

Tome 125
2021
N°3

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

Prix Abonnement 2021 - France	190 €
Europe	245 €
Etranger	290 €
Prix du numéro	44 €

**PARTICULARITES ESSENTIELLES
DE LA PERSONNE MORALE ETAT
ET RAPPORTS
ENTRE ORDRES ETATIQUES ET ORDRE INTERNATIONAL**
**Observations critiques
sur certaines théories doctrinales
et conceptions proposées**

Jacques DEHAUSSY

*Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon,
Ancien recteur d'Académie*

La rédaction du présent article, entreprise en septembre 2019, fut longue et laborieuse en raison de divers ennuis de santé qui affectèrent l'auteur, le tenant à plusieurs reprises éloigné de sa table de travail. Jacques Dehaussy se penchait encore sur son manuscrit dans l'après-midi du 13 février 2021 lorsqu'il rendit son dernier soupir. Sans doute, le texte reproduit ici n'est-il pas tout à fait celui auquel son auteur aurait pu donner le « bon à tirer ». Il a été mis en forme par celle qu'il appelait sa « fille adoptive », Claudia Charpentier, et revu attentivement par le soussigné, que Jacques Dehaussy avait informé de son intention de répondre au « point de vue » qu'avait fait paraître le Directeur de la R.G.D.I.P. Il lui avait également fait part de son désir d'apporter, à travers quelques observations critiques, une sorte de complément à ses « Propos » publiés en 2017, estimant que ceux-ci n'étaient peut-être pas toujours suffisamment explicites. La publication posthume de son dernier écrit doit être regardée comme un ultime hommage rendu à celui que le professeur Combacau considérait à juste titre comme « l'un des tout premiers internationalistes de sa génération. »

J.P.Q.

*

R.G.D.I.P. 2021-3

A l'origine de ce propos est la surprise que m'a causée l'intitulé – « *L'expansion de la souveraineté de l'Etat* » – du bref « Point de vue » publié par le professeur Carlo Santulli dans cette *Revue* en 2019 (pp. 355-362). Car la notion de souveraineté de l'Etat ne me paraît pas susceptible d'expansion, non plus d'ailleurs que de diminution. C'est, me semble-t-il, l'attribut fondamental de l'Etat. Je me suis senti tenu de présenter, de cette notion, une conception plus conforme, selon moi, au droit positif¹. La première partie du présent article est consacrée à son exposé. De là, le plan quelque peu insolite de ce propos : la souveraineté n'est-elle pas l'un des caractères spécifiques de l'Etat, ce caractère le distinguant de toute autre personne morale ? Mieux, c'est de la souveraineté que résultent toutes les autres particularités qu'il présente, particularités « essentielles », au sens propre du terme, c'est-à-dire participant de son essence même.

M'ont surpris, aussi, certains des termes qui figurent dans ce Point de vue². Ils suggèrent que certaines matières – en l'occurrence, les droits de l'homme et l'environnement – relèveraient exclusivement des droits internes, et non du droit international : les normes qui régissent les rapports juridiques qu'elles encadrent ne s'appliqueraient qu'aux personnes privées, soit entre elles, soit avec les autorités étatiques. Seule, « la bienveillance » des Etats parties serait à l'origine des traités, liant ces Etats, portant sur ces matières. Pareille affirmation résulte, me semble-t-il, d'une interprétation (qui me paraît, d'ailleurs, abusive) de la doctrine dualiste classique, dont Carlo Santulli est l'un des partisans déclarés³. Cette doctrine – que dorénavant, je qualifierai de traditionnelle – est soutenue en Europe continentale, et spécialement en France, depuis le début du XX^e siècle, à la suite de D. Anzilotti, par une large majorité des internationalistes. Or, l'affirmation première de cette doctrine, à savoir que les ordres étatiques internes seraient totalement séparés de l'ordre international – lequel ne régirait que les rapports entre Etats – me paraît contestable. Cette conception appelle, en effet, des critiques théoriques et présente de notables inconvénients pratiques. Elle sera discutée dans les deux parties qui constituent l'essentiel de ce propos : l'une – la deuxième – sera relative à la notion d'Etat ; l'autre – la troisième – portera sur les rapports existant entre les ordres étatiques et l'ordre juridique international.

Me semble préférable à la théorie dualiste traditionnelle – nécessairement abstraite, puisque concernant tous les Etats du monde, et intemporelle – une conception un peu moins abstraite et évolutive, donc empreinte d'un certain

¹ Comme Carlo Santulli, je me dispenserai d'alourdir mon propos par des références qu'ont en mémoire tous les internationalistes. Et, comme lui, je me permets d'utiliser la première personne du singulier afin de bien marquer que les conceptions, qui y sont exposées, résultent, pour beaucoup, de réflexions qui me sont personnelles.

² Ces termes sont beaucoup plus radicaux que ceux qu'il emploie dans ses autres écrits, notamment dans sa stimulante *Introduction au droit international* (Editions Pedone, 2013, 276 p.), où la protection des droits de l'homme trouve toute sa place comme faisant partie du droit international contemporain.

³ Encore que l'intitulé de sa remarquable thèse, détaché de son contexte, « *Le statut international de l'ordre juridique étatique* » (Editions Pedone, 2001, 540 p.), pourrait faire douter de cette allégeance.

relativisme⁴. Sera souligné le rôle des organes de la personne morale qu'est l'Etat dans l'exercice des compétences qui lui sont reconnues. Outre les compétences qu'ils exercent à l'égard de toute personne résidant sur le territoire étatique en vertu de la Constitution de chaque Etat, ces organes – pratiquement, à un haut niveau, les mêmes – participent à la formation, dans l'ordre international, de normes dans l'exercice de compétences que l'Etat partage avec ses semblables, les autres Etats. S'affirme l'unicité de la personnalité de l'Etat, en même temps que sa singularité par comparaison avec toutes les autres personnes morales créées au sein des ordres étatiques. Mais c'est en vertu de la norme coutumière, qui transpose en droit international le principe général de droit *pacta sunt servanda*, que l'Etat, agissant par ses organes, est obligé de faire produire par l'action de ses organes administratifs et juridictionnels tous les effets de ces normes à l'égard des catégories de personnes qu'elles déterminent. Selon cette conception, les ordres étatiques ne sont pas séparés de l'ordre international : ce que j'appelle le « droit constitutionnel » de cet ordre est un ensemble de coutumes auxquelles, aujourd'hui, tous les Etats du monde reconnaissent, consensuellement, qu'ils participent par les actes et par le comportement de leurs organes. Pour autant, cette conception n'implique aucunement que les ordres étatiques, en tout leur contenu matériel normatif, soient subordonnés aux quelques règles que comporterait l'ordre international, ce que supposent les doctrines monistes. Les ordres étatiques et l'ordre international m'apparaissent comme étant à la fois distincts et interdépendants⁵. Cette interdépendance était impliquée par la plupart des développements que j'ai consacrés aux sources du droit international et auxquels, pour plus de détails, je me permets de renvoyer le lecteur⁶.

⁴ Ma conception, située historiquement, ne porte que sur une brève période, qui va du XVI^e siècle jusqu'à l'époque contemporaine, ce qui est bien peu dans l'histoire des collectivités humaines politiquement organisées. Sans doute des relations susceptibles d'être qualifiées d'ordres internationaux ont-elles existé selon de tout autres modalités que celles qui font l'objet de ce propos, soit avant cette période (par exemple, rapports politiques, économiques et culturels entre Cités phéniciennes ou, à plusieurs moments de leur histoire, entre Cités grecques, Empire romain, Empire ottoman), soit même alors que se formait l'ordre international actuel (Etats sous la domination de Charles Quint et de ses successeurs), voire plus récemment (Etats faisant partie de l'Empire austro-hongrois). Peut-être aussi, entre les cités ou les royaumes des Olmèques, puis des Mayas, a-t-il existé en Amérique centrale une institution coutumière comparable à un ordre international. Et il n'est pas exclu que, dans l'avenir, en raison de je ne sais quels bouleversements, des formes nouvelles d'ordre « international » s'établissent entre des entités politiquement organisées autrement que sous les espèces d'Etats, tels qu'aujourd'hui nous concevons la notion d'Etat.

