet. Un petit regret : les chapitres ne se concluent pas toujours par une appréciation personnelle de l'auteur sur l'état de la doctrine ainsi décrite alors que ses réflexions, concises et pertinentes, qui se traduisent souvent par un sage mais convaincant balancement circonspect, sont toujours éclairantes et d'un grand intérêt ; sans doute faut-il voir dans cette retenue, trop fréquente, le reflet de la distanciation et de la neutralité (relative) à laquelle il s'astreint.

D'une manière générale, le regard que porte Emmanuel ROUCOUNAS sur les théories qu'il présente est bienveillant. Il juge peu et, lorsqu'il s'y risque, c'est plus souvent pour exprimer de la sympathie ou de l'admiration pour les auteurs mentionnés[3] que pour les critiquer même s'il lui arrive de faire preuve d'agacement, par exemple à propos des diatribes d'Alf Ross contre les théories traditionnelles (p. 164) ou des *New Approaches to International Law* (p. 202) et, d'une manière générale, il manifeste peu de goût pour l'école ou les écoles « critiques » du droit international et pourfend l'obscurité du langage dans laquelle trop d'internationalistes se complaisent. Il s'étonne aussi que des auteurs puissent encore perdre leur temps à prouver que le droit international est du vrai droit et cependant trouver une audience (p. 274) ou souligne les « résultats modestes » du groupe de travail de la CIJ sur la fragmentation du droit international (p. 324). Il peut également relever les contradictions propres à telle ou telle thèse – ainsi de la position de Monique CHEMILLIER-GENDREAU qui affirme dans un même mouvement que le droit international garantit la souveraineté et que celle-ci est un obstacle à l'universalité du droit international (p. 321) – ou manifester sa désapprobation pour telle décision juridictionnelle ou arbitrale (coup de patte à la Commission Badinter accusée de s'être aventurée au-delà du droit positif - p. 484) ou à l'égard d'une disposition conventionnelle (en l'occurrence, l'article 9 du Règlement de La Haye sur la guerre sur terre autorisant l'occupant à prélever des contributions dans le territoire occupé pour les besoins de l'armée ou de l'administration de ce territoire - p. 636) ou d'une construction

[2] De même, E. ROUCOUNAS fait peu état de sa grande expérience pratique – v. cependant, p. 399, une référence à sa participation à la Conférence diplomatique de 1974-1977 sur le droit international humanitaire.

[3] François RIGAUX dont il loue l'« exceptionnelle finesse » (p. 38) ; Charles DE VISSCHER, « *the master* » (p. 94) au même titre que Louis HENKIN (p. 305) ; ou Gilbert Guillaume, dont il souligne « l'expérience inestimable », p. 283.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

doctrinale. Ainsi, par exemple, il désapprouve la doctrine de l'objecteur persistant coupable d'être entachée d'un biais volontariste condamnable (p. 556) et critique le « concept discutable de sujet » de droit, auquel il a beaucoup réfléchi, et lui préfère celui d'« usager » (sur lequel porte son importante contribution aux *Mélanges Reisman*[4]), qui implique que certaines personnes, notamment les individus, peuvent être destinataires de normes internationales et en obtenir le respect devant des juridictions, non pas internationales, mais internes (pp. 427 s., 516 ou 614). Il fait aussi, parfois, part de sa déception face au faible intérêt manifesté par la doctrine « théorisatrice » à l'égard de certains thèmes comme ceux concernant les organisations internationales (p. 614 et 686), les relations entre le droit international et la technologie, les activités spatiales ou le cyberspace (p. 686) ; ce dernier regret au moins serait surement à nuancer aujourd'hui.

Toutefois, en règle générale, le savant auteur s'efforce (avec succès) de prendre de la distance par rapport aux théories qu'il décrit ; bien qu'il l'applique à l'école du relativisme juridique (p. 234), il pourrait faire sienne la formule de PIRANDELLO : « *Right you are (if you think so)* ». Comme il le précise, « *Positions [are] presented in the book without comments, since its purpose was not to take sides in the doctrinal debate on each and every issue* » (p. 685) et d'en appeler à la modestie des juristes qui ont tendance à se bercer d'illusions en ce qui concerne leur influence sur l'évolution de la société internationale (p. 27).

Il y a deux manières de lire ce fascinant ouvrage.

On peut y picorer en fonction des besoins ou des intérêts du moment. Le résultat est garanti : on ne peut pas ne pas y trouver son compte : grâce à une table des matières très fournie et aux index des matières et des auteurs cités, l'internationaliste pressé, chercheur ou praticien, est à peu près sûr d'y trouver de quoi nourrir sa réflexion, et des citations ou des références à inclure dans ses propres travaux ou projets de plaidoiries. Mais il y a un danger : tout cela est tellement clair, tellement commode, le panorama est si complet, que le lecteur pourrait se croire dispensé de se reporter aux sources originales d'autant plus que celles-ci sont abondamment citées (*quoted* en anglais – et pas seulement *cited*). C'est un risque – un peu celui que les mémentos font courir aux manuels ou aux traités. Mais il y a aussi la vision optimiste : la pratique de cet ouvrage utilissime devrait aussi donner envie d'« aller plus loin » et de se reporter directement aux écrits dont le professeur ROUCOUNAS ne peut évidemment que donner un aperçu.

L'autre manière est de le lire de bout en bout – ce que j'ai fait pour rédiger la présente note. C'est une lecture exigeante et qui n'est pas facilitée par ce qui fait en partie le prix de cette somme, qui se traduit parfois par une succession de citations ou de références. Leur regroupement méticuleux et logique (ce qui ne veut pas dire indiscutable[5]) permet néanmoins au lecteur de se faire une idée d'ensemble, guidée avec discrétion – mais non sans adresse – par le maître des lieux, qui partage vraisemblablement avec l'auteur de ces lignes, , même s'il l'exprime avec davantage de retenue, une aspiration un peu désabusée à la moralisation du droit international, une certaine méfiance pour la rigidité doctrinale, pour la « théorie pure », pour la vaine critique, ou pour la recherche souvent stérile de l'originalité (« *New theories have to be tested before being gorified* » - p 143) et la même détestation pour le charabia prétendument savant.

---

[4] E. ROUCOUNAS, « The Users of International Law » *in* M.H. ARSANJANI et as. dirs., *Looking to the Future, Essays in Honor of W. Michael Reisman*, Nijhoff, Leiden, 2011, pp. 217-234.
[5] Ainsi, l'on peut douter que VERDROSS fût normativiste (p. 91).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Un point de divergence cependant : pourquoi ne pas plus nettement opposer « positivisme volontariste » et objectivisme et inclure ce dernier parmi les écoles positivistes (pp. 49, 84-86, 144 ou 152-158) alors que le propre du positivisme est de limiter (abusivement) le droit à ce qui est posé (*positus*) par la volonté de l'Etat ? C'est minimiser les particularités des théories objectivistes, plus comparables sans doute dans leurs prémisses au jus-naturalisme qu'au positivisme (pour une position médiane mais ambigüe, v. pp. 161-162). Au surplus, mettre en avant cette opposition revient à donner au jus-naturalisme une place qu'il n'a sans doute plus dans la doctrine contemporaine (il est vrai que les objectivismes sociologiques, strictement définis, sont également minoritaire dans la vaste palette des théories en cours). Au demeurant, lorsqu'il traite de la question-clé du fondement juridique des obligations internationales (chapitre 19), Emmanuel ROUCOUNAS oppose positivisme volontariste d'une part et objectivisme – à juste titre : tout le reste est littérature.

Les relations qu'entretiennent entre elles les principales théories analysées sont également soulignées et l'auteur, loin de s'enfermer dans les classifications qu'il propose, montre bien qu'elles interagissent, positivement ou négativement, les unes avec les autres. « *Not a single theory lives in solitude. (...) And the strong presence of relativism covers, in some instances instinctively, a considerably extended spectrum of ideas*" (p. 261).

Le livre est aussi un plaidoyer pour une théorie générale du droit international susceptible de structurer l'unité systématique (ou systémique ?) du droit international (p. 288) tout en convenant que, lorsqu'il s'agit de discuter de problèmes concrets, les écrits ne suivent pas forcément les clivages qui opposent les grandes écoles de pensée (p. 423).

Conclusion mitigée. Nous n'en sommes plus à la période de l'entre-deux guerres durant laquelle « *the discipline of international law benefited from the imaginative performances of brilliant lawyers* » (p. 72) et la théorie contemporaine du droit international est guettée par plusieurs dangers : à la croissance exponentielle qui caractérise les écrits qui s'aventurent dans l'analyse théorique, il faut ajouter le risque d' « overdose idéologique » qui fait obstacle à une argumentation lucide (p. 25), la spécialisation excessive des auteurs, insuffisamment familiers des évolutions du droit international général et même des fondamentaux de la théorie du droit, passés ou actuels (pp. 70-71 ou 76) et les changements rapides et souvent difficiles à saisir qui marquent la vie internationale (p. 288).

« *Despite the increasing number of scholars and the expanding array of subjects they attempt to touch upon, the amount of solid theoretical works is more likely decreasing than increasing. (...) Nevertheless, high-level scholarly works do exist and some of them are brilliant, preserving the final image of the present doctrine of international law* » (p. 684).

ALAIN PELLET

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

MOMTAZ (DJAMCHID). – *La hiérarchisation de l'ordre juridique international, cours général de droit international public*, *RCADI*, tome 412, pp. 1 à 252, 2020, Leiden/Boston (Brill/Nijhoff). 978-90-04-44899-5 3

Si l'on admet les propos du Professeur DAUDET, selon lesquels les cours généraux sont le baromètre de l'évolution du droit international, nul ne saurait contester que le passage de l'équivalence à la hiérarchie des normes en droit international en est une, par ailleurs elle-même le fruit d'une évolution encore plus fondamentale qui est l'émergence du communautarisme dans les relations entre Etats. Elle a fait couler beaucoup d'encre, mais ne cesse de produire des effets sur les différents aspects du droit international, d'où la pertinence du sujet choisi, présenté en six chapitres pouvant être regroupés en trois parties. Dans la première (les premier et deuxième chapitres), à travers un prisme structurel et historique, l'auteur explique comment les règles du droit international atteignent à l'impérativité et quels sont les critères de cette évolution et qui est l'autorité compétente pour leur attribuer cette qualité. Dans la deuxième partie (chapitres trois et quatre), avec un regard plutôt substantiel, il se penche sur la question de la compatibilité des règles du droit international avec les normes impératives ; et dans la dernière partie (chapitres cinq et six), il aborde les questions relatives à la violation des normes impératives et les conséquences qui en découlent en matière de responsabilité et d'immunité.

Dans son chapitre introductif, l'auteur présente brièvement l'histoire du passage du droit international de l'équivalence à la hiérarchie des normes, et souligne la défaite de « la prophétie des positivistes selon laquelle le droit international s'opposera, inéluctablement, à toute tentative d'introduction d'une légalité verticale dans le système juridique international » (p. 35). Ce constat n'est pas sans rappeler la « réticence étatique » à l'égard de cette évolution, ce qui amène la CDI, lorsqu'elle aborde le sujet dans le cadre de certains de ses travaux inscrits à son ordre du jour, à s'abstenir, sauf exceptions, de recommander à l'Assemblée générale de prendre les mesures nécessaires pour rendre ses textes contraignants, et à miser sur l'accueil des acteurs internationaux (p. 26 et 34). Sage solution, car si l'on admet, comme l'auteur le soutient, que l'importance d'une norme pour la survie des Etats et la sauvegarde des valeurs fondamentales de l'homme, constitue le critère de l'impérativité, et que la protection de l'individu apparaît comme le terrain privilégié de son épanouissement, le développement progressif en la matière n'aurait que peu de chances de réussir s'il était subordonné à la volonté des Etats. Il en va de même en ce qui a trait à l'extension de l'impérativité aux autres branches du droit international.