⁵ Ce terme n'est sans doute pas tout à fait approprié pour signifier ce que, selon moi, sont ces rapports. Mais je n'en ai pas trouvé de plus signifiant.

⁶ *Propos sur les sources du droit international : L'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier* (Editions Pedone, 2017, 600 p.). V. spécialement la définition que je donne des sources du droit international (p. 129) et les développements relatifs aux normes coutumières constitutives de ce que je considère comme étant le « droit constitutionnel » de l'ordre international (p. 415-575). Dans cet ouvrage et dans le présent propos, j'emploie à dessein les néologismes « normateur » et « normatrice » pour qualifier les actes juridiques (notamment les conventions) et, s'agissant de la coutume, les comportements générateurs de normes, lesquelles constituent le Droit dit « objectif », et donc pour qualifier la fonction, qui doit être assurée en tout ordre juridique, consistant à émettre des normes. Le terme « normatif » me paraît qualifier le contenu matériel « abstrait » des règles de conduite qui ont la qualité d'être des normes. Sur la

Ainsi la critique de la thèse que Carlo Santulli soutient, en son bref Point de vue, et la discussion qu'appelle la doctrine sur laquelle se fonde sa pensée me donnent l'occasion d'expliciter, aussi succinctement que possible, mes propres conceptions sur des sujets beaucoup plus étendus que le point particulier qu'est la souveraineté de l'Etat : d'une part, les caractères spécifiques de sa personnalité ; d'autre part, les rapports entre les ordres étatiques – lesquels ont été multipliés presque par quatre au cours des dernières décennies – et l'ordre juridique international, ordre dont les coutumes qu'il comporte ont considérablement évolué durant la même période.

**I. LA SOUVERAINETÉ DE L'ÉTAT CONÇUE
COMME ÉTANT L'ATTRIBUT FONDAMENTAL DE SA PERSONNALITÉ,
THÉORIQUEMENT INVARIABLE EN SON CONTENU MATÉRIEL,
ET NON COMME UNE QUALITÉ SUSCEPTIBLE D'« EXPANSION »**

Carlo Santulli soutient que, puisque les Etats sont les auteurs des dispositions conventionnelles et puisque, toujours, ces dispositions servent les intérêts que ces Etats ont souverainement déterminés, non seulement les règles qu'elles posent ne peuvent que respecter la souveraineté de ces Etats, mais encore elles ont toutes pour effet de réaliser « l'expansion » de cette souveraineté. Et il s'élève contre les dires de ceux, parmi les internationalistes, qui prétendent que le droit international a aujourd'hui pour effet, le plus souvent, de limiter la souveraineté des Etats, et qui estiment « bon » qu'il en aille ainsi. A vrai dire, les exemples sur lesquels il s'appuie pour soutenir sa démonstration ne me paraissent pas pleinement convaincants, même en adoptant son point de vue⁷.

Les termes « expansion de la souveraineté » peuvent, certes, être interprétés de deux manières. Ils pourraient signifier que la souveraineté de l'Etat n'existe qu'en tant qu'elle serait sujette à expansion. Pareille conception n'est assurément pas soutenue par l'auteur. Elle ne serait pas compatible avec celle de l'Etat, qui est sienne, en ses rapports avec les autres Etats. Pour lui, la souveraineté a certainement une base fondamentale, celle que j'estime être seule en cause, comme je le développerai plus loin ; mais elle serait constamment susceptible de s'étendre au fur et à mesure que l'Etat conclut des traités avec les autres Etats.

notion de « norme », telle que la théorie générale du droit me paraît la concevoir, et, partant, sur la notion de « sources du droit ». V. *infra* note 22.

⁷ Si un traité oblige un Etat à réprimer un comportement que, jusqu'alors, il ne regardait pas comme une infraction pénalement répréhensible, ou à le réprimer plus sévèrement, en quoi sa souveraineté se trouve-t-elle étendue ? Autre exemple : celui d'un traité supprimant les doubles impositions. S'il bénéficie aux ressortissants concernés des Etats parties, il est plutôt contraire aux intérêts fiscaux immédiats de ces derniers, donc à leur souveraineté au sens où l'auteur entend ce terme. Enfin, un traité par lequel un Etat s'oblige à édicter les normes par lesquelles il cessera d'être un « paradis fiscal », s'il bénéficie clairement aux Etats qui obtiennent sa conclusion, il ne bénéficie à cet Etat que parce qu'il est de son intérêt d'éviter que des mesures économiques défavorables soient prises à son endroit.

Pourrait-elle ainsi s'étendre indéfiniment ? Et sans qu'il soit porté atteinte à celle de quelque autre partie ? Quelle que soit l'interprétation donnée aux termes utilisés par l'auteur, « l'expansion » de la souveraineté de l'Etat, matière par matière, serait fonction du nombre des traités conclus par lui, du contenu de leurs dispositions et de la diversification des parties avec lesquelles il les conclut. Elle se ramènerait à la prise en considération des avantages que l'Etat tire de chaque traité – étant posé par l'auteur que chaque partie en tire avantage. Elle serait donc relative, puisque propre à chaque Etat considéré. Il y aurait des Etats plus « souverains » que d'autres. Et elle serait évolutive.

Les observations sur lesquelles se fondent les propos de Carlo Santulli appellent, me semble-t-il, une interprétation autre que la sienne. Ce n'est pas la « souveraineté » de l'Etat qui bénéficie des avantages que celui-ci retire des effets produits par chaque traité, à supposer qu'il en retire toujours des avantages, au sens précis du terme. Et les Etats qui concluent un traité ont toujours l'obligation de respecter, en leurs dispositions, la souveraineté de chacun d'eux. C'est le fait de le conclure qui est *la manifestation de leur souveraineté*. La conclusion d'un traité, acte collectif générateur de droits et d'obligations des Etats parties (donc, selon moi, de normes applicables à des catégories déterminées de personnes sujettes de ces Etats), résulte du concours des volontés exprimées au nom de deux, de plusieurs Etats individuellement déterminés par le traité, ou d'un nombre d'Etats aussi grand que possible (dans le cas d'une convention ouverte). Or, si cette expression peut se manifester, c'est en vertu des compétences dont le droit international reconnaît à chaque Etat le libre exercice, dans les rapports qu'il entretient avec tous les autres Etats. Cet égal et libre exercice des compétences, grâce auxquelles les traités sont conclus, est l'un des aspects de sa « souveraineté ». Celle-ci est classiquement considérée comme étant l'attribut fondamental, de contenu invariable, de l'Etat, attribut qui le différencie de toute autre personne morale, en quelque ordre juridique que ce soit. L'Etat est souverain ou il n'est pas.

Revenons un instant sur ce que signifiait autrefois le vocable souveraineté, en nous bornant à l'Europe et à l'époque qui a suivi l'effondrement de l'Empire romain. C'était le pouvoir autoproclamé d'un individu (ou parfois d'une Cité, avec les territoires et les populations dont elle avait acquis l'exclusive possession, en s'étant libérée de tout pouvoir extérieur) sur tous ceux qui étaient ses sujets, c'est-à-dire sur tous ceux qui lui étaient assujettis. Le souverain ne pouvait tolérer que ce pouvoir lui fût contesté par quelque individu ou groupe d'individus figurant parmi ses sujets ou lui étant extérieurs. Il n'entretenait de rapports politiques ou commerciaux, à titre personnel (mais en engageant toutes les catégories concernées de ses sujets), qu'avec les autres souverains qu'il avait reconnus comme tels (et qui l'avaient, lui aussi, reconnu comme tel). Ces souverains pouvaient entrer en guerre les uns contre les autres, lorsque l'un d'eux contestait que le pouvoir d'un autre pût légitimement s'étendre sur une partie de

territoire, et donc sur les populations y résidant, voire sur l'ensemble d'un territoire (querelles de succession monarchique). Les rapports entre « princes » étaient régis par quelques règles coutumières. *De jure belli ac pacis* : l'ordre même dans lequel les notions de guerre et de paix – c'est-à-dire de rapports de « commerce » (au sens large du terme) – étaient envisagées est révélateur des conceptions alors régnaient⁸.

A l'époque où les « grandes Puissances » se sont concurrencées pour étendre leur domaine colonial, les revendications de souveraineté territoriale (le Congrès de Berlin les ayant seulement formalisées, afin d'éviter qu'elles dégénèrent en conflits armés) ont constitué l'héritage, reçu par les Etats modernes, des rapports de puissance qu'entretenaient entre eux les souverains de jadis. Elles n'ont pris fin, de fait, que lorsque la quasi-intégralité des territoires habitables, et donc celle des populations, s'est trouvée répartie entre Etats : la guerre des Malouines entre la Grande-Bretagne et l'Argentine est l'ultime manifestation des querelles coloniales.

De nos jours, en même temps que de la notion de sujets soumis à un pouvoir souverain on est passé à celle de « sujets de droit », la souveraineté est devenue l'attribut de l'Etat. Cet attribut est institué par l'une des plus importantes normes coutumières constitutives du « droit constitutionnel » de l'ordre international. Selon cette norme, chaque Etat est indépendant des autres, c'est-à-dire de chacun d'entre eux, mais non pas totalement de l'ensemble des Etats du monde, puisqu'il est l'un d'eux. Aucun autre Etat, non plus qu'un groupe limité d'Etats, n'est en droit d'exiger qu'il prenne une décision ni, *a fortiori*, de se substituer à lui pour la prendre. Et ce, quel que soit l'objet de cette décision – que celle-ci soit relative aux rapports entretenus par l'Etat avec des catégories de personnes résidant sur son territoire (notamment celles ayant sa nationalité) ou avec d'autres Etats. Ainsi la souveraineté de l'Etat n'a-t-elle rien d'absolu, comme le laisserait supposer le terme. De même que la plupart des libertés individuelles, elle s'arrête là où commence la souveraineté d'un autre Etat⁹.

⁸ Les auteurs encore aujourd'hui tenus comme ayant été les pères fondateurs du droit international – de Grotius à Vattel en passant par Leibniz et Pufendorf –, écrivant à l'époque où s'instaurait la notion moderne d'Etat mais où chacun des Etats (entendons ceux d'Europe) était une monarchie absolue, ne font guère que développer le contenu de ces règles, en les actualisant, par exemple en formalisant l'entrée en guerre, de telle sorte qu'elle soit tenue pour être « juste ».

⁹ Des historiens ont récemment qualifié de « limitée » la souveraineté d'Etats dominés, de 1945 jusqu'à la « perestroïka », par un parti politique, le parti communiste, dont l'idéologie était universaliste. Ces Etats se trouvaient dans la zone du monde où avait été reconnue l'influence – en fait, la domination – de l'ex-U.R.S.S. (Accords de Potsdam entérinant le gentlemen's agreement de Yalta). Pour justifier la répression par des interventions soviétiques armées de ce qui était considéré comme des errements par rapport aux « principes du marxisme-léninisme » – errements tolérés, voire institués, par les dirigeants de la Hongrie et de la Tchécoslovaquie –, Brejnev déclarait : « Chaque parti communiste est libre d'appliquer les principes du marxisme-léninisme et du socialisme dans son pays, mais il n'est pas libre de s'écarter de ces principes... L'affaiblissement d'un maillon quelconque du système socialiste mondial affecte directement tous les pays socialistes, et ils ne sauraient y rester indifférents ». Dès 1988, Gorbatchev reconnaissait, à la tribune de l'Assemblée générale de l'O.N.U., que « la liberté de choix est un principe universel. Il ne devrait pas y avoir d'exception ». Actuellement, certaines dérives islamistes voudraient que le culte musulman, dans son interprétation littérale, et que les institutions étatiques que son application intégrale implique s'imposent

De cette conception résulte l'égalité juridique des Etats, telle qu'elle est constamment proclamée dans le cours des relations internationales et, plus spécialement, au sein des organisations internationales à vocation universelle (à l'exception de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international). Ne sont pris en considération ni l'étendue de leur territoire, ni l'importance de leur population, non plus que leur richesse (actuelle ou potentielle) et leur niveau de développement économique et culturel. Bien évidemment, cette égalité juridique n'exclut pas qu'existent, entre Etats, des rapports de puissance, d'ailleurs susceptibles d'évoluer dans le temps¹⁰.

La souveraineté de l'Etat est toujours présentée comme un tout indivisible. Et c'est toujours dans le cadre des relations internationales qu'elle est invoquée. C'est sa pleine reconnaissance par tous les Etats préexistants, et d'abord par l'Etat ex-colonisateur, qui a été revendiquée par les mouvements de libération nationale, puis obtenue lors de la création des Etats issus du mouvement de décolonisation. Remarquable est la dialectique des contradictoires qui a conduit à ce qu'un Etat souverain, semblable en sa conception à l'Etat colonisateur (et non pas à un mode d'organisation sociale retrouvé du passé ou nouvellement imaginé), succède à ce dernier sur un territoire déterminé et pour les populations qui y résident. La souveraineté de l'Etat sur le territoire métropolitain et sur ses populations, ainsi que sur celles de ses anciennes colonies qui n'ont pas voulu par un vote majoritaire s'en séparer, ne s'en est pas trouvée affectée. A seulement été diminuée l'étendue territoriale et démographique des compétences qu'exerçaient ses organes.

La multiplication des Etats qui en a résulté a entraîné, me semble-t-il, la novation du contenu matériel de la norme coutumière qui fonde l'ordre juridique international. Cette novation avait été progressivement réalisée, en fait sinon en droit, en raison de l'extension du phénomène colonial sur la quasi-totalité des territoires habitables. Dorénavant, cet ordre comporte non plus seulement les Etats existants et s'étant reconnus comme tels, à l'exclusion des territoires n'en faisant pas partie intégrante. Il comporte l'ensemble des territoires du monde, réparti en Etats, à l'exception du continent antarctique et de trois territoires (Taïwan, Palestine, Sahara occidental) considérés comme n'étant pas provisoirement des Etats (ou incorporés à un Etat); il comporte donc tous les Etats du monde. En conséquence, toute modification de l'extension territoriale des Etats n'est reconnue comme valide que si elle fait l'objet d'un traité ou d'une conjonction d'actes unilatéraux équivalente à un traité, puisque la répartition des territoires entre

progressivement à tous les pays du monde. L'Etat islamique (Daesh), tant qu'il a existé, n'était considéré que comme étant une étape dans l'extension souhaitée. On ne peut que constater que, porté par les missionnaires, le catholicisme a eu, historiquement, pendant un temps, la même vocation idéologique universelle. Mais les populations sur lesquelles s'exerçait ce prosélytisme actif résidaient (notamment en Amérique centrale et méridionale) sur des territoires placés sous la souveraineté des Etats colonisateurs.

¹⁰ On ne peut certes dissimuler qu'en certains cas les pressions économiques et politiques exercées par un Etat puissant sur un Etat dont la situation dépend de ses rapports avec lui altèrent en fait la souveraine indépendance de ce dernier. Mais, en de tels cas, l'un et l'autre proclament haut et fort que cette souveraineté est pleinement respectée.