Dans la deuxième partie (p. 71-93), l'auteur soutient dans un premier temps que la nullité prévue à l'article 53 commun aux deux Conventions de Vienne sur le droit des traités, doit s'étendre aux actes unilatéraux émis par les Etats ou les organisations internationales dans la mesure où, au même titre que les traités conclus entre les sujets de droit international, ces actes peuvent mettre en danger les intérêts supérieurs de la communauté internationale. Tel peut être, par exemple le cas lorsqu'un Etat renvoie une personne sous sa juridiction ou sous son contrôle vers le territoire d'un Etat où elle risque de subir des châtiments corporels ou lorsqu'il octroie une amnistie générale et inconditionnelle couvrant des individus ayant violé une norme impérative, ou encore lorsqu'il émet une réserve à une convention internationale afin de limiter ou d'exclure son engagement à une norme élevée au rang de l'impérativité. Il en va différemment

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

lorsqu'il s'agit d'une réserve à une déclaration facultative de l'acceptation de la compétence de la CIJ excluant un différend se rapportant à l'interprétation et l'application d'une telle norme. La distinction entre les règles primaires et secondaires du droit international, endossée par la CIJ elle-même, explique cette manière de voir.

Lorsqu'il en vient aux décisions obligatoires des organisations internationales, particulièrement celles du Conseil de sécurité, partant du postulat que les Etats ne peuvent conférer à une organisation internationale le pouvoir dont ils ne sont eux-mêmes pas pourvus, l'auteur conclut à nullité de plein droit d'une résolution contraire au *jus conges*. L'article 103 de la Charte n'y change rien dans la mesure où il établit une hiérarchie institutionnelle et non substantielle (p. 103). Qui aurait alors le pouvoir de le déclarer ? La CIJ, mais incidemment seulement, pour éviter la confrontation entre ces deux organes principaux de l'Organisation (p. 110). Qu'en est-il des juridictions pénales internationales ? L'auteur n'y voit pas de fondement à un tel pouvoir, même en présence de la jurisprudence issue de l'arrêt *Tadić* rendu par le TPIY, et son fameux dictum sur la validité de la Résolution 827 du 25 mai 1993 (p. 112). Et s'agissant enfin de l'examen par les juridictions nationales des mesures d'application des résolutions du Conseil de sécurité, il n'y voit pas de problème aussi longtemps qu'elles ne procèdent pas à l'annulation des résolutions en cause (p. 116). Une conception dualiste du rapport des systèmes pourrait expliquer cette manière de voir. Au fond, le Professeur MOMTAZ ne considère pas les résolutions du CS contenant des sanctions ciblées, attaquées par leurs destinataires pour violation du droit d'accès au juge, comme étant nulles dès lors que ce droit n'est pas encore érigé, à ses yeux, au rang des normes impératives (p. 126). C'est argument bien que conforme à la pratique et la jurisprudence internationale, n'en est pas moins discutable tant le droit en question est déterminant pour « la sauvegarde des valeurs fondamentales de l'homme », critère de normativité selon l'auteur lui-même. En effet, dans un ordre juridique décentralisé et dépourvu du système d'application forcée, sans accès au juge le droit ne serait que de mot.

Dans son chapitre 5 relatif à la responsabilité, l'auteur souligne le régime de dualité de responsabilité selon l'importance de la norme violée, et analyse à la lumière de l'article 44 du projet d'article de la CDI sur la responsabilité des Etats, les conséquences découlant de la violation par un Etat d'une norme impérative. Il s'agit des obligations pour les Etats et les organisations internationales autres que l'auteur du fait illicite de ne pas reconnaître comme licite une situation qui en résulterait, et celle de s'abstenir de porter aide et assistance à son maintien. L'analyse est riche d'enseignements, mais on aurait bien aimé lire quelques mots sur l'histoire de l'article 19 du projet, adopté le 6 juillet 1976, qui consacrait la distinction entre la violation d'une obligation ordinaire et celle d'une obligation *erga omnes*, qualifiant la violation de cette dernière de crime d'Etat en droit international. Il est vrai que ledit article fut supprimé dans la version finale du projet adopté en 2001, mais l'idée qui le sous-tendait n'en reste pas moins d'actualité en droit international.

D'autres conséquences de la violation d'une norme impérative sont également expliquées. Le professeur MOMTAZ soutient l'invocation de la responsabilité de l'Etat auteur de la violation d'une norme impérative par les Etats non-lésés (l'article 48 paragraphe 2 du projet) qui donne lieu à la reconnaissance en droit international d'une sort d'*actio popularis* ; et l'adoption des contre-mesures à l'encontre de l'Etat responsable, où il prend distance avec la lettre du premier paragraphe de l'article 54 du

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

projet, affirmant que les « mesures licites » incluent probablement les contre-mesures (p. 177). En revanche, il s'oppose à l'idée de l'intervention humanitaire ou la responsabilité de protéger impliquant l'emploie de la force au nom de la communauté internationale, ainsi qu'à l'exercice de la compétence universelle contre les personnes soupçonnées d'avoir commis les crimes internationaux si le suspect ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat qui entend la mettre en œuvre. Cela ne surprend guère, vu l'importance et la prééminence que l'auteur accorde à la souveraineté et l'intégrité territoriale et l'indépendance politique des Etats.

Dans son dernier chapitre, l'auteur aborde la question épineuse de l'immunité lorsqu'est en cause la violation d'une norme impérative ou la perpétration d'un crime international. Il examine soigneusement la confrontation entre la jurisprudence établie, étayée par la pratique des Etats, qui consiste à dire que l'immunité ne s'efface pas devant la gravité du fait internationalement illicite et l'opinion opposée qui soutient la levée d'immunité quand elle fait obstacle à la poursuite des crimes internationaux ou à l'octroi de réparations aux victimes de ces derniers. La tendance dominante culminante dans l'arrêt 2012 de la CIJ en l'affaire *Immunité juridictionnelle d'Etat*, est fondée sur l'argumentation selon laquelle les règles relatives à l'immunité sont de nature procédurale et qu'elles ne seront pas affectées par la gravité de la violation des règles primaires. Le professeur MOMTAZ reconnait que l'approche de la CIJ est conforme à sa jurisprudence antérieure relative à la distinction entre règle primaire et celle dite secondaire, mais se montre plutôt sensible à la thèse soutenue par l'Italie, et rejetée par la Cour, selon laquelle le fait d'accorder l'immunité à l'Etat auteur de la violation d'une norme impérative reviendrait à reconnaître comme licites les actes litigieux reprochés à cet Etat, ce qui contreviendrait à l'obligation prévue au paragraphe 2 de l'article 41 du projet d'article sur la responsabilité des Etats. Il pense, non sans raison, que le paragraphe 3 de cet article ouvre une « perspective » rendant possible la levée de l'immunité d'un Etat comme autre conséquence de la violation d'une norme impérative du droit international général (p. 198).

Il n'est pas sans intérêt de souligner que l'opinion de la Cour constitutionnelle italienne selon laquelle les règles relatives à l'immunité ne sont pas de simples dispositifs procéduraux mais visent plutôt à protéger certains intérêts matériels des Etats, endossée par la rapporteuse spéciale de la CDI, Mme C. Escobar HERNANDEZ, sur le sujet de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat devant les juridictions nationales, propose, pensons-nous, un regard alternatif qui mérite réflexion. Elle attire l'attention du professeur MOMTAZ sans toutefois pouvoir le convaincre de s'y adhérer (p. 221).

HADI AZARI

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

SPANO (ROBERT), MOTOC (IULIA), LUBARDA (BRANKO), PINTO DE ALBUQUERQUE (PAULO), TSIRLI (MARIALENA) (EDS./DIR. ASSISTED BY/ ASSISTÉS PAR AIKATERINI LAZANA). – *Fair Trial : Regional and International Perspectives / Procès équitable : perspectives régionales et internationales, Liber amicorum Linos-Alexandre Sicilianos,* 1 vol. broché de 772 p., 2020, Limal (Anthemis), ISBN : 978 2 8072 0704 2 4

S'inscrivant dans la belle tradition consistant à honorer les Présidents sortants de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour), le présent *Liber Amicorum* réunit une cinquantaine d'études rédigées en français et en anglais par d'éminents juristes désireux de rendre hommage à la pensée innovante et au parcours exceptionnel du Professeur et ancien Président de la Cour, Linos-Alexandre SICILIANOS. Parmi les auteurs qui ont eu le privilège de fréquenter le dédicataire figurent bien évidemment ses collègues à la Cour dont l'actuel Président Robert SPANO – qui souligne dans son hommage introductif l'apport majeur et durable du Président SICILIANOS à l'œuvre de la juridiction strasbourgeoise – d'anciens Présidents et plusieurs juges, aux côtés d'une pléiade de juges nationaux, européens et internationaux, d'universitaires de renommée internationale et d'experts du Greffe de la Cour et du Conseil de l'Europe. Portant sur un thème fédérateur cher au cœur du Président SICILIANOS et aux dimensions à la fois multiples et complexes, l'ouvrage a le mérite indéniable d'offrir un aperçu global de la notion de procès équitable. Le lecteur s'apercevra en effet aisément de l'exceptionnelle richesse de cette collection en découvrant au fil des pages des réflexions largement originales qui, loin de se limiter aux différents aspects du droit à un procès équitable tel que consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), dépassent la sphère du système européen pour embrasser les autres manifestations régionales et internationales du procès équitable en tant que tel.

L'indépendance du juge, au confluent de la protection des droits de l'homme, du principe de l'Etat de droit, de la séparation des pouvoirs et en dernière analyse de la démocratie elle-même, constitue une première thématique majeure de cet ouvrage. Le lecteur averti ne sera dès lors point surpris de découvrir que plusieurs contributions (notamment celles du Professeur Peggy DUCOULOMBIER, du juge Ganna YUDKIVSKA, de Athanasia PETROPOULOU et de Aikaterini TSAMPI), s'inscrivent dans le sillage de la position défendue par le dédicataire dans son opinion concordante dans la célèbre affaire *Baka c. Hongrie* de 2016, selon laquelle l'article 6 §1er pourrait être interprété de manière à reconnaître « un droit subjectif du juge lui-même à ce que sa propre indépendance soit garantie et respectée par l'Etat ». Cette optique se retrouve, bien que sous un angle légèrement différent, celui de l'Etat de droit et de la séparation des pouvoirs, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) comme l'explique le Président Koen LENAERTS. Dans un ordre d'idées similaire, le Professeur Denys SIMON examine le passage du concept de procès équitable à celui de l'Etat de droit, afin de mettre en relief la « construction évolutive » du modèle du procès équitable dans la jurisprudence de la CJUE, alors que le Président Michail VILARAS se focalise sur les standards de l'Union européenne en matière d'indépendance des juges au regard de l'Etat de droit. Le droit à un procès équitable du point de vue de la CEDH et du droit de l'Union européenne constitue d'ailleurs un élément indispensable de la société démocratique comme le rappelle pertinemment le Professeur Patrick WACHSMANN, mais aussi le juge Michail PIKRAMENOS en mettant l'accent sur la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

confiance du public dans la justice compte tenu de la place fondamentale qu'occupe le juge national dans une société démocratique.

Les garanties particulières du droit à un procès équitable constituent l'axe principal d'une autre série de contributions à commencer par celle du Président Jean-Paul COSTA qui aborde le concept, parfois fuyant, de « tribunal établi par la loi ». Le Président Robert SPANO et le juge Arnfinn BÅRDSEN examinent le droit à un procès équitable dans le cadre des procédures d'appel en matière pénale, alors que Afroditi GKAGKATSI aborde les interactions complexes entre le volet pénal et le volet civil de l'article 6 de la CEDH. L'établissement de la vérité légale et plus généralement l'appréciation des preuves font aussi l'objet de réflexions poussées. Le Professeur Nicos ALIVIZATOS aborde ainsi sous l'angle du volet civil et du volet pénal de l'article 6 de la CEDH les présomptions irréfragables, tandis que le Président Ioannis SARMAS élargit le propos en étudiant les différents principes jurisprudentiels régissant la recherche et l'établissement de la vérité légale non seulement devant les tribunaux nationaux, mais aussi devant la Cour elle-même. De son côté, Andrea TAMIETI explore au titre de l'article 6 §3 d de la CEDH l'existence pour l'accusé d'un droit à examiner deux fois les mêmes témoins à charge. En outre, Ilia SIATISTA signale les risques de la digitalisation de la justice, et en particulier des outils numériques servant à recueillir des éléments de preuve, pour le droit à un procès équitable en matière pénale.

Mais le procès équitable englobe bien d'autres aspects. Il en va tout particulièrement ainsi du principe de sécurité juridique qui, absent du texte de la CEDH, n'en irradie pas moins la jurisprudence de la Cour EDH comme le démontre le Professeur Laurence BURGORGUE-LARSEN. De plus, le Professeur Tenia KYRIAZI, abordant l'application de la *Charia* en Grèce et au Royaume-Uni et le Professeur Charalambos PAMBOUKIS, commentant un arrêt qui revêt une importance capitale (*Molla Sali c. Grèce* rendu par la Grande Chambre le 18 décembre 2018) soulignent les risques qu'implique l'application de la *Charia* pour la protection du droit à un procès équitable. La règle *non bis in idem* est au demeurant une problématique explorée de manière approfondie par Christos GIANNOPOULOS, qui propose un exercice de navigation dans les méandres de cette règle à la lumière de la jurisprudence des deux cours européennes, et par le Président Christoph GRABENWARTER qui se penche lui aussi sur le dialogue des juges en ce domaine, les deux auteurs relevant un certain nombre de divergences entre les approches retenues par les différentes juridictions.

D'un ouvrage consacré au procès équitable ne pourraient manquer des réflexions sur les interactions entre l'article 6 de la CEDH et les autres garanties conventionnelles, voire les normes internationales externes au système européen. Relevant que la publicité des décisions de justice est une composante majeure du procès équitable et que le droit à l'oubli numérique se dégage progressivement du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la CEDH, le juge Frederic KRENC explore les moyens de concilier les exigences parfois contradictoires découlant de ces deux dispositions. S'agissant par ailleurs des rapports entre la CEDH et les autres normes du droit international, le Professeur Geneviève BASTID-BURDEAU met en exergue un certain nombre d'améliorations de la procédure de recours offerte aux personnes et entités frappées par les sanctions ciblées adoptées par le Conseil de sécurité dans le but de concilier les garanties de protection des droits de l'homme avec les impératifs du maintien de la paix et de sécurité internationales.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Les personnes vulnérables, qui méritent certainement une protection procédurale particulière, sont au cœur d'une autre série de contributions. Analysant la jurisprudence strasbourgeoise concernant les immigrants et les réfugiés, le juge Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE offre au lecteur l'occasion de bien saisir les défis auxquels est confronté la Cour en ce domaine. L'analyse de cette thématique complexe est complétée par l'étude du Professeur Niki ALOUPI portant sur les moyens d'assurer un procès équitable aux demandeurs d'asile. Pour sa part, la Présidente Maria-Andriani KOSTOPOULOU aborde le droit à un procès équitable à la lumière des affaires portant sur des violences sexuelles contre les enfants pour montrer que les droits procéduraux de la défense et les droits des victimes, loin de dériver uniquement de la CEDH, découlent d'autres instruments internationaux destinés à assurer la mise en balance des intérêts parfois contradictoires en présence. Stephanos STAVROS, s'intéressant à un autre thème cher au Président SICILIANOS, qui fut membre du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, propose une lecture critique de la jurisprudence de la Cour relative à la protection des droits procéduraux des victimes du racisme. Les étapes vers le renforcement des droits des femmes dans la *Common Law* sont au demeurant exposées par le juge Lady ARDEN qui s'appuie sur certaines affaires historiques, tandis que le juge María ELOSEGUI examine l'apport du test de proportionnalité de Robert ALEXY à la décision de la Cour Constitutionnelle allemande de 2015 concernant le port du voile par des enseignantes.

Or si la Cour apprécie le respect des garanties du procès équitable par les juridictions nationales, est-ce qu'elle respecte elle-même ces garanties ? A cette question une réponse plutôt nuancée s'impose comme le montrent, chacun à sa manière, par les juges Père PASTOR VILANOVA et Georges RAVARANI, alors que Krzysztof WOJTYCZEK examine les effets des décisions et arrêts de la Cour sur les différentes parties en cause afin d'identifier celles qui auraient le droit d'être entendues par la Cour. Au demeurant, Nicolas SANSONETIS signale les risques que recèle une interprétation extensive du terme « équitable » figurant à l'article 6 de la CEDH en montrant que la Cour semble parfois « flirter avec la quatrième instance ». Sur un registre plus substantiel, la qualité des arrêts de la Cour n'échappe pas non plus au regard critique des auteurs. Onur ANDREOTTI explique notamment le rôle important que le jurisconsulte joue afin de garantir la qualité et la cohérence du produit jurisprudentiel de la Cour, ce qui n'empêche par ailleurs pas que la CEDH soit toujours un « instrument vivant » comme le souligne le juge Georgios SERGHIDES en insistant sur le rôle du juge de Strasbourg dans l'interprétation évolutive de la CEDH.

Plusieurs contributions portent sur des questions spécifiques qui viennent stimuler davantage la réflexion. Le juge Armen HARUTYUNYAN rappelle que la jurisprudence de la Cour relative à la juridiction des Etats retient un autre sens du critère du « contrôle effectif » par rapport à celui adopté par la Cour internationale de justice (CIJ) en matière d'attribution d'un fait internationalement illicite. Le Professeur Sébastien TOUZÉ souligne la nécessité d'encadrer juridiquement les activités des entreprises militaires et de sécurité privées, en recherchant à la lumière de la jurisprudence strasbourgeoise si leur assimilation fonctionnelle à des agents de l'Etat qui les emploie serait possible. Le juge Tim EICKE invite le lecteur à s'interroger sur la reconnaissance de droits conventionnels aux entreprises contrôlées par un Etat étranger, alors que le juge Angelika NUSSBERGER, examinant certains dilemmes relatifs à l'exécution des

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

jugements de la Cour et à la réparation, livre une réflexion critique sur la « *second-hand justice* » au regard du principe de l'Etat de droit. D'une manière plus générale, le juge Khanlar HAJIYEV met l'accent sur les influences mutuelles entre la théorie et la pratique en soulignant le rôle du juge dans l'interprétation du droit et surtout dans la formation de la doctrine judiciaire.

Les approches comparatives (outre celles précédemment signalées à propos notamment de l'indépendance judiciaire ou de la règle *non bis in idem*) et le dialogue des juges permet à d'autres auteurs d'illustrer les interactions entre la Cour et les autres mécanismes internationaux de protection, voire les juridictions nationales. Le Président Dean SPIELMAN et Panayiotis VOYATZIS se penchent ainsi sur la jurisprudence croisée de la Cour et de la CJUE relative à la « *unanswered question* », à savoir les questions préjudicielles restées sans réponse. Le juge Péter PACZOLAY identifie un certain nombre de convergences entre la jurisprudence européenne et la jurisprudence de la Cour suprême américaine en matière de protection des droits de l'accusé. Selon le juge Anja SEIBERT-FOHR, malgré certaines divergences, le dialogue entre le Comité des droits de l'homme et la Cour est un outil important propre à garantir, dans une certaine mesure, une protection universelle des droits de l'homme. Le Président Bernard STIRN constate de son côté que le dialogue des juges implique de plus en plus les cours constitutionnelles nationales, alors que le Professeur Marieta SAFTA en donne l'exemple de la Cour Constitutionnelle de Roumanie s'agissant de l'indépendance et l'impartialité des juges. Sur un registre quelque peu différent, Dmitry DEDOV explique d'ailleurs comment les idées du Président SICILIANOS ont exercé une influence décisive sur sa propre manière d'appréhender les rôles respectifs du juge national et international.

En même temps, le procès équitable s'inscrit manifestement dans un mouvement de prolifération des mécanismes de protection, voire de procéduralisation, ce qui n'est pas sans soulever certaines interrogations. Le Professeur Emmanuel DECAUX, se demandant « qui jugera les juges », aborde ainsi le sujet épineux de l'articulation de la multitude des instances et des mécanismes de protection des droits de l'homme au niveau national, européen et international, afin de proposer un certain nombre de solutions pour résoudre les contradictions jurisprudentielles susceptibles d'apparaître. Dans un esprit critique, le Professeur Jean-Marc SOREL n'hésite pour sa part pas à faire le procès du procès équitable en prenant précisément pour point de départ le concept d'équité d'un point de vue à la fois juridique et philosophique.

Enfin, l'ouvrage fait aussi place à des études de portée plus générale, ce qui permet au lecteur de se faire une idée globale du procès équitable en droit international public. Le Président Yves DAUDET analyse ainsi le rôle hydride du juge *ad hoc* à la CIJ, alors que le Professeur Robert KOLB se place du point de vue du principe, plus large que celui du procès équitable et sans doute mieux adapté à la justice interétatique, de la bonne administration de la justice, pour examiner les réserves temporelles et les clauses de dénonciation aux déclarations facultatives de compétence de la CIJ. De son côté, le Professeur Jean-Marc THOUVENIN explique la subtilité de l'opération de « *balancing of rights* » dans le cadre de la procédure d'indication des mesures conservatoires devant la CIJ et le Tribunal International du droit de la Mer.

Ce volume impressionnant et stimulant reflète toute l'ampleur des questionnements contemporains autour du procès équitable dans une perspective à la fois régionale et internationale. En plus d'être le témoignage de l'amitié et de l'admiration que les auteurs

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

portent au Président SICILIANOS pour son engagement constant dans la cause de la protection des droits de l'homme, il constituera dès lors, à n'en pas douter, un ouvrage de référence dans la bibliographie internationale.

EVANGELIA VASALOU

PETRLÍK (DAVID), BOBEK (MICHAL), PASSER (JAN. M), MASSON (ANTOINE) (DIR.). – Evolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux. *Liber amicorum* Jiří Malenovský, 1 vol. broché de 852 p., 2020, Bruxelles (Bruylant), ISBN : 978 2 8027 6686 5 5

Ces Mélanges en l'honneur du juge Jiří MALENOVSKÝ sont un hommage à un remarquable juriste, juge, universitaire et diplomate tchèque, préfacé par Koen LENAERTS, Président de la CJUE, et coordonné par David PETRLÍK, Michel BOBEK, Jan. M. PASSER, et Antoine MASSON, respectivement, juge récemment nommé au Tribunal de l'UE, avocat général à la CJUE, juge à la CJUE, et référendaire à la CJUE.

Les lecteurs de cette revue connaissent, certainement, les écrits du juge Jiří MALENOVSKÝ, en particulier, ses cours sur « L'indépendance des juges internationaux » de l'Académie de La Haye (publié en 2011), ainsi que ses nombreuses autres publications, y compris ses contributions à la *RGDIP* et à l'*AFDI* (la plus récente intitulée « A la recherche d'une solution intersystémique aux rapports du droit international au droit de l'Union européenne », 2019, aux pp. 201-234).

Les Mélanges auxquels ont contribué presque 50 personnes ayant eu des liens professionnels avec Jiři MALENOVSKÝ, traitent – comme leur titre l'indique – l'évolution des relations complexes entre les ordres juridiques de l'UE, international et national, couvrant une période d'une vingtaine d'années. Le fait qu'une large proportion des contributions émane de personnes qui ont été ou qui sont toujours impliquées, de l'intérieur, dans le fonctionnement de la Cour de justice de Luxembourg, donne à ce livre une 'saveur' particulière.

Le *Liber Amicorum* est divisé en trois parties consacrées à la complexification des rapports entres les trois ordres juridiques (première partie), l'affirmation des principes de base des systèmes juridiques, lieu d'expression de tendance centrifuges (deuxième partie), et l'application des règles des différents systèmes juridiques, creuset des tendances centripètes (troisième partie), complété par des conclusions intitulées « L'enrichissement encadré » dans lesquelles David PETRLÍK analyse les conséquences d'un chevauchement perceptible dans les rapports entre l'ordre juridique de l'UE et le droit international, et en particulier le « sous-système de la CEDH » (page 801), en dépit de certaines « interprétations divergentes » survenues entre la Cour de Luxembourg et un certain nombre de hautes juridictions nationales concernant plusieurs règles du droit de l'Union (p. 807).