Etats souverains s'en trouve affectée. Ainsi, de l'éclatement de structures étatiques antérieurement établies (cas du Viêt-Nam, puis de la division de l'U.R.S.S., de la Yougoslavie, du Soudan, de la Tchécoslovaquie), même si la conclusion du traité a été précédée d'une guerre civile longue et cruelle. En fait est présumée la souveraineté de l'Etat nouvellement créé sur un territoire et sur une population déterminés selon ces procédés internationalement (coutumièrement) tenus pour réguliers. En effet, l'admission de cet Etat au sein de l'O.N.U. s'est substituée à la reconnaissance individuelle par chaque Etat préexistant, car cette admission nécessite le vote favorable de la majorité qualifiée des membres de l'Assemblée générale et celui de chacun des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité (ou au moins leur non-opposition, y compris si l'un d'eux se refuse à siéger – cas de la Chine, s'agissant de l'éclatement de la Corée). Le cas échéant, l'Etat qui subsiste après la division hérite de l'Etat qui a éclaté le statut privilégié qu'avait conventionnellement celui-ci : la Russie a été (immédiatement) tenue pour avoir hérité du siège de membre permanent du Conseil de Sécurité que la Charte des Nations Unies avait attribué à l'U.R.S.S. Il en va de même, inversement, de la fusion de deux Etats précédemment séparés (cas de la réunification du Viêt-Nam et de l'Allemagne). Et l'annexion d'un Etat par la force est internationalement sanctionnée (cas de l'annexion du Koweït par l'Irak). L'est aussi, en principe, l'annexion d'une partie du territoire d'un Etat (cas de l'annexion de la Crimée par l'U.R.S.S. aux dépens de l'Ukraine)¹¹.

N'existent plus les cas dans lesquels on pouvait considérer que la souveraineté d'un Etat était restreinte, une partie (considérable...) de ses droits étant exercée par une autre Puissance, en principe pour une durée limitée. Ainsi, des traités de protectorat (traités aujourd'hui dits inégaux, leur conclusion étant désormais proscrite par la coutume internationale conventionnellement codifiée). Ainsi, encore, des actes unilatéraux de la S.D.N. investissant du rôle de mandataires la France et la Grande-Bretagne sur les entités territorialement définies – du même coup reconnues comme des Etats – qui étaient auparavant soumises à la souveraineté de l'Allemagne et de l'Empire ottoman¹². En revanche présentent aujourd'hui une grande importance dans le cours des relations interétatiques les traités constitutifs d'organisations communautaires, et particulièrement ceux qui

¹¹ Les sanctions économiques adoptées par certains Etats contre la Russie n'ont cependant qu'une efficacité toute relative : la Russie, puissance militaire majeure et membre permanent du Conseil de Sécurité, n'est pas l'Irak ; et la Crimée, province d'un Etat, n'est pas le Koweït, Etat indépendant et souverain. La souveraineté de l'Ukraine, à laquelle l'annexion a porté atteinte, était toute relative, à l'époque du régime soviétique, lorsqu'a été effectuée la délimitation entre les Républiques de l'U.R.S.S. (V. *supra* note 9). J'observe d'ailleurs que la grande majorité du peuple de Crimée, russophone, a approuvé l'annexion et qu'une partie importante de la flotte militaire russe (ex-soviétique) était basée dans le principal de ses ports. Si un traité en bonne et due forme vient, un jour, régler un ensemble de problèmes et de conflits (apparemment internes, notamment ceux de la région du Donbass), je gage qu'il consacrerait la modification de répartition des territoires ainsi opérée.

¹² La répartition des fonctions souveraines entre un Etat puissant et un Etat « faible » n'est aujourd'hui utilisée que s'agissant, en Europe, de très rares Etats dits exigus, qui n'ont d'un Etat que le nom (de même, d'ailleurs, que l'Etat de la Cité du Vatican, qui est le siège d'une Puissance d'une tout autre nature).

fondent l'Union européenne. La souveraineté des Etats membres ne subit pas une diminution. Ce qui est délégué à l'Union, c'est l'exercice d'une partie – une partie seulement – des fonctions qu'ils remplissaient, en vertu de leur souveraineté, dans leur ordre juridique¹³. Cet exercice peut être récupéré en sa plénitude en dénonçant les traités constitutifs, cette dénonciation devant respecter les conditions posées par ces traités : exemple, le « Brexit ».

Si la souveraineté de l'Etat est, ainsi, toujours invoquée comme étant un tout indivisible, son contenu matériel s'analyse comme étant l'ensemble des compétences que l'Etat doit ou peut exercer de manière indépendante, tous les autres Etats étant obligés de respecter cette indépendance en application d'une norme coutumière ayant valeur constitutionnelle dans l'ordre international. J'emploie le terme « compétences » plutôt que « droits », parce que des normes coutumières posent les principaux objectifs que cet exercice doit atteindre.

On doit, d'abord, définir quelle est la nature du pouvoir exclusif qui fait que la notion de territoire étatique – ce terme recouvrant les espaces marins (et leur sous-sol) et aériens annexes du territoire terrestre, en application de normes coutumières – se superpose, en la dominant, à celle d'un espace divisé en propriétés (privées ou publiques), certains espaces se voyant attribuer la qualification de domaine public (ou son équivalent, selon la terminologie propre à des systèmes de droit différents de celui instauré en France et en de nombreux autres Etats). L'étendue de ce territoire est déterminée – sauf à ce que puissent subsister des problèmes secondaires de frontière – par des procédés juridiques relevant des sources du droit international : convention entre les Etats voisins et l'Etat qui revendique ou auquel est attribuée la possession du territoire, ou acte unilatéral étatique reconnu comme valide au regard des normes coutumières internationales¹⁴. L'exigence qu'interviennent ces procédés formels s'est accrue, je le rappelle, en raison de la novation de la norme qui fonde l'ordre juridique contemporain.

L'Etat peut imposer des obligations et il peut garantir l'exercice de droits à toute personne résidant, durablement ou temporairement, sur son territoire.

¹³ Fonction « normatrice » dans les domaines économiques déterminés par les traités constitutifs, ces domaines ayant été, il est vrai, considérés de manière extensive par interprétation des traités constitutifs ; fonction de gestion des rapports avec les Etats extérieurs dans les mêmes domaines ; fonction de contrôle juridictionnel de l'exacte application des traités constitutifs et des normes issues d'actes juridiques régulièrement accomplis par les organes de l'Union (cette fonction étant partagée avec les juridictions de chaque Etat membre, mais avec prééminence sur celles-ci de la Cour de Justice communautaire).

¹⁴ Aujourd'hui seulement, s'agissant de la délimitation par l'Etat côtier des zones de mer soumises à l'exercice de ses compétences : mer territoriale, sur laquelle il exerce des compétences « souveraines », mais limitées par le droit coutumier (« passage innocent » des navires étrangers), zone économique exclusive, et plateau continental. Les actes étatiques unilatéraux apparaissent comme des règlements, dont le contenu doit être conforme aux normes coutumières, au sens où le droit interne entend la notion de règlement (par exemple, décrets et arrêtés indispensables pour l'application de lois). Des conventions (expresses ou tacites) doivent intervenir entre Etats voisins dont les côtes sont adjacentes ou se font face chaque fois que les compétences exercées pourraient se recouper.

La détermination de l'étendue de celui-ci a des effets *erga omnes*¹⁵. Aucun autre Etat n'est en droit de prétendre émettre unilatéralement des normes applicables à des personnes résidant sur ce territoire, si ce n'est celles qui, de par leur contenu matériel, sont applicables aux personnes qui ont sa nationalité, même lorsqu'elles résident à l'étranger¹⁶. En même temps qu'est limitée l'étendue spatiale de la souveraineté de l'Etat, l'étendue de la souveraineté des autres Etats est limitée matériellement par une norme coutumière internationale. En cela, le contenu de l'ordre juridique des Etats s'avère dépendant du contenu normatif de l'ordre juridique international.

Ainsi limitée, la souveraineté exercée par chaque Etat se ramène à un faisceau de compétences dont l'exercice est plus ou moins discrétionnaire. Mais toutes le sont en pleine indépendance. Il suffit ici de les mentionner. La première des compétences exercées souverainement par l'Etat est évidemment celle de déterminer son régime constitutionnel. Elle a pour objet de préciser quels sont les organes qui sont appelés à exercer les fonctions nécessaires à l'existence même de l'Etat. Le régime institué par le pouvoir constituant peut historiquement être totalement modifié sans que, pour autant, l'Etat cesse d'exister (révolutions). Mais les autres Etats ont la compétence de refuser de reconnaître le nouveau régime, avec la conséquence de n'avoir aucune relation diplomatique avec lui, tant que l'évolution n'amène pas à réviser ce refus (soit que l'Etat modifie à nouveau son régime, soit qu'il s'avère indispensable de renouer des relations avec le régime institué). Sans doute une pression de plus en plus vive est-elle exercée politiquement par une majorité d'Etats démocratiques pour que le système constitutionnel adopté soit qualifié de « démocratie », et pour que le pouvoir constituant apparaisse comme étant « le peuple souverain ». Mais il n'existe pas (ou pas encore) de norme coutumière internationale qui l'exige.

Est constamment revendiquée, comme étant constitutive au premier chef de la souveraineté de l'Etat, la fonction – définie constitutionnellement par les formes qu'elle doit prendre – d'émettre les normes dont ses organes estiment nécessaire qu'elles soient respectées par les catégories de personnes qu'elles déterminent. Notamment, l'Etat décide souverainement des comportements qui constituent des infractions pénalement sanctionnées ; il fixe leur degré relatif de gravité ; et il détermine l'échelle des peines qui leur sont applicables. Il lui est loisible de créer (ou non) des normes qui matérialisent la souveraineté qu'il exerce sur

¹⁵ Non pas, me semble-t-il, qu'en résulte à proprement parler un statut juridique pour ce territoire. Car toute règle de conduite, quelle qu'elle soit, ne produit d'effets que dans les rapports de personnes juridiques. La notion de « droit réel », utilisée en droit civil, doit être interprétée de cette manière, comme celle de domaine public et, ici, celle de territoire étatique.

¹⁶ La prétention à l'extraterritorialité de normes émises, pour des raisons financières, par les Etats-Unis d'Amérique déroge à cette norme et, en même temps, à celles qui régissent la matière de la nationalité. En effet, elles supposent que des biens matériels, parce qu'ils sont fabriqués aux Etats-Unis, et lors même qu'ils ne sont que l'une des parties composantes d'objets plus complexes, ont une sorte de nationalité américaine. A ce titre, ces normes s'appliquent à ces biens, où qu'ils se trouvent dans le monde.

l'ensemble de son territoire – et non pas seulement sur les parcelles recevant la qualification de domaine public¹⁷.

Des normes coutumières exigent que l'Etat pose abstraitement les critères d'attribution et, éventuellement, de retrait de la nationalité, ainsi que ceux de l'attribution du pavillon de l'Etat aux navires et aux aéronefs ; mais elles lui laissent le choix de ces critères, à la seule condition qu'ils soient suffisamment précis et discriminants pour être appliqués dans les rapports internationaux. L'Etat peut librement fixer par des normes de droit interne les conditions d'accès et de séjour des étrangers sur son territoire, sauf à ce que des règles conventionnelles très largement acceptées – mais n'ayant pas le caractère de normes coutumières – aient fixé les conditions générales d'octroi du droit d'asile, et à ce que de nombreux traités bilatéraux soient applicables en matière d'accueil des ressortissants des Etats cocontractants. Lancinants ont été les problèmes posés – je ne peux que très brièvement les évoquer ici – par les réfugiés : ceux auxquels le droit d'asile n'a pas été accordé, ceux qui auraient sans doute pu le demander et n'ont pu le faire, et tous ceux qui cherchent à trouver dans les Etats d'Europe ou aux U.S.A. (pour ceux en provenance des Etats d'Amérique centrale, via le Mexique) de meilleures conditions d'existence que dans leur pays d'origine. Le nombre de ces réfugiés risque fort d'augmenter massivement au cours des prochaines décennies si la montée du niveau des mers, du fait du changement climatique, submerge des terres jusqu'alors habitées. Or, c'est pour se protéger contre « l'invasion » de ces réfugiés que nombre d'Etats ont, ces dernières années, invoqué leur souveraineté. En fait, il n'existe en cette matière aucune norme coutumière ni aucune convention multilatérale limitant, si peu que ce soit, l'édiction de normes étatiques limitatives. Il est pourtant évident que les problèmes que posent les flux de réfugiés ont une dimension internationale¹⁸. Seules des opérations menées par les Nations Unies, en utilisant les fonds provenant des Etats économiquement développés, sont depuis les années soixante-dix venues en aide aux réfugiés des « guerres internes », avec l'appui de nombreuses O.N.G.

L'Etat détermine souverainement les compétences des organes qu'il charge d'assurer l'exacte application des normes régulièrement entrées en vigueur. Parmi ces normes figurent (obligatoirement, en vertu du principe *pacta sunt servanda*) celles conventionnellement acceptées par lui ou issues des actes unilatéraux émis

¹⁷ Par exemple, le droit français des « mines et carrières » n'a pas d'équivalent dans certains Etats où la notion de propriété inclut totalement l'appropriation du sous-sol et de ses ressources (ainsi, aux Etats-Unis d'Amérique). De même, en surface, les normes relatives à l'archéologie préventive ont, récemment, sur l'ensemble du territoire français, permis aux organes de l'Etat de suspendre temporairement l'exercice d'une grande partie du droit de propriété sur les immeubles.

¹⁸ Ces problèmes ne se poseraient pas dans le monde sans frontières, parce que sans Etats pouvant arguer de leur souveraineté, que prônait G. Scelle : l'une des libertés fondamentales qu'il attribuait de façon utopique à toute personne physique était de pouvoir circuler dans ce monde sans avoir à obtenir l'autorisation d'individus exerçant des fonctions normatives ou exécutives.

par les organes internationaux conventionnellement investis de la compétence de les créer.

Dans le domaine des relations interétatiques, théoriquement au moins, l'Etat est libre de décider de conclure des traités avec d'autres Etats, y compris ceux créant des organisations internationales, la seule condition mise à cette conclusion étant que ces autres Etats prennent la même décision. L'Etat a, en ce domaine, une compétence générale, c'est-à-dire qu'il peut conclure des traités en toute matière pour laquelle il estime utile de le faire. Aucun autre Etat ne peut, juridiquement, l'y contraindre, ni le lui interdire. Il est toutefois observé, aujourd'hui plus que par le passé, que la création de multiples rapports avec les autres Etats s'avère indispensable à l'existence même de toute société étatique. L'Etat est libre d'accepter de soumettre un différend interétatique, non visé par un traité préalablement conclu, à une instance juridictionnelle ou para-juridictionnelle internationale. Et bien qu'il s'agisse de porter un jugement objectif sur une situation régie par le droit international coutumier, il lui revient de reconnaître ou non librement, y compris par le silence, la légitimité d'une modification apportée à l'extension géographique de la souveraineté des autres Etats, voire celle d'un changement de régime politique¹⁹.

C'est enfin – tous les gouvernants le proclament – pour garantir le respect de la souveraineté en tous ses éléments constitutifs contre d'éventuelles tentatives d'immixtion de la part d'autres Etats ou contre des actions d'organisations terroristes²⁰ que chaque Etat se dote d'une armée. Ne nous dissimulons pas les réalités. La puissance de certaines de ces armées, et plus encore la possession de l'arme nucléaire par neuf d'entre elles – celles des cinq membres permanents du Conseil de Sécurité et d'Israël, de l'Inde, du Pakistan et de la Corée du Nord – sont un moyen d'affirmer que l'Etat qui les entretient joue un rôle considérable dans les relations interétatiques, y compris, le cas échéant, en aidant, de manière plus ou moins déguisée, l'une des parties à une guerre civile, laquelle devient de ce fait une « guerre interne ». Ainsi, parmi les Etats qui arguent de leur puissance militaire, certains sont plus puissants que d'autres, de même que, dans une démocratie libérale, il y a des citoyens qui sont « plus égaux que d'autres ».