Dans la première partie, qui traite la complexification des relations entre les trois ordres juridiques, le rédacteur de ces lignes se permet de faire référence de façon quelque peu arbitraire, à quatre parmi les dix contributions, en se référant à une observation présentée par le président de la Cour constitutionnelle de la République tchèque, Pavel RYCHETSKÝ, dans laquelle il s'interroge: «[i]s it ever possible for the courts to hold a non-hierarchical dialogue ? » en ce sens qu'en Europe, ses institutions et les Etats sont

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

issus des mêmes racines culturelles et philosophiques, ce qui signifie que «[t]hey share, if not the same, then at least common values » (p.56). Dans leur contribution sur les compétences externes de l'UE, Miguel POIARES MADURO et David PETRLÍK, après avoir souligné le rôle que Jiří MALENOVSKÝ a joué dans l'élaboration de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg sur ce sujet, y compris en sa qualité de juge rapporteur, expliquent que, tout en étant respectueuse du « législateur », la Cour est tenue de délimiter les compétences externes de l'UE et de ses Etats membres lorsque les intentions de ce dernier sont ambiguës, en fournissant des exemples spécifiques de cette jurisprudence entre l'avis 1/03 – (convention de Lugano) et l'arrêt AMP Antarctique (pp. 59 à 80 à la p.62). En ce qui concerne le chevauchement croissant des normes relatives aux droits de l'homme, deux chapitres – sous la plume de Guido RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, et Antonio TIZZANO, ancien vice-président et avocat général de la Cour européenne de justice – examinent, entre autres, comment « les deux juridictions se sont retrouvées 'sur une même longueur d'onde' » (le premier, pp. 99-118 à la p.115) et comment les deux Cours « sont 'condamnées' à s'entendre et à coopérer » (ce dernier, pp.119-131 à la p.131).

Parmi les 13 contributions dans la deuxième partie – l'affirmation des principes de base des systèmes juridiques, lieu d'expression de tendances centrifuges – il convient de mentionner tout particulièrement les articles de l'ancien et de l'actuel président de la Cour de justice de l'UE, respectivement, Vassilios SKOURIS, sur « La primauté du droit de l'Union à l'épreuve des revendications constitutionnelles nationales », dans lequel il critique l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 qui a qualifié ultra vires un acte de l'Union, à savoir un acte de la Banque centrale européenne (pp. 208 à 230), et Koen LENAERTS « Le cadre constitutionnel de l'Union et l'autonomie fonctionnelle de son ordre juridique » où est notamment analysé l'avis 1/17 du 30 avril 2019 dans lequel la Cour a conclu à la compatibilité avec le droit de l'Union du mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les Etats figurant dans le projet d'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union et ses Etats membres, d'autre part (pp. 265-306). En outre, parmi les contributions qui ont particulièrement retenu l'attention du rédacteur figurent « Droit de l'Union et noyau dur constitutionnel en France, Espagne, Italie, Allemagne et République tchèque (de Jiří ZEMÁNEK, Jordane ARLETTAZ et Augustin BERTHOUT), les articles sur l'invocabilité du droit international, qu'il soit conventionnel (Jonathan WILDEMEERSCH et Fabien ZIVY) ou coutumier (Daniel DITTERT) dans la jurisprudence de la CJCE auxquels le juge MALENOVSKÝ a activement contribué (p.307), « La saga Kadi ou la matérialisation d'une discorde entre le droit de l'Union et le droit international » (Petra ŠKVAŘILOVÁ-PELZL), «Codification of the rules of international responsibility and their (non-)application by European courts » (Pavel ŠTURMA) et « La responsabilité en matière de transport aérien de passagers à l'intersection de trois systèmes juridiques » (Daniel ŠVÁBY). En ce qui concerne la responsabilité des transporteurs aériens, le juge MALENOVSKÝ a assumé le rôle de rapporteur dans plus de 30 affaires, comme l'a souligné Irena PELIKÁNOVÁ dans sa contribution sur la consolidation des principes de la responsabilité dans le droit de l'Union (p. 463).

La troisième partie, à savoir 'L'application des règles des différents systèmes juridiques, creuset des tendances centripètes', laquelle réunit 16 contributions, traite de divers sujets, allant des « valeurs de l'Union et le règlement des différends dans le domaine

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

des investissements internationaux » (Paulo MENGOZZI), de « L'influence de la jurisprudence des cours européennes sur la jurisprudence des cours internationales » (Jean-Marc THOUVENIN), jusqu'à « The influence of international law on the Court of Justice's case law » (Antoine MASSON et Julien STERCK). A noter également trois textes, rédigés en anglais, relatifs au Parquet européen, (Ján MAZÁK), le « unitary effect » du brevet européen (Vladimír TÝČ) et à la fragmentation du droit international dans le cadre de la criminalisation du trafic de personnes (Kateřina UHLÍŘOVÁ), qui peut être lu en conjonction avec le récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 février 2021 dans l'affaire *V.C.L. et A.N. contre le Royaume-Uni*.

Dans cette troisième partie les textes qui traitent du statut des juges (européens) et du renforcement de leur indépendance (Kateřina ŠIMÁČKOVÁ et Irena MARKOVÁ), de l'autonomie et de la transparence des tribunaux européens (Laure CLÉMENT-WILZ) et du rôle des 'Grandes Chambres' aux niveaux national et européen (Michel BOBEK) présentent un intérêt certain pour le lecteur (et probablement aussi pour la personne à qui le livre est dédié). L'article de Michel BOBEK est particulièrement intéressant, car il constitue un complément fascinant de ses travaux scientifiques, désormais en tant que '*insider'* dans ses fonctions d'avocat général. Il pose la question de la source de la légitimité judiciaire, en comparant l'image fonctionnelle (Enhancing legitimacy in important cases, Ensuring Unity of Case Law, Why does size Matter ?) avant de s'interroger sur 'The Luxembourgish *Sonderweg*?' – chemin spécial (pp. 523-550). Le lecteur notera certainement avec beaucoup d'intérêt que « the current practice of the Grand Chamber of the Court of Justice finds itself in a bit of a no man's land … Leaving no man's land means choosing a side … *First, ...*staying within the majoritarian legitimacy of a constitutional court…*Second,...* also embrace … a truly civilian supreme jurisdiction that must assure the horizontal coherence of all its case law ».

And last but certainly not least, il est opportun de se référer à quatre contributions sur le sujet de l'adhésion de l'UE à la CEDH, l'avis 2/13 de la CJE, la confiance mutuelle, et de l'équilibre fragile entre le droit de l'Union et le système de la CEDH (de Jan M. PASSER, Martin SMOLEK, Edouard DUBOUT et Laurence POTVIN-SOLIS), ainsi celle de Florence BENOÎT-ROHMER à propos de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, dans laquelle elle constate que « l'établissement d'un lien hiérarchique entre le droit de l'Union et la CEDH est inenvisageable », même si la CEDH constitue «un socle commun aux Etats membres » (aux pages 628 et 629). Tous ces articles mérite une mention spéciale dans le contexte actuel de la réouverture des négociations, à Strasbourg, sur l'adhésion de l'UE à la CEDH (Groupe de négociation ad hoc du CDDH, Groupe 47+1 https://www.coe.int/fr/web/human-rights-intergovernmental-cooperation).

Afin d'obtenir une vision complète des contributions à ce *Liber Amicorum*, honorant la carrière riche et variée de Jiří MALENOVSKÝ, le lecteur trouvera utile de consulter le site web de l'éditeur: https://www.larcier.com/fr/catalogue/generalites.html?p=2

ANDREW DRZEMCZEWSKI

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

NOTULES

CHIUSSI CURZI (LUDOVICA). – *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, 1 vol. broché de 356 p., 2020, Leiden (Editions Brill Nijhoff), collection Queen Mary Studies in International Law, vol. 43, ISBN : 978-90-04-44002-9 7

Cet ouvrage s'attaque à un sujet brulant, celui des droits de l'homme et des entreprises, qui donne lieu à l'émergence d'une doctrine spécialisée. L'auteur souhaite toutefois offrir une perspective ancrée en droit international public, sous l'angle des sources du droit international, telles qu'elles sont énumérées à l'article 38.1 des Statuts de la Cour permanente et de la Cour internationale de Justice. L'auteur entend défendre le rôle d'une source en particulier, qui serait négligée sur le sujet des droits de l'homme et des entreprises, celle des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Pour cela, elle examine le rôle des principes généraux à la fois dans l'interprétation des obligations mises à la charge des Etats et dans l'élaboration des obligations mises à la charge des entreprises. L'approche séduit d'autant qu'elle conduit l'auteur à mobiliser des éléments très divers, à la fois de droit interne (par exemple, la pratique juridictionnelle américaine relative à l'*Alien Tort Statute* ou la pratique législative française avec l'adoption en 2017 de la *Loi relative au devoir de vigilance*) et de droit international (tirés des droits régionaux de protection des droits de l'homme, du droit des investissements et du droit pénal).

L'ouvrage, qui se décline en quatre parties, se lit aisément. La première partie dresse le panorama bienvenu des instruments de *soft law* existants en matière de droits de l'homme et d'entreprises, de l'OCDE à l'OIT, en passant par l'ONU. L'auteur relève ensuite qu'aucun traité en matière de droits de l'homme n'est aujourd'hui interprété comme mettant directement à la charge des entreprises des obligations ; de même, selon l'auteur, aucune obligation coutumière ne peut émerger en l'absence de mécanisme international assurant le respect des droits de l'homme par les entreprises. C'est pourquoi il faut se tourner vers les principes généraux de droit.

La deuxième partie examine le rôle des principes généraux dans l'interprétation des obligations de protection des droits de l'homme des Etats. L'auteur s'intéresse successivement aux principes de bonne foi, d'effet utile, et d'utilisation non dommageable du territoire qui justifieraient les obligations positives mises à la charge de l'Etat afin de prévenir des conduites attentatoires aux droits de l'homme par les entreprises placées sous sa juridiction, y compris les entreprises nationales qui opèrent à l'étranger. La troisième partie se concentre sur le rôle des principes généraux dans le développement d'obligations internationales ou, selon l'expression préférée par l'auteur, d'une « responsabilité » internationale des entreprises en matière de droits de l'homme. Ici, l'auteur examine le principe de l'abus de droit et rappelle que la personnalité morale de l'entreprise n'est reconnue qu'afin de stimuler l'entrepreneuriat et non de lui permettre d'échapper à toute responsabilité. On a davantage de mal à la suivre lorsqu'elle qualifie la *due diligence* de principe général qui opérerait de manière autonome, c'est-à-dire sans s'appuyer sur des obligations internationales mises à la charge des entreprises. Un tel principe de *due diligence* viendrait précisément pallier l'absence d'obligation internationale et imposerait aux entreprises un standard de conduite en cours de formation du fait des interactions entre droits internes et droit

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

international. La consistance d'un tel standard, qui ne s'appuierait sur aucune obligation préexistante, est difficile à saisir, et l'on ne sait pas à qui revient le rôle de déterminer, au cas par cas, quelle conduite de l'entreprise doit être diligente. Le rôle éventuel d'un juge n'est pas développé. Plus généralement, on regrette le manque d'explication quant aux choix de mobiliser tel ou tel principe général et quant au rôle exact de ces principes. En effet, la frontière apparait poreuse entre le rôle des principes dans l'interprétation d'obligations préexistantes et leur rôle dans la formation de nouvelles obligations relatives aux droits de l'homme et aux entreprises, une dichotomie pourtant mise en avant par l'auteur. La notion même de principes généraux retenue par l'auteur interroge. Si elle considère qu'il s'agit plutôt de principes issus d'un double processus de comparaison des ordres juridiques internes et d'adaptation à l'ordre juridique international, elle refuse d'exclure qu'il puisse également s'agir de principes issus directement de l'ordre juridique international, obscurcissant tant la notion que la démonstration.

Dans la quatrième et dernière partie de l'ouvrage, l'auteur soutient qu'un principe général de responsabilité des entreprises a émergé en droit international. Pour cela, elle s'appuie sur la reconnaissance dans de nombreux ordres juridiques internes d'une responsabilité civile et parfois même pénale des entreprises. Il y a là une piste pour des recherches plus approfondies qui permettront peut-être d'identifier les conduites des entreprises qui sont systématiquement sanctionnées en droit interne. En toute hypothèse, l'auteur estime que la transposition d'une telle responsabilité est possible dans l'ordre international, sans rentrer dans les débats doctrinaux tenant à la qualité de sujets du droit international des entreprises. Par une sorte de raisonnement circulaire, les traités et instruments de *soft law* encourageant les Etats à réguler *dans l'ordre interne* la conduite des entreprises en matière de droits de l'homme seraient la preuve de la consécration de la responsabilité de ces entreprises *dans l'ordre international*. Ainsi, l'affirmation d'un principe général en vertu duquel les entreprises devraient généralement s'abstenir de porter atteinte aux droits de l'homme ne nous a pas convaincus : son contenu reste flou, de même que son apport vis-à-vis des règles internes existantes.

MATHILDE FRAPPIER

KAREN N. SCOTT, KATHLEEN CLAUSSEN, CHARLES-EMMANUEL CÔTÉ, ATSUKO KANEHARA (DIR.), *Changing Actors in International Law*, Series : Developments in International Law, Volume 74, Leiden (Brill, Nijhoff), 2020. ISBN 9789004424142 8

Le présent ouvrage est issu d'une conférence co-organisée en 2018 par les sociétés japonaise, américaine, canadienne et autralienne de droit international. Celui-ci explore une arlésienne du droit international : la place des acteurs non étatiques (ci-après : ANE). Cependant, loin de s'en tenir aux débats classiques tenant notamment à la qualification de ces acteurs, les auteurs auscultent ici des points bien plus spécifiques. Le raisonnement choisi semble dès lors déductif et partir du postulat selon lequel les ANE ont un rôle grandissant dans la sphère internationale avant d'en étudier diverses illustrations. En guise de préliminaires, Charles-Emmanuel CÔTÉ revient, dans une riche introduction, sur la notion même d'ANE. L'auteur note que, même si la doctrine ne présente pas de définition consensuelle de cette notion, il n'en demeure pas moins que le constat est unanime :

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

« [g]*lobalization led to an erosion of the hegemony of the state on the international stage » et, dès lors, les ANE « rose to have a more significant influence on international relations and on the international legal process than ever before* » (p. 1). Au-delà de ce rappel général, l'auteur précise l'articulation de l'ouvrage entre, d'une part, l'examen du rôle des ANE dans l'élaboration du droit international et, d'autre part, l'étude de la responsabilité internationale de ces acteurs.

Dans la première partie de l'ouvrage, certains contributeurs étudient tout d'abord les quasi-Etats. Kathleen CLAUSSEN définit cette catégorie comme les entités qui « *sometimes act like states, but they are not universally recognized as states and therefore they are not afforded all rights and privileges reserved for states* » (p. 27). L'auteur conclut que « [q]*uasi-states are contributing to international legal development in a multiplicity of ways even if international law has not fully crystallized around their participation* » (p. 46). Ryan GAUTHIER se penche également sur le cas des quasi-Etats mais dans un cadre bien spécifique, à savoir le cadre sportif, et analyse la façon dont ces acteurs ont utilisé ce domaine pour « *fortify their claims to statehood, autonomy or other political destiny* » (p. 49). Ensuite, d'autres auteurs s'intéressent au cas des peuples réclamant leur auto-détermination. Amy MAGUIRE propose notamment de reconnaître à ces groupes la personnalité juridique internationale (pp. 75-100). Puis, Yuko OSAKADA sonde le rôle des peuples indigènes dans la création normative du droit international de l'environnement. L'auteur explique que « *the participation of Indigenous Peoples is necessary, not only in international environmental law-making, but also in the process of its implementation to better realize their right to self-determination* » (p. 127). De manière plus spécifique *ratione personae*, Sabaa Ahmad KHAN examine la pratique du multilatéralisme impliquant des Etats et des peuples indigènes dans le cadre de la fonte des glaces de l'Arctique (pp. 131-157). De manière plus spécifique *ratione materiae*, Shea Elizabeth ESTERLING étudie la restitution des biens culturels aux peuples indigènes, illustrant « *this incapacity of human rights as a space to address indingeous claims* » (p. 175). Les limites à la participation des peuples indigènes sont également évoquées par Zhannah VOUKITCHEVITCH à travers l'exemple de la délimitation du plateau continental du cercle polaire arctique (pp. 185-210). Par la suite, Mari TAKEUCHI considère que les ANE sont en réalité des acteurs invisibles de la création normative, notamment eu égard à leur rôle dans la mise en œuvre nationale des standards du Groupe d'action financière visant à lutter contre le financement du terrorisme (pp. 211-233). Enfin, la contribution de Jason MACLEAN illustre le rôle des ANE dans la gouvernance du changement climatique. Tout en soulignant l'importance de l'engagement de ces acteurs, particulièrement dans la réduction des émissions de gaz à effet de serre, l'auteur rappelle que « [n]*onstate actors neither have the capacity nor, in all cases, the commitment necessary to play a leading role in global climate governance* » (p. 254).

Dans la seconde partie de l'ouvrage, différents contributeurs interrogent la responsabilité des ANE et leur rôle dans la résolution de litiges internationaux. Sarah CASTLES amorce cette partie en s'interrogant sur l'influence des ANE sur l'exercice par l'Etat de sa juridiction. L'auteur démontre ainsi que « [t]*he individual and the corporation have certainly changed the nature and role of the state in international dispute resolution and its exercise of jurisdiction under international law* » (p. 282). Miriam COHEN questionne la possibilité de consacrer la responsabilité civile internationale des particuliers. Prenant en compte les limites consubstantielles aux juridictions

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

internationales, l'auteur propose que les juridictions nationales puissent connaître de la « *domestic civil responsibility of individuals who have committed or participated in the commission of wrongful conduct which amounts to crimes under international law* » (p. 286). Ensuite, Shiri KREBS approfondit un aspect du statocentrisme du droit international humanitaire à savoir l'absence de statut des ANE non combattants. L'auteur critique le fait que « [t]*hey lack legal standing in international tribunals and have limited negotiation powers with regard to potential accountability measures ; they lack authority or political power to direct (or divert) the continuation of authorities ; and they have limited access to evidence* » (p. 311). Toujours dans le cadre des conflits armés, Shin KAWAGISHI s'intéresse aux actions menées par un Etat contre un acteur non étatique situé sur le territoire d'un autre Etat, sans le consentement de ce dernier. L'auteur explique, au moyen d'une analyse détaillée, que « *such a conflict should automatically lead to an IAC between an intervening state and a territorial state* » (p. 354). Kentaro WANI se penche ensuite sur la question de savoir si les membres des forces rebelles peuvent être tués en tout temps, à l'instar des combattants dans les conflits armés internationaux. L'auteur rappelle certaines démonstrations jugées empreintes de morale, mais laisse le débat ouvert quant à la réponse juridique à cette interrogation (p. 356-379). En dernier lieu, Jarrod HEPBURN étudie le rôle des ANE dans le droit national des investissements et, plus particulièrement, les conséquences de « [t]*he characterization of foreign investement laws as either unilaterally-asumed international obligations or ordinary domestic statutes* » (p. 404).

Ainsi se clôt le riche recueil objet de la présente étude qui permet indubitablement de saisir de nombreux enjeux liés au rôle des ANE dans la sphère internationale. En regroupant des contributions très variées, l'ouvrage opte pour des approches thématiques générales, comme s'agissant des quasi-Etats ou encore des groupes armés, mais également plus spécifiques, comme s'agissant des investissements internationaux. L'ouvrage semble ainsi pertinemment choisir la technique du pointillisme afin d'étudier la place des ANE au travers d'abondants exemples, tout en permettant une illustration d'ensemble du renforcement de ces derniers dans un droit international encore fort statocentré.

CLAIRE MÉRIC

KEMPEES (PETER). — *'Hard Power' and the European Convention on Human Rights*, 1 vol. relié de 415 p., 2021, Leiden/Boston (Brill Nijhoff), ISBN : 978 90 04 42563 7 9

L'ouvrage dont il est ici question est le fruit du travail doctoral de Peter KEMPEES qui a soutenu sa thèse faite à l'Université de Leyde le 18 juin 2019. Le jury était composé des Professeurs Evert ALKEMA, Antoine BUYSE, Larissa VAN DEN HERIK, Philip LEACH, Jan-Peter LOOF, Jim MURDOCH et des Professeurs Helen DUFFY et Rick LAWSON, codirecteurs. Membre du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1992, KEMPEES a rédigé un ouvrage enrichi par sa position privilégié de praticien. Il est facile de témoigner l'évolution de sa pensée sur le sujet en regardant ses précédentes publications (particulièrement *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights* de 2017 chez Wolf Legal Publishers).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Comme souligné par Linos-Alexandre SICILIANOS, Président de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») dans l'avant-propos, cet ouvrage est bâti sur la prémisse, ou plutôt l'observation du fait que, rédigée à la sortie de la guerre la plus destructrice jamais connue, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention ») prend en compte les réalités d'un continent belliqueux et prévoit certaines dispositions pour permettre ou faciliter son application en temps de guerre comme en temps de paix.

Le texte est original en ce sens qu'il fait usage d'une notion empruntée aux relations internationales, le *hard power*. Terminologie que nous devons aux travaux de Joseph NYE avec son corollaire le *soft power* qui touche la diplomatie et la culture, le *hard power* désigne tout recours à la force ou plus généralement à la contrainte, qui peut passer par des moyens économiques également. L'auteur redéfinit ce terme clé pour le rendre le plus pertinent possible au contexte de la Convention et couvre tout recours à la force, qu'il s'agisse d'un conflit armé ou non à l'extérieur du territoire de l'Etat mais aussi à l'intérieur du territoire de l'Etat à partir d'un certain seuil dépassant les pouvoirs ordinaires de police (*law enforcement*), et enfin les sanctions économiques (p. 10). De diverses notions comme la lutte contre le terrorisme, le crime organisé ou la piraterie entrent dans cette compréhension du *hard power*.

La question étudiée est la suivante : la Convention, et plus précisément les obligations qui en découlent, laissent-elles aux Etats la latitude requise pour intervenir dans une situation qui fait naître une légitime nécessité de recourir au *hard power* ? La réponse courte est oui, mais elle n'est pas évidente. L'auteur aborde comment les Etats adaptent leurs obligations quand ils recourent au *hard power* en analysant les limites de l'applicabilité de la Convention et de l'attribution de l'utilisation du *hard power* aux Etats parties. Il s'agit donc d'un travail principalement jurisprudentielle, mais avec une particularité : KEMPEES adopte le point de vue de l'Etat défendeur, qui seul peut recourir au *hard power*, et non pas celle de la victime. De plus, les différentes arguments de défenses identifiés correspondent aux différents chapitres. Le deuxième chapitre, qui suit l'introduction (premier chapitre), examine la défense la plus évidente qu'est le déni de violation. Il est concédé ici que le recours au *hard power* rend les violations plus probables, mais est également souligné que la Cour, grâce à une approche pragmatique concernant la charge de la preuve, permet de neutraliser la disparité entre les parties.

L'autre argument de la défense qui permet de conclure à une non-violation est celui de la dérogation. En étudiant la relation entre la Convention et le droit international humanitaire au troisième chapitre, KEMPEES prépare le terrain pour le chapitre suivant qui s'attaquera à l'article 15 de la Convention, article qui la rend unique parmi les traités de protection des droits de l'homme. Dans le premier de ces deux chapitres qui se complètent, il est démontré en quoi réfléchir en termes de *lex specialis* ou de complémentarité n'est pas la bonne manière de qualifier la relations entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. Il y est expliqué qu'il n'y a pas de réponse théorique propre mais qu'il s'agit d'un choix pratique (p. 48), puisque les deux domaines sont « *conceptuellement distincts* » (p. 63). Ceci étant dit, au moment où il avait écrit ces lignes, l'auteur avait conclu qu'il fallait attendre l'arrêt sur le fond de l'affaire *Georgie c. Russie (II)* pour avoir la réponse définitive de la Cour par rapport à cette question. Depuis, dans son arrêt du 21 janvier 2021, la Cour a expliqué qu'elle allait « *examiner l'articulation des deux corpus sous l'angle de chacun des aspects de l'affaire et des*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

articles de la Convention dont la violation est alléguée. À cet égard, elle va à chaque fois vérifier l'existence ou non d'un conflit entre les dispositions de la Convention et les règles du droit international humanitaire » (§95). Malheureusement pour KEMPEES, la Cour n'a trouvé aucun conflit dans les cinq des six situations qu'elle a jugées, et dans le cas du traitement des détenus civils le potentiel conflit est écarté en procédant à un raisonnement *a contrario* avec l'affaire *Hassan c. Royaume-Uni* dans laquelle le droit international humanitaire avait limité en pratique la protection offerte par la Convention (§§235-7). Difficile d'imaginer que ce soit une réponse satisfaisante pour KEMPEES qui aurait certainement voulu voir un cas de réel conflit entre les deux corpus pour avoir l'analyse de la Cour. Bâtissant sur les connaissances de la précédente, le quatrième chapitre étudie les limites de la notion de dérogation de l'article 15. Selon l'auteur, il n'y a pas de difficulté à inclure les cas permis par la Charte des Nations Unies (la légitime défense de l'art. 51 et l'autorisation du Conseil de sécurité de l'art. 42), mais des problèmes peuvent surgir au-delà et l'Etat agresseur ne devrait pas pouvoir en profiter (pp. 85-7). KEMPEES conclut que les limites de l'article 15 ne sont pas testées car il a été déclenché seulement pour faire face à la menace d'une attaque terroriste ou des tentatives de remplacer un gouvernement, alors qu'il est tout à fait possible d'imaginer une catastrophe naturelle ou une crise économique (p. 145).