De manière plus générale, le niveau de « développement » des Etats est très divers. Je me bornerai à formuler sur ce point quelques observations, sans les développer. Se sont avérées pour partie irréalistes les spéculations doctrinales relatives à l'avènement d'un « nouvel ordre économique international ». Elles se

¹⁹ Le rôle des organisations internationales – parfois régionales, mais surtout celui de l'O.N.U. – tend, en cette matière, comme je l'ai indiqué, à se substituer à celui des Etats membres statuant individuellement. L'éventuel refus de reconnaissance d'un gouvernement totalitaire est à l'origine de l'influence, signalée ci-dessus, exercée par une majorité d'Etats tendant à amener tous les Etats à adopter un régime « démocratique ».

²⁰ L'une des plus importantes de ces organisations, Daesh, visant à se substituer territorialement à deux ou trois Etats préexistants – bien qu'en même temps elle ait revendiqué la perpétuation d'attentats par ses « soldats », donc une action subversive potentiellement universelle, sur le territoire d'autres Etats –, s'est qualifiée « d'Etat islamiste ». Il y a là une manifestation de la dialectique des contradictoires signalée ci-dessus à propos du processus de décolonisation et de la novation de la norme constitutionnelle fondamentale de l'ordre juridique international qui s'en est suivie.

fondaient sur les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, notamment la Résolution 1803 (XVII), adoptée le 14 décembre 1962, qui proclamait la « souveraineté permanente » sur leurs ressources naturelles des Etats nouvellement créés (comme si les Etats anciens n'avaient pas exercé cette souveraineté sur le territoire des colonies qu'ils possédaient), c'est-à-dire, en fait, le droit de procéder aux nationalisations que ces Etats estimeraient nécessaires. Les conventions internationales relatives au droit de la coopération, devenu droit du développement, – conventions dont les dispositions ne sont d'ailleurs pas totalement désintéressées de la part des Etats investisseurs – ne sont pas parvenues, en six décennies, à améliorer autant qu'il serait souhaitable le niveau de vie d'une grande partie de la population des Etats bénéficiaires. Aussi bien, dans le monde « globalisé » où nous vivons, même les Etats les plus développés sont dépendants, pour la fourniture de beaucoup des matériaux que leur industrie transforme comme pour celle de très nombreux biens de consommation immédiate, de ce qui est produit en d'autres Etats. Et leur système bancaire et monétaire dépend grandement de systèmes étrangers. Réduire cette dépendance en mettant en œuvre des prérogatives constitutives de la souveraineté revient à récupérer une plus grande autonomie, mais nul ne songe, même les « populistes » les plus radicaux, à aller jusqu'à l'autarcie.

Reste que la souveraineté reconnue à chaque Etat en tant qu'attribut – la composition de cet attribut étant théoriquement indivisible – est l'un des principes fondamentaux de l'ordre international contemporain. Les aspects internes de cette notion sont indissociables des aspects qu'elle présente dans les relations de l'Etat avec ses semblables, donc dans l'ordre international. Indivisible aussi, me semble-t-il, est la personnalité de la personne morale qu'est l'Etat. Tel sera le thème dominant de la notion d'Etat que j'esquisserai dans la deuxième partie de ce propos.

**II. L'ETAT CONÇU COMME ÉTANT LA PERSONNE MORALE,
UNIQUE EN SON GENRE, TITULAIRE À LA FOIS DE COMPÉTENCES
EXCLUSIVES DANS L'ORDRE INTERNE ET DE COMPÉTENCES PARTAGÉES
AVEC SES SEMBLABLES DANS L'ORDRE INTERNATIONAL,
PLUTÔT QUE COMME UNE ENTITÉ AYANT UNE DOUBLE PERSONNALITÉ**

Puisque les réflexions qui suivent sur la nature de l'Etat ont pour origine la surprise que m'ont causée certaines affirmations de Carlo Santulli, en son « Point de vue », commençons par l'exposé – critique – de ce que ces affirmations appellent. Est-il permis, d'abord, de considérer qu'une personne morale, l'Etat, puisse éprouver un sentiment, en l'occurrence de la « bienveillance », en acceptant de s'imposer les obligations des traités relatifs aux droits de l'homme et à l'environnement ? Ce ne pourrait être que les personnes physiques composant les organes la représentant, qui l'éprouveraient. Ils exprimeraient, ce faisant, un sentiment et une volonté collective, c'est-à-dire ceux d'une majorité de la

population qui est le substrat de la personne morale qu'est l'Etat. En tout cas, ce sont des catégories de personnes appartenant à cette population qui, en réalité, bénéficieront des droits et se verront imposer les obligations qui figurent dans les dispositions des traités.

En fait, la bienveillance supposée de l'Etat – personne morale – implique l'adhésion du professeur Santulli à la doctrine dualiste traditionnelle, pour laquelle les ordres juridiques internes des Etats et l'ordre international seraient non pas seulement distincts, mais totalement séparés les uns des autres. D'un côté, les ordres juridiques internes. Les sujets de droit de ces ordres sont, d'une part, l'Etat et ses « démembrements », et d'autre part, toutes les personnes (physiques et morales) dites privées qui résident sur son territoire ou, lors même qu'elles n'y résident pas, qui ont sa nationalité. Le droit applicable dans ces ordres, selon cette doctrine, comporte exclusivement les normes créées par l'Etat et par ses démembrements. D'un autre côté, l'ordre juridique international. Sauf exceptions²¹, les sujets de droit qui le composent sont exclusivement des personnes morales : d'une part, les Etats ; d'autre part, les organisations internationales – aujourd'hui plus nombreuses que les Etats – qui ne tiennent leur existence et n'exercent les fonctions qui leur sont attribuées que de la libre volonté des Etats qui en deviennent membres et acceptent de le demeurer. Les règles du droit international public sont considérées comme ayant pour objet exclusif de régir les actes et les comportements de ces seuls sujets de droit : normes coutumières qui résultent de l'acquiescement (au moins tacite) de tous, et dont le respect s'impose à tous dans les conjonctures qu'elles définissent ; règles acceptées conventionnellement par des Etats et/ou par des organisations internationales, ces règles de conduite créant à leur seul bénéfice ou à leur encontre des droits et des obligations invocables dans les rapports qu'ils ont décidé de régir en commun, tout comme, en droit privé interne, des personnes créent des droits et des obligations pour régir les rapports qu'elles ont entre elles (et entre elles seules).

Cette totale différence entre les deux ordres affecte la nature même des actes des Etats. Elle se traduit verbalement par la reconnaissance d'une double personnalité de l'Etat : l'une dans l'ordre interne, où il exerce des compétences souveraines ; l'autre dans l'ordre international, où les droits et les obligations qu'il contracte dans ses rapports avec les autres Etats n'ont d'effet obligatoire qu'en vertu des normes (d'essence nécessairement coutumière) que cet ordre comporte. En conséquence, lorsque les dispositions de traités conclus par l'Etat énoncent des règles dont l'application affecte les rapports que des personnes privées entretiennent soit entre elles, soit avec les autorités publiques, cette application

²¹ Les auteurs tenants de la doctrine dualiste traditionnelle ont sans difficulté admis l'exception relative aux personnes physiques (chefs d'Etat, diplomates, fonctionnaires internationaux) liées par les fonctions qui leur sont attribuées à l'existence même de l'ordre international. Les immunités qui leur sont reconnues et qui en font des sujets dérivés de cet ordre sont posées par des normes coutumières qui ont été codifiées (Convention de Vienne du 18 avril 1961). Cette exception entraîne celle relative aux immunités reconnues aux biens (hôtels diplomatiques, sièges des organisations, navires et aéronefs) nécessaires à l'exercice de ces fonctions.

est subordonnée à la création de normes étatiques²². Tel est l'objet de la « réception » du contenu matériel de ces règles dans les ordres internes, l'acte de réception étant obligatoire en vertu du principe *pacta sunt servanda*.