Les deux chapitres suivants constituent à leur tour un ensemble. Le cinquième chapitre, quasi-préliminaire, offre une panoplie très complète de la notion de juridiction, en passant par les compétences juridictionnelles territoriale et quasi-territoriale d'abord et celle extraterritoriale ensuite, ce dernier couvrant principalement les activités diplomatiques et consulaires, mais aussi, comme le veut le sujet d'étude, toute sorte d'activités des forces armées à l'étranger. KEMPEES présente minutieusement les difficultés inhérentes de la notion, amplifiées par la jurisprudence de la Cour qui n'a pas toujours été facile à déchiffrer, qu'il juge pourtant cohérente. Fondée sur l'analyse profonde de ce dernier, le sixième chapitre examine les limites de la notion de juridiction. Pour empêcher les vides juridictionnelles, ce qui inquiète la Cour, l'auteur défend le critère de la commission d'actes de violence, au lieu de raisonner en termes d'autorité ou de contrôle d'un agent de l'Etat, même s'il reconnait que son approche est problématique pour les dommages collatéraux et que la jurisprudence devrait être développée pour les couvrir aussi.

Le septième chapitre traite de la compétence de la Cour et est marqué par le constat que le droit des traités est d'une utilité limitée contre l'argument en faveur de l'incompétence de la Cour. Il comprend les restrictions territoriales, les réserves et les rares cas où d'autres obligations internationales entreraient en conflit avec celles de la Convention. Quant au huitième chapitre qui porte sur l'attribution, KEMPEES souligne la similarité de cette question avec celle de la juridiction et fait une comparaison détaillée de l'approche de la Cour et celle du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat de la Commission de droit international. L'auteur s'éloigne donc de la question du droit des traités du chapitre précédent pour se concentrer sur celle de l'imputabilité, concluant au vide juridique créé par l'absence de responsabilité des organisations internationales, qui, selon lui, devrait être comblé au plus vite par des mécanismes alternatifs.

Une particularité à souligner est l'omniprésence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dans cette œuvre. L'auteur s'en sert comme point de comparaison, une sorte de jumelle maléfique qui ne permet pas de prendre en compte des

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

réalités d'un continent troublé comme le fait la Convention européenne. Cela constitue, si non pas un fil rouge, un motif au sens musical du terme et permet de souligner la lecture intentionnaliste de KEMPEES qui voit dans l'article 15 une volonté irréfutable de voir appliquée la Convention en temps de guerre comme en temps de paix. Nous l'avions annoncé, la réponse à la question posée à la problématique est oui – à l'impossible nul n'est tenu (p. 144) et la Cour, tolérante sans être laxiste, non seulement permet aux Etats de recourir au *hard power* mais leur laisse une marge d'appréciation dans sa mise en œuvre. Bien écrit et exhaustif, cet ouvrage deviendra un incontournable pour les anglophones.

BAŞAK ETKIN

MYSTRIS (DOMINQUE) – *An African Criminal Court: the African Union's Rethinking of International Criminal Justice*, 1 Vol. broché de 304 p., 2020, Leiden/Boston (Brill/Nijhoff – Coll. Queen Mary Studies in International Law), ISBN : 978 9004444942 10

Cet ouvrage est le produit d'un travail de recherche doctorale ayant pour but de répondre à la question de savoir si l'état actuel du droit international présente un vide que la création d'une cour pénale africaine permettrait de combler. L'auteur compose son propos en deux temps pour établir les limites de la justice pénale internationale, avant d'analyser l'apport que présenterait l'institution d'une cour pénale africaine. L'auteur s'intéresse ainsi au Protocole de Malabo, ajoutant une troisième section à la Cour africaine de justice et des droits de l'homme pour juger de crimes de droit international pénal. Si ce projet venait à aboutir, ce qui supposerait que les Etats parties à l'Organisation de l'Unité africaine ratifient le Protocole, la Cour africaine de justice serait la première juridiction régionale dotée d'une compétence pénale internationale. En substance, l'auteur montre premièrement que la création d'une juridiction pénale africaine permettrait de remédier aux lacunes des mécanismes actuels de justice pénale internationale, qu'il s'agisse de la compétence universelle de certaines juridictions nationales ou de la compétence de la Cour pénale internationale, tout en concédant deuxièmement qu'il n'est pas certain que la réponse ainsi apportée soit parfaite ni qu'elle ne présente pas ses propres failles.

Premièrement, l'institution d'une cour pénale africaine permettrait de répondre aux spécificités du contexte africain en élargissant, d'une part, la liste des crimes susceptibles de faire l'objet de poursuites et en s'éloignant, d'autre part, des influences politiques pesant sur l'exercice de leur compétence juridictionnelle par les Etats et par la Cour pénale internationale. D'une part, les crimes pouvant être poursuivis au titre de la compétence universelle (pp. 47-52) ou par la Cour pénale internationale (pp. 115-116) sont réduits à une portion congrue de crimes perçus comme particulièrement abominables (p. 62 et p. 117). Par ailleurs, le Statut de Rome ne permet pas d'engager la responsabilité d'entreprises (p. 113). Le Protocole de Malabo élargit la palette de crimes, dès lors qu'il ne fait pas que reprendre les crimes du Statut de Rome (pp. 204-205). Non seulement il adapte leurs définitions pour répondre aux défis caractéristiques du contexte africain, en élevant la limite d'âge jusqu'auquel il est possible d'identifier un enfant soldat de quinze à dix-huit ans (p. 204) par exemple, mais aussi il ajoute des crimes ciblant les enjeux propres au continent africain, tels la corruption, l'exploitation

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

illicite de ressources naturelles ou le changement inconstitutionnel de gouvernement (p. 207). Par ailleurs, la juridiction africaine serait compétente pour connaître de la responsabilité pénale d'entreprises, en tant que complices ou auteurs de crimes (pp. 199 et 238). D'autre part, les poursuites engagées par des juridictions nationales ou par la Cour pénale internationale ont été la source de remises en cause de l'impartialité de la justice pénale internationale. Les Etats exerçant leur compétence universelle sont souvent d'anciennes puissances colonisatrices, l'engagement de poursuites au niveau national pouvant alors paraître comme l'occasion de dissimuler leur implication dans les conflits à l'origine des crimes commis (p. 87). La politique de poursuites du Procureur de Cour pénale internationale ne semble pas faire de la diversification des situations sa priorité, laissant de côté les situations auxquelles les grandes puissances seraient intéressées (pp. 112 et 147) pour faire des situations africaines son terrain privilégié. Le constat est le même quant aux situations déférées par le Conseil de sécurité, bien que les incidences politiques y soient moins surprenantes car inhérentes à son action et à sa composition (pp. 112-114 et pp. 151-154). Le Protocole de Malabo envisagerait de limiter l'impact des considérations politiques sur l'action de la cour pénale africaine. Le principe de complémentarité permettrait aux Etats africains d'engager des poursuites et d'ainsi soustraire certaines affaires aux juridictions étrangères. Pour ce faire, ils bénéficieraient de l'assistance de l'Organisation de l'Union africaine, encore manquante de la part de la Cour pénale internationale (p. 229). Le principe de complémentarité pourrait aussi permettre de soustraire à la juridiction de la Cour pénale internationale une affaire dont la cour pénale africaine se serait saisie. Même si le Protocole de Malabo ne prévoit pas quelle devrait être l'articulation entre leurs juridictions (p. 222), la délégation de compétence pénale par les Etats africains à l'origine de la création de cette cour régionale pourrait s'analyser comme équivalente à l'engagement de poursuites étatiques (p. 230), rendant ainsi toute affaire soumise à la cour pénale africaine irrecevable devant la Cour pénale internationale. De plus, le Conseil de paix et de sécurité de l'Organisation de l'unité africaine ne compte pas de membre permanent doté d'un pouvoir de veto, contrairement au Conseil de sécurité onusien, permettant ainsi d'éviter qu'un petit nombre d'Etats puissent bénéficier d'une immunité de fait (p. 267).

Deuxièmement, le projet porté par le Protocole de Malabo est imparfait tant juridiquement que pratiquement. D'une part, aucune réponse réelle n'est apportée à l'obstacle que constitue les immunités coutumières dont bénéficient les chefs d'Etats et de Gouvernement ainsi que certains haut-fonctionnaires (pp. 52-56). Pire, alors que le Statut de Rome prévoit que les immunités ne sont pas un obstacle à l'exercice de sa compétence par la Cour pénale internationale (p. 159), le Protocole de Malabo maintient l'immunité des chefs d'Etat et de Gouvernement ainsi que des hauts-fonctionnaires comme obstacle à l'exercice par la cour pénale africaine de sa compétence (p. 250). Même si l'obstacle n'est pas total, puisque l'immunité ne bénéficiera pas aux entreprises et aux autres responsables politiques (p. 256), ni ne sera applicable à toutes les situations comme en cas de changement inconstitutionnel de gouvernement (p. 258), il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un obstacle juridique indéniable à l'effectivité de l'action pénale régionale. D'autre part, plusieurs obstacles pratiques semblent ne pas avoir encore trouvé de solution. Le manque de ressources financières (p. 119), entachant l'efficacité d'un contentieux en croissance constante devant la Cour pénale internationale (p. 122), risque d'affecter d'autant la cour pénale africaine qu'elle ne serait qu'une section de la Cour africaine de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

justice devant partager les fonds avec ses autres sections (pp. 214-215). De plus, l'absence de coopération des Etats parties, observée devant la Cour pénale internationale (p. 123), risque de freiner de même l'action de la cour pénale africaine (p. 199) et de constituer un obstacle à la mise en œuvre de ses jugements (pp. 218-219). En tout état de cause, si le Protocole de Malabo ne permet pas de remédier aux failles de la justice pénale internationale, c'est aussi et surtout parce qu'il n'est pas encore entré en vigueur (p. 198). L'absence de volonté politique s'expliquerait par les nombreuses imprécisions (pp. 204-205) et lacunes (p. 222) qu'induit la rédaction du Protocole. Malgré ces limites, l'auteur conclut que les failles des mécanismes pénaux internationaux actuels fondent la nécessité de créer une cour pénale africaine pour y remédier (p. 260).

Somme toute, le propos est clair et original, d'autant qu'il ne souffre pas de la complaisance doctrinale habituelle à l'endroit de la Cour pénale internationale (pp. 4 et 268). La clarté du propos semble toutefois parfois dissimuler une simplicité juridique malvenue. Poser la question de savoir si les mécanismes existant en droit international laissent de la place pour la création d'une juridiction régionale semble déjà insinuer que celle-ci n'est possible que dès lors que l'état du droit international le lui permet. L'impression donnée est alors celle d'une hiérarchie entre systèmes au sein de l'ordre juridique international. Cette impression est d'autant renforcée quand l'auteur s'interroge sur la conformité du Protocole de Malabo, traité de droit international (p. 39), avec une éventuelle coutume supprimant l'immunité comme obstacle aux poursuites (pp. 252-255). Poser une telle question méconnaît l'absence de hiérarchie normative en droit international et l'angle de réponse proposée semble omettre l'adage *specialia generalibus derogant*. Il n'en reste pas moins que cet ouvrage est une pièce maîtresse de la doctrine de droit pénal international, en ce qu'il propose un œil critique sur une question des plus actuelles.