De là, C. Santulli tire (abusivement, selon moi) la conséquence que, en stricte logique, les normes relatives aux droits de l'homme et à l'environnement ainsi qu'à leur application devraient appartenir au seul ordre étatique. De fait, il est certain que, historiquement, les premières de ces normes ont été émises et rendues obligatoires dans certains ordres étatiques. C. Santulli paraît regretter qu'il n'en soit plus exclusivement de même aujourd'hui et que des conventions internationales obligent les Etats, qui les ont acceptées, à protéger les droits de l'homme à l'intérieur de l'ordre étatique²³, et à imposer à leurs ressortissants des obligations dont la finalité est de préserver l'environnement. D'où les réflexions critiques qu'il formule à propos des clauses de conditionnalité qui subordonnent des aides économiques conventionnellement accordées par l'Union européenne à des Etats en développement au respect, dans ces Etats, des droits de l'homme et à l'établissement d'un état de droit. Il « regrette profondément » que l'Union se permette de protéger les droits de l'homme au sein de personnes du droit international qui lui sont étrangères, alors qu'elle serait « dépourvue de compétences pour [les] protéger [...] en son intérieur »²⁴. Cela semble bien signifier que c'est dans l'ordre interne de l'Union, résultant des délégations de compétences consenties par les Etats membres, que les droits de l'homme devraient être respectés au bénéfice des personnes sujettes de cet ordre, et qu'il n'est pas convenable, au regard du droit international, d'exiger qu'ils le soient dans des Etats tiers.

²² Quelle que soit la conception que l'on a des ordres juridiques, est, selon moi, une « norme » la règle de conduite applicable par les catégories de personnes qu'elle détermine abstraitement lorsque survient, également déterminé par la norme, l'acte ou le fait-condition qui en déclenche l'application. J'estime qu'est importante la distinction, parmi les règles de conduite génératrices de droits et d'obligations dits « subjectifs », entre les normes définies ci-dessus dont l'ensemble constitue le « Droit objectif » – lequel seul est issu de ce qu'il est convenu d'appeler les « sources du Droit » – et les règles posées par des conventions ou par des actes unilatéraux de droit interne, privé ou public. Les droits et les obligations qui en sont issus tirent leur caractère obligatoire des normes en vertu desquelles sont émis les actes qui les créent. Cela suppose que ces actes, en leur contenu matériel comme en leur forme, n'entrent pas en contradiction avec ces normes.

²³ En outre, les plus importantes de ces conventions confèrent aux personnes qui estiment que les droits ainsi garantis n'ont pas été respectés le droit de saisir une juridiction internationale ou un organe international des manquements de l'Etat à en assurer pleinement le respect. Ce faisant, elles leur attribuent certes un statut – limité à cet objet – dans l'ordre international, ce qui est totalement contraire à la conception dualiste radicale, selon laquelle l'ordre international n'obligerait que des personnes morales.

²⁴ Cette *Revue*, 2019, p. 360. Reproche infondé : C. Santulli feint d'ignorer le contenu de l'article 6 du Traité de Maastricht (1992) et surtout celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union – proclamation solennelle adoptée en 2000 par les trois organes principaux de l'Union après le rejet du traité instituant la Constitution européenne. Et il feint d'ignorer la motivation purement institutionnelle (et d'ailleurs contestable) de l'avis négatif rendu le 28 mars 1996 par la C.J.C.E. sur le projet d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme. Au surplus, est-il besoin de textes spécifiques pour que l'Union respecte les droits de l'homme dans l'exercice de ses compétences normatives, alors que tous les Etats membres sont parties à la Convention européenne et aux Pactes de l'O.N.U., les compétences déléguées par eux étant affectées par ces adhésions ?

Mais je pose dès maintenant une question à laquelle la troisième partie voudrait apporter une réponse : les ordres étatiques, clairement séparés les uns des autres, sont-ils totalement séparés aussi de l'ordre international auquel tous participent consensuellement ? Les doctrines monistes – celle de Kelsen et *a fortiori* celle de Scelle – le nient. Elles affirment qu'il n'existerait qu'un seul ordre juridique. Au contraire, la doctrine dualiste traditionnelle, telle qu'elle a été professée depuis Anzilotti, soutient que l'Etat, personne morale, sorte de *Janus bifrons*, aurait une double personnalité : celle qu'il a dans l'ordre interne, et celle qui est la sienne dans l'ordre international.

Tout en reconnaissant que l'ordre international est distinct de chacun des ordres étatiques, je crois devoir proposer ici une autre conception de l'Etat. Elle affirme l'unicité de la personnalité de l'Etat. Cette personnalité, dont la souveraineté – qui a fait l'objet de la première partie – est l'attribut fondamental, est « une et indivisible », comme l'est, constitutionnellement, la République française. Mais l'Etat est titulaire de deux statuts à la fois, l'un dans l'ordre interne, l'autre dans l'ordre international. Chacun de ces statuts comporte des compétences : les unes, qu'il exerce seul dans l'ordre interne, les autres, qu'il partage avec les autres Etats²⁵. Ces deux statuts sont permanents. Cette permanence le distingue de toutes les autres personnes (physiques ou morales) qui ne se voient attribuer un statut dans l'ordre international qu'occasionnellement, donc temporairement et de manière limitée matériellement.

Simple différence de présentation d'une même dualité, dira-t-on peut-être... La différence entre ces deux conceptions me semble pourtant certaine. Tout d'abord, même si cela n'a qu'une importance secondaire, alors que la conception dualiste traditionnelle de l'Etat est, théoriquement, intemporelle parce qu'elle est totalement abstraite, celle que je soutiens tente de décrire les réalités du monde contemporain. Le caractère principal de ce monde est qu'il est constitué d'une multiplicité d'Etats. Or, ce n'est qu'au cours des XVI^e et XVII^e siècles que les Etats, selon la notion qui en est actuellement conçue, se sont formés, au moins en Europe. L'Etat moderne est le dernier, mais peut-être pas l'ultime, avatar des groupements humains politiquement organisés, l'homme étant, Aristote *dixit*, un animal social²⁶.

²⁵ Il est important d'observer que l'Etat est, le cas échéant, titulaire aussi d'un statut permanent dans un ordre juridique communautaire, en devenant l'un de ses membres. En outre, il s'en voit attribuer un, occasionnellement, dans un autre ordre étatique que le sien, lorsque sont en cause des problèmes relatifs à des biens matériels ne bénéficiant pas des immunités que le droit coutumier accorde aux biens d'un Etat situés sur le territoire ou dans les eaux territoriales d'un autre Etat.

²⁶ Ce furent, sans doute, d'abord des hordes, puis des clans, des tribus, des royaumes, des Cités, des empires, des systèmes sociaux construits selon une conception féodale. J'emploie le terme « politiquement » en son sens étymologique (ce qui est relatif à l'organisation de la « polis », de la Cité) et non en l'acception qui lui est aujourd'hui souvent donnée et qui distingue, de manière assez floue, le politique du juridique. Est en cause la distinction entre les règles de conduite dictées par la religion et celles « politiquement » imposées : ces dernières sont, de loin, plus nombreuses (elles le sont de plus en plus) ; les sanctions infligées à ceux qui ne les respectent pas sont différentes, etc. Cependant, la distinction est relative selon l'époque, le type de société, le régime. Certains Etats actuels proclament dans leur Constitution qu'ils ont une religion d'Etat

La décolonisation a pratiquement quadruplé le nombre des Etats, en réduisant l'étendue territoriale des Etats colonisateurs. Le mouvement de déconstruction et de restructuration se poursuit²⁷. Et les normes coutumières, que les Etats acceptent d'observer dans leurs actes et dans leur comportement, se sont grandement transformées (et enrichies) depuis l'époque qui vit éclore ce que l'on peut légitimement appeler un ordre international européen, celui-ci s'étendant aux colonies où certains de ces Etats ont affirmé leur souveraineté. Reste que la notion d'Etat, telle que je la présente, fait abstraction des différences de dénomination, de régime politique, d'étendue du territoire, d'importance de la population, de niveau de développement économique et social.