CÉCILE GOUBAULT-LARRECQ

LE FLOCH (GUILLAUME) ET LEMEY (MARIE) (DIR.). – *Le revirement de jurisprudence en droit international : actes du colloque de Rennes 27 et 28 juin 2019*, 383 p., 2021, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 00978 4 11

Fruit du colloque tenu à Rennes les 27 et 28 juin 2019, le présent ouvrage examine un sujet qui n'allait pas de soi, le revirement de jurisprudence en droit international. En témoigne le paradoxe sur lequel il s'ouvre : alors que le précédent est le « corollaire » du revirement (p. 176), « [l]e droit international ne connaît pas la règle du précédent obligatoire » (p. 15). Néanmoins, en pratique, les juridictions internationales développent une jurisprudence constante et se réfèrent largement à leurs précédents (pp. 15, 347). La récente juridictionnalisation du droit international justifiait donc cette étude pionnière, dont l'actualité est évidente à la lumière du blocage actuel de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC) par les Etats-Unis au motif, notamment, qu'il outrepasserait ses pouvoirs en appliquant le principe de *stare decisis* (pp. 125-126). Particulièrement exhaustif, l'ouvrage offre six parties consacrées à une catégorie donnée d'organes internationaux, dont la diversité géographique et matérielle mérite d'être saluée.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

En amont, dans son rapport introductif, Guillaume LE FLOCH livre, avec rigueur et clarté, les clés de compréhension du sujet, que les contributions suivantes viendront utilement illustrer. D'abord, la « définition-référentielle » (p. 175) du revirement de jurisprudence, « concept indéterminé » (p. 241), soulève des difficultés que l'ouvrage ne dissipera pas complètement. Il implique l'existence d'une jurisprudence (p. 16) – dont la définition est discutée par les contributeurs – et d'un « changement de cap » par rapport celle-ci (p. 17), excluant la simple évolution, le « raffinement de jurisprudence » (p. 123) et la solution véritablement nouvelle ou fondée sur le *distinguishing* (pp. 188-191). Toutefois, les hypothèses de revirement constituant un *continuum*, il s'agit « moins [d']un problème de demi-tour [que d'une] question de gradation » (p. 376), sujette à interprétation, ce qui complexifie la qualification.

Par conséquent, chaque auteur élabore sa propre définition du revirement, adaptée aux spécificités de la juridiction pertinente, afin de pouvoir traiter un sujet qui a parfois « tout de l'antithèse » (p. 79). C'est le cas en matière d'arbitrage interétatique ou CIRDI dont les caractéristiques rendent délicate la constitution d'une jurisprudence arbitrale (pp. 65, 79) et nécessaire l'acceptation de postulats définitionnels comportant, selon l'aveu de Niki ALOUPI elle-même, une « part d'artifice » et un risque de dénaturation des termes du sujet (p. 77).

Néanmoins, quelle que soit sa définition, le revirement inquiète, pour des raisons tenant tant à la cohérence de la jurisprudence, à l'égalité devant la loi (p. 7) et à la protection des attentes légitimes (p. 349) qu'à l'exigence de sécurité juridique. Cette dernière, comprenant notamment la stabilité et la prévisibilité du droit (p. 255), constitue un facteur de légitimité et d'acceptabilité des décisions (pp. 20-21) autant qu'un gage de leur exécution (p. 59). Or, ces préoccupations sont renforcées par la rétroactivité du revirement, aux effets cependant atténuables (p. 53). Toutefois, Piabié Jean-Baptiste BAKO souligne la dimension dynamique de la sécurité juridique, susceptible de requérir l'évolution d'une jurisprudence pour l'adapter aux faits (p. 258).

A la lumière de ces impératifs juridiques, le revirement devrait être soigneusement énoncé et motivé. Or, il est « introuvable » (p. 372), fréquemment masqué (p. 50) et affiché à tort comme le prolongement d'une évolution jurisprudentielle (p. 46). Alors que son camouflage n'incite pas les juridictions à le motiver (p. 49), la pédagogie de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH), motivant ses revirements « assumés » par un cumul de moyens fait office d'exception (pp. 51, 180, 196). Ce procédé de déguisement semble lié au « soupçon d'illégitimité » (p. 135) que ferait peser le revirement sur la juridiction et ses décisions.

Il reste qu'en droit international, le revirement est rare et repose sur des conditions strictes, variables selon les organes (pp. 22-23), lesquels ne peuvent tous s'offrir ce « luxe de la maturité » (p. 378) et subissent à des degrés divers l'influence des Etats (pp. 153, 285).

Au-delà de ces considérations générales, les spécificités de chacun des organes examinés ont été invoquées pour justifier leur stratégie jurisprudentielle. En premier lieu, s'agissant des juridictions interétatiques, Serena FORLATI souligne la « place particulière [de la Cour internationale de Justice] dans la (re)construction des règles de droit » (p. 93), en tant qu'organe des Nations Unies assumant une fonction « systémique », la conduisant à n'opérer que « des mises à point successives » (p. 106).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Quant à l'OMC, Giorgio SACERDOTI explique sa stratégie d'évitement du revirement – détaillée par Saïda EL BOUDOUHI et Sybilla FRIES qui identifient toutefois quelques revirements implicites (pp. 149-152), dont un relatif au principe même de jurisprudence constante (pp. 136-137) – par son système obligatoire de règlement des différends, clarifiant les règles applicables et rendant inacceptable, dans le contexte du système commercial multilatéral, une différence de traitement issue d'un revirement (pp. 160-161, 169).

En deuxième lieu, abordant les juridictions des droits de l'homme, Hélène RASPAIL s'interroge sur le caractère (in)adapté du concept de revirement à la lumière de l'interprétation évolutive des obligations (p. 176), dont l'invocation peut camoufler une rupture (p.182), la Cour EDH devant concilier ses fonctions de juge des droits de l'homme et de juge international (p. 177).

En troisième lieu, la partie consacrée aux juridictions d'intégration permet à Brunessen BERTRAND de souligner que la Cour de justice de l'Union européenne préfère au revirement l'apparence d'une « mise à jour permanente et discrète » de sa jurisprudence, induite par la modification de son mode de formation *via* des arrêts très factuels (p. 232). Frédérique ROLIN explique cet attachement par son rôle de gardienne de l'uniformité du droit de l'Union (p. 243).

En quatrième lieu, l'étude des juridictions pénales internationales soulève l'épineuse question de la compatibilité des revirements rétroactifs avec le principe de légalité (pp. 304, 330). D'abord, Marie LEMEY relève que la fréquence des revirements des tribunaux pénaux internationaux est liée au développement alors embryonnaire du droit international pénal (p. 289). Ensuite, Muriel UBEDA-SAILLARD analyse les rares revirements de la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale comme découlant de l'ambiguïté du droit applicable ou des traditions juridiques des juges (p. 311). Enfin, Marina EUDES se saisit du revirement au sein de tribunaux pénaux internationalisés très hétérogènes, se prêtant peu à la systématisation (p. 325), et dont les caractéristiques paraissent proscrire toute jurisprudence commune (p. 328).

Enfin, l'examen étoffé des juridictions administratives internationales par Lucie PAIOLA dévoile « des modes opératoires comparables » (p. 354), privilégiant l'évolution progressive (p. 356), quand bien même seuls les tribunaux administratifs des Nations Unies et celui de l'Organisation internationale du travail ont consacré, avec mesure, le principe du *stare decisis* (pp. 349-354).

En refermant cet ouvrage ambitieux, le lecteur aura apprécié l'enrichissant dialogue entre praticiens et universitaires ainsi que l'ampleur du champ de l'étude, bien qu'une incursion au sein des jurisprudences nationales en la matière aurait pu permettre d'approfondir les propos évoquant le dialogue des juges (pp. 224, 242). Toutefois, il regrettera l'absence de réponse définitive à certaines interrogations centrales, notamment définitionnelles, nuisant à la compréhension globale du phénomène. En réalité, l'obstacle est peut-être inéluctable. En effet, dans ses conclusions, Jean-Marc SOREL argue que la « vision fonctionnelle » du droit adapté aux faits, révélée par le revirement, pourrait « expliquer la difficulté à trouver la molécule du revirement en droit international entre son essence et la simple adaptation casuistique » (p. 379). Enfin, le découpage des actes par catégorie de juridictions ne semble pas motivé par une convergence spécifique de leurs stratégies de revirement, ce qui peut décevoir le lecteur

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

qui voyait, dans le singulier du titre du colloque – surprenant au regard « des formes presque infinies » de revirements (p. 375) – une promesse d'effort de systématisation. Néanmoins, l'ouvrage fournit tous les outils nécessaires à la réalisation de cette gymnastique intellectuelle, non insurmontable dès lors qu'il a été brillamment démontré que les organes internationaux les plus divers adoptent des lignes de conduite peu ou prou comparables. Le lecteur sera ainsi nécessairement conduit à interroger plus largement le rôle du juge dans l'organisation des pouvoirs ainsi que le caractère normatif de la jurisprudence en droit international.

VICTORIA DHAISNE

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

IHEI

GRANDES PAGES DU DROIT INTERNATIONAL

L'illicite

2021 VOLUME 7 – SOMMAIRE :

Le concept d'illicite

Paul Reuter : une théorie ou une non-théorie de l'illicite,
par Eric WYLER
L'imputation des faits des personnes privées à l'Etat selon D. Anzilotti,
par Daphné DREYSSE
L'illicite autorisé dans la pensée internationaliste (Politis),
par Maryline GRANGE
Sanction de l'illicite et réalité du droit international : l'empirisme juridique du jeune Hans Morgenthau,
par Alexandre HERMET
Le fait générateur de la responsabilité : le risque comme alternative à l'illicite ? (Georges Scelle, Wilfred Jenks),
par Mathilde FRAPPIER

Les figures de l'illicite

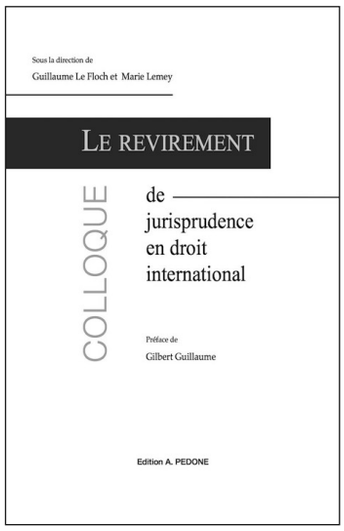
Retour sur le lieu du crime : le cinquième rapport d'Ago à la CDI,
par Andrea GATTINI
L'« infraction internationale » selon Stefan Glaser,
par Anne-Marie THEVENOT-WERNER
Le crime d'Etat d'après Robert Rosenstock,
par Hadi AZARI
Le jugement national internationalement illicite selon Charles De Visscher,
par Yves NOUVEL
Bruno Oppetit et l'illicite dans le commerce international,
par Eloïse GLUCKSMANN

ISBN 978-2-233-00983-8 35 €

EDITIONS A. PEDONE

Commande aux Editions Pedone - 13 rue Soufflot - 75005 Paris, par télécopie + 33 (0)1 46 34 07 60
ou par mail : editions-pedone@orange.fr

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021



Sous la direction de

Guillaume Le Floch et Marie Lemey

LE REVIREMENT de jurisprudence en droit international

Préface de

Gilbert Guillaume

Le revirement de jurisprudence cristallise une tension classique du droit entre la nouveauté et la sécurité. D'un côté, il permet au juge d'adapter sa jurisprudence à l'évolution de la société. C'est un élément inhérent à la fonction de juger. Mais, de l'autre côté, en prenant le contrepied de la position qui était jusqu'alors la sienne, le juge porte inéluctablement atteinte au principe de sécurité juridique. Le revirement altère la confiance des justiciables et risque de remettre en cause l'autorité des décisions voire *in fine* de compromettre leur exécution. Si l'équation est de manière générale fort délicate, elle l'est d'autant plus dans l'ordre juridique international que la justice, en dépit des évolutions les plus récentes, y demeure largement consensuelle.

Le présent ouvrage se propose d'analyser la question du revirement de jurisprudence à travers l'étude de la pratique de plusieurs organes juridictionnels réunis autour de grands ensembles : l'arbitrage (tribunaux interétatiques, CIRDI), les juridictions interétatiques (CIJ, TIDM, ORDOMC), les juridictions des droits de l'homme (CEDH, CIDH), les juridictions d'intégration (CJUE, juridictions d'intégration africaines, juridictions d'intégration latino-américaines), les juridictions pénales internationales (CPI, tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, tribunaux pénaux internationalisés) et les juridictions administratives internationales.