Quelles que soient ces différences, tout Etat est incontestablement une personne morale. Mais son absolue spécificité, par rapport à toutes les autres personnes morales existantes, résulte de sa souveraineté, dont dépend son existence même, telle qu'elle doit être reconnue par les autres Etats. De cette souveraineté dépend le caractère très particulier des droits qu'il exerce à ce titre sur son territoire et sur toutes les personnes qui y résident. Dans l'ordre étatique, toute autre personne morale a obligatoirement un statut subordonné à celui de l'Etat. Les compétences, donc le statut des personnes morales décentralisées et, le cas échéant, celui des Etats fédérés, comme d'ailleurs le statut de l'Etat fédéral lui-même, sont déterminés par la Constitution et par les règles qui en sont dérivées. Les autres personnes morales dites privées (sociétés, associations, syndicats, partis politiques, etc.) sont, en leur création comme en leur fonctionnement, soumises au respect des normes émises par les organes de l'Etat. Celles qui ont des activités indépendantes des frontières étatiques ont une multiplicité de « filiales » auxquelles sont attribuées des « nationalités différentes ». De là résultent deux caractères fondamentaux de l'Etat.

Premièrement, les personnes morales privées regroupent exclusivement les personnes qui, par un acte juridique, expriment expressément la volonté d'en faire partie. Au contraire, le statut des personnes soumises à l'application des règles de conduite émises par les organes de l'Etat ou de ses démembrés résulte, sauf

et, parfois, répriment les manquements à certaines règles de conduite de cette religion (l'exemple le plus frappant étant le crime de blasphème). Au demeurant, même les Etats qui, nettement, séparent le religieux du juridique gardent des traces de la symbiose entre les deux : le Président des U.S.A. prête serment sur la Bible, l'hymne national britannique est le « God save the King/Queen », et même dans un Etat qui se proclame « laïque », comme la France, une grande partie des fêtes légalement chômées est héritée de la religion longtemps majoritaire. Au surplus, par consensus, tous les Etats acceptent le décompte des siècles et des années issu de la prise en considération de l'existence de Jésus-Christ, sa date de naissance présumée coïncidant, à quelques jours près, avec celle du solstice (d'hiver dans l'hémisphère Nord, d'été dans l'hémisphère Sud) fêté par des religions antérieurement apparues.

²⁷ V. *supra* la première partie. En témoignent l'éclatement de l'U.R.S.S. (ex-Empire russe), celui de la Yougoslavie, puis la division de la Tchécoslovaquie en République tchèque et Slovaquie, la scission du Soudan, les revendications d'une grande partie des Catalans, des Ecossais, etc. Il est probable que, au cours des années qui viennent, certains des Etats d'Afrique, dont le territoire a été constitué sur la base des anciennes colonies européennes sans tenir compte des ethnies différentes qui l'habitent, se diviseront pour former de nouveaux Etats. Le Brexit, qui affecte l'Union européenne, est aussi un phénomène de déconstruction.

exceptions, du constat de faits juridiques²⁸. La nationalité, sauf lorsqu'elle est attribuée par un acte juridique à un étranger qui avait sollicité cette attribution, est fonction soit du lieu de naissance (*jus soli*), soit de la nationalité des parents ou de l'un d'eux (*jus sanguinis*). La volonté des individus de faire partie d'un Etat est parfois collective. Elle est généralement exprimée majoritairement par voie référendaire (par exemple à Mayotte et en Crimée, la prise en considération des volontés ainsi exprimées ayant d'ailleurs été internationalement contestée) ou implicitement par le caractère minoritaire des mouvements d'indépendance (par exemple, dans les départements français d'outre-mer). Résulte aussi d'un fait juridique – la résidence temporaire ou durable sur le territoire étatique – la soumission d'un étranger à de nombreuses lois de l'Etat et à des normes conventionnellement acceptées par cet Etat : n'est pas pris en considération le simple acte de volonté qui fait qu'un étranger vient résider sur le territoire de l'Etat (cas des réfugiés). De là, les minorités ethniques, linguistiques ou religieuses qui existent en de nombreux Etats. Ces minorités sont plus importantes que celles qui, à l'issue de la première guerre mondiale, ont en Europe fait l'objet de dispositions assurant leur représentation et leur protection : Ouïgours en Chine, Kurdes en Turquie, en Syrie, en Irak et en Iran, Rohingyas en Birmanie, Touaregs en Lybie, au Mali, en Mauritanie, au Maroc, Inuits en Alaska et en Russie, tribus indiennes aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada, etc., sans même parler de la plupart des habitants du Tibet²⁹. De là, surtout, le fait que l'Etat est composé de groupes sociaux très divers (certains formant des « communautés »). Leurs intérêts sont différents et souvent opposés. Le sentiment d'appartenance à l'Etat est tout autre que celui d'être membre d'une personne morale privée ou d'une tribu³⁰.

Deuxièmement, alors que toutes les autres personnes morales ont des objets limités à certaines activités et que les personnes physiques constituant leurs organes reçoivent de l'acte constitutif des compétences limitées à la poursuite des objectifs affichés, l'Etat a une compétence générale. Ses organes peuvent émettre des normes relatives à toutes les matières qu'il lui semble nécessaire de régir et obliger les catégories de personnes qu'elles déterminent à les appliquer. Sa Constitution pose

²⁸ Autrefois, les « philosophes » ont cru pouvoir réduire cette différence. Au XVII^e siècle, Hobbes estimait que le peuple se soumet, le plus souvent, par un pacte conclu entre un individu et tous ceux qui le composent, au pouvoir absolu de cet individu, à charge pour celui-ci de les protéger contre les entreprises conquérantes d'autres individus. Au XVIII^e siècle, les doctrines du contrat social ont entendu appliquer à l'Etat les règles qui en feraient une association volontaire d'individus. Celle imaginée par J.J. Rousseau, par un mouvement que j'ai jadis défini comme la « dialectique de la souveraine liberté », pourrait conduire à un totalitarisme exercé par la majorité des citoyens.

²⁹ Il advient même, dans quelque nouveaux Etats issus du mouvement de décolonisation, que des groupes d'individus n'aient pas conscience d'avoir la nationalité d'un Etat, au sens moderne du terme.

³⁰ Le patriotisme, qui est le sentiment d'appartenir à un Etat-nation et d'en soutenir l'unité, ne se manifeste pleinement – et pas chez tous les individus – que lorsque les circonstances font que l'Etat s'oppose à un autre Etat. Le « nationalisme » est différent : il s'oppose à l'entrée dans l'Etat d'un trop grand nombre de personnes appartenant (linguistiquement et culturellement) à d'autres « nations ». Est oublié le fait que, souvent, la nation s'est constituée, historiquement, par la réunion (parfois contrainte) de groupes sociaux différents, certains étant même de lointains envahisseurs (par exemple, Francs, Goths et Wisigoths en France, en Espagne ou au Portugal, Arabes au Maghreb, etc.).

seulement des limites à l'exercice des compétences ainsi attribuées. Par exemple, les organes de l'Etat ne peuvent pas porter atteinte aux droits de l'homme garantis par elle, mais ils doivent en assurer le respect, y compris, le cas échéant, en ne discriminant pas certaines parties de la population ; ou bien ils ne doivent pas, dans le contenu des normes édictées, contredire les règles de comportement que doivent respecter les fidèles d'une religion érigée par la Constitution en religion d'Etat. En outre, les normes ainsi émises par les organes de l'Etat agissant dans l'exercice des compétences étatiques unilatérales ne doivent pas être contraires à celles émises dans l'exercice des compétences qu'il partage avec les autres Etats. De là, ce que l'on appelle, en France, le « contrôle de conventionnalité » des normes