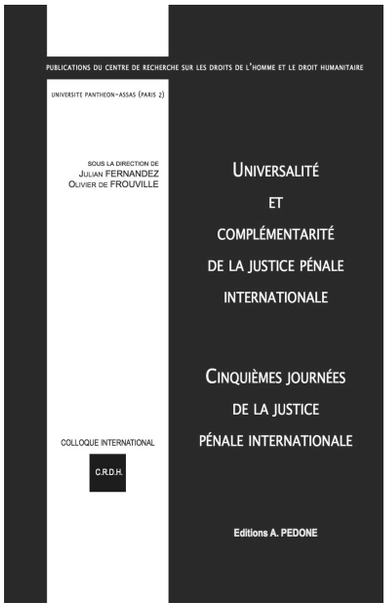
Les différentes études qui émanent d'universitaires sont complétées par le regard de praticiens dont plusieurs membres des juridictions étudiées.

EDITIONS A. PEDONE

Commande aux Editions Pedone - 13 rue Soufflot - 75005 Paris, par télécopie + 33 (0)1 46 34 07 60
ou par mail : editions-pedone@orange.fr

ISBN 978-2-233-00978-4 42 €

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021



UNIVERSALITÉ ET COMPLÉMENTARITÉ DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

CINQUIÈMES JOURNÉES DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

SOUS LA DIRECTION DE
JULIAN FERNANDEZ
OLIVIER DE FROUVILLE

Cet ouvrage reprend les actes des cinquièmes journées de la justice pénale internationale qui se sont tenues les 30 et 31 janvier 2020. Après le succès des précédentes éditions, le Centre Thucydide et le Centre de Recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH/Paris Human Rights Center) de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas ont voulu à nouveau interroger les défis rencontrés et la capacité des institutions de la justice pénale internationale à les relever. Un premier défi est celui de l'universalité, y compris dans sa dimension personnelle : poursuivre tous les crimes de droit international, quels qu'en soient les auteurs, sans autre retenues que celles prévues par les statuts des juridictions instituées. Le second défi est celui de l'efficacité de la justice pénale internationale avec cette idée simple, qui est présente depuis les origines, mais qui reste encore largement à construire en pratique, que la répression des crimes ne peut pas reposer sur la seule CPI, ni même sur des juridictions internationales *ad hoc*. Sur ce point, les rédacteurs du Statut de Rome ont fait de la complémentarié un concept clé du Statut, sur lequel il a semblé utile de revenir cette année. Le troisième défi, enfin, est celui de l'exemplarité : les juridictions internationales pénales ont de moins en moins le droit à l'erreur et doivent toujours plus défendre leur action face aux multiples mises en cause du multilatéralisme. Il en va du comportement de leurs agents et organes comme de l'utilisation judicieuse de leurs ressources.

Ce volume rassemble les contributions de Hervé Ascensio, Jean-Jacques Badibanga, Gilbert Bitti, Fatou Bensouda, Bruno Cotte, Aurélia Devos, Catherine Marchi-Uhel, Magali Maystre, Sévane Garibian, Philip Grant, Fabricio Guariglia, Juan-Carlos Henao, Joël Hubrecht, Jean-Marc Lavergne, Marie Regnier-Pellat, Jeanne Sulzer et Muriel Ubeda-Saillard.

EDITIONS A. PEDONE

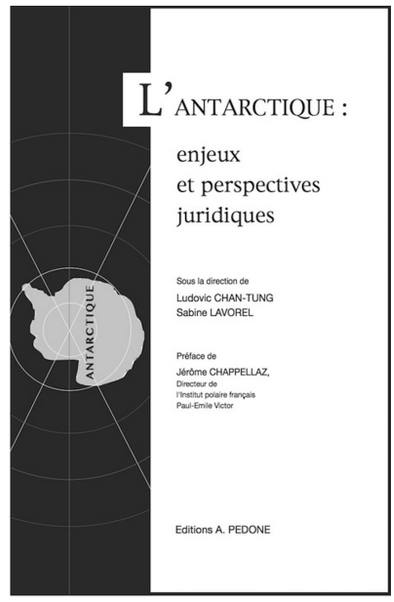
Commande aux Editions Pedone - 13 rue Soufflot - 75005 Paris, par télécopie + 33 (0)1 46 34 07 60
ou par mail : editions-pedone@orange.fr

ISBN 978-2-233-00980-7 30 €

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

L'Antarctique : enjeux et perspectives juridiques

Sous la direction de
Ludovic CHAN-TUNG
Sabine LAVOREL



Depuis maintenant plus de 60 ans, l'Antarctique est soumis à un régime juridique unique au monde. Le Traité de Washington, signé le 1er décembre 1959, instaure au-delà du 60ème parallèle sud la première zone non-militarisée et non-nucléarisée de la planète, gérée collectivement par l'ensemble des Etats parties. Il fait de l'Antarctique un continent protégé de toute appropriation étatique et dédié à la recherche scientifique, dans « l'intérêt de l'humanité tout entière ». Au fil des années, ce dispositif inédit a été complété par plusieurs conventions protégeant l'environnement si spécifique de la zone australe et par les décisions adoptées annuellement par les Etats parties au Traité de Washington, désormais au nombre de 54. Cet ensemble d'instruments internationaux, connu sous le nom de Système du Traité sur l'Antarctique (STA), constitue un exemple unique de gouvernance internationale d'une région dédiée à la paix, aux activités scientifiques et à la protection de l'environnement.

Ces dernières années, le STA est toutefois confronté à des défis inédits : aux risques environnementaux exacerbés par le réchauffement climatique dont les effets sont particulièrement sensibles en Antarctique, s'ajoutent les incertitudes liées à l'intensification des activités humaines dans la zone (pêche, tourisme, bioprospection, exploration minière) et les tensions géopolitiques résultant à la fois de la résurgence des prétentions territoriales de certains Etats parties et de la convoitise de plusieurs d'entre eux sur les ressources naturelles du continent blanc.

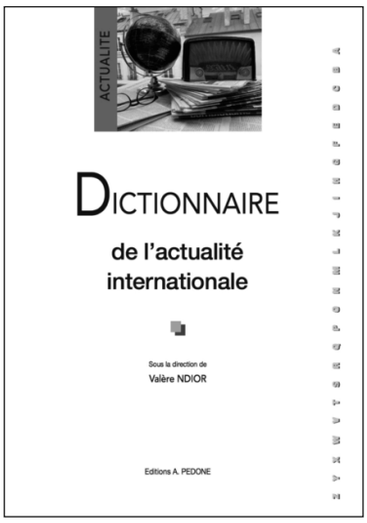
Dans ce contexte, cet ouvrage vise à apporter un éclairage analytique du STA, en mettant plus particulièrement en exergue trois enjeux auxquels celui-ci est désormais confronté : celui de l'avenir de la gouvernance internationalisée mise en place par le Traité de Washington, celui de l'exacerbation des rivalités géostratégiques autour de la zone antarctique et, enfin, celui de « l'exportation normative » d'un régime international sans équivalent qui constitue, à bien des égards, un véritable laboratoire du droit international contemporain.

EDITIONS A. PEDONE

Commande aux Editions Pedone - 13 rue Soufflot - 75005 Paris, par télécopie + 33 (0)1 46 34 07 60
ou par mail : editions-pedone@orange.fr

ISBN 978-2-233-00976-0 36 €

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021



DICTIONNAIRE
de l'actualité internationale

Sous la direction de

Valère NDIOR

Dictionnaire de l'actualité internationale vise à décrypter les expressions employées par les médias et acteurs de l'actualité. De l'« agenda » au « théâtre des hostilités » en passant par les « *fake news* » ou la « ligne rouge », près de 300 entrées, rédigées par des universitaires et des praticiens, structurent cet ouvrage collectif.
Les expressions traitées correspondent à des lieux communs (*Appeler à, Déplorer, Féliciter, Saluer…*), des formules récurrentes (*Feuille de route, Homologue, Impasse, Zéro tolérance…*) ou des concepts et notions dont la signification a été affectée par des discours réducteurs (*Crise, Démocratie, Guerre, Finance…*).

Chaque entrée, rédigée avec un souci d'accessibilité aux non-spécialistes, intègre des exemples tirés de la pratique contemporaine et des citations issues d'une variété de médias : presse écrite, radio, télévision et sites internet d'information. Les discours, communiqués, tweets et références issues de la culture populaire sont également mobilisés pour souligner les représentations contrastées du droit international et des relations internationales. Les éclairages ainsi apportés aideront les lecteurs à se forger un esprit critique face au traitement par les médias des faits d'intérêt international.
L'ouvrage est conçu à destination des étudiants, universitaires, praticiens, journalistes et plus généralement des personnes qui s'intéressent à l'actualité internationale.

Valère Ndior *est professeur de droit public à l'Université de Bretagne occidentale.*
Il a créé en 2011 le blog « Le droit international expliqué à Raoul ».

Cet ouvrage a été réalisé avec la collaboration éditoriale de Raphaël Maurel (maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne) et Elodie Weil (doctorante à la CY Cergy Paris Université). Il rassemble les contributions de 106 contributeurs provenant de 12 pays.

Sa publication a été permise grâce au soutien du Lab-LEX (UR 7480) et de la Faculté de droit, économie-gestion et AES de l'Université de Bretagne occidentale.

EDITIONS A. PEDONE

Commande aux Editions Pedone - 13 rue Soufflot - 75005 Paris, par télécopie + 33 (0)1 46 34 07 60
ou par mail : editions-pedone@orange.fr

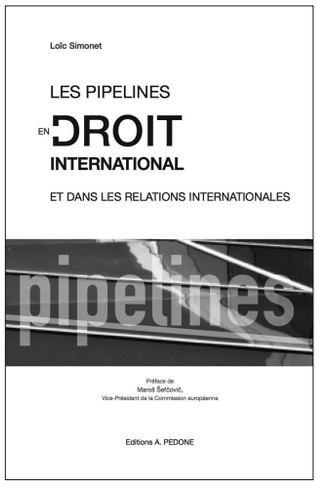
ISBN 978-2-233-00968-5 54 €

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Loïc Simonet

LES PIPELINES EN DROIT INTERNATIONAL

ET
DANS LES RELATIONS
INTERNATIONALES



Enjeux colossaux en raison des investissements qu'ils requièrent, des défis techniques de leur pose, des intérêts économiques des pays qui s'en disputent le tracé et de leur importance dans les relations entre Etats riverains et grandes puissances, les pipelines terrestres n'avaient pourtant encore jamais fait l'objet d'une étude exhaustive en langue française, contrairement aux canalisations sous-marines.

Mobilisant les ressources d'une bibliographie considérable, de revues pétrolières et gazières confidentielles et des archives du Quai d'Orsay, l'auteur de cet ouvrage ne se livre pas seulement à une confrontation minutieuse du pipeline et du droit international, qui ne néglige pas la réglementation européenne. En suivant la route des oléoducs et des gazoducs internationaux et son impact sur la souveraineté de l'Etat de transit, en évoquant les dommages que des décennies de conflits, notamment au Moyen-Orient et dans le Caucase, leur ont infligés, en s'attardant sur les modalités de leur protection contre le terrorisme, l'auteur donne vie à ces infrastructures de plusieurs milliers de kilomètres dont dépend notre existence quotidienne, sans que nous réalisions pleinement leur impact sur la géopolitique et les relations internationales.

Docteur en droit, Loïc Simonet s'occupe des relations extérieures d'une organisation internationale. Il a publié plus d'une trentaine d'articles sur le droit et la géopolitique des pipelines et sur le contrôle des armements, ainsi qu'un ouvrage sur le Traité sur le commerce des armes (Pedone, 2015).

EDITIONS A. PEDONE

Commande aux Editions Pedone - 13 rue Soufflot - 75005 Paris, par télécopie + 33 (0)1 46 34 07 60
ou par mail : editions-pedone@orange.fr

ISBN 978-2-233-00977-5 42 €

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2021

Sommaire

Articles

Eric WYLER - Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
Le juge international et la relation règle/cas du point de vue du formalisme et du pragmatisme 225

Philippe FRUMER - Chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles
« Je suis venu te dire que je m'en vais...» La dénonciation des traités régionaux de protection des droits de l'homme 253

Sarah JAMAL - Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), chercheuse associée au C.R.D.H.
La compétence de la Cour pénale internationale en Palestine
A propos de la décision du 5 février 2021 289

Chronique des faits internationaux 313
Sous la direction de Thibaut FLEURY GRAFF

Chronique de jurisprudence internationale 383
Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

Jurisprudence française en matière de droit international public 429
Sous la direction de Baptiste TRANCHANT

Bibliographie critique 447
Sous la direction de Sébastien TOUZÉ

Commission paritaire des publications 58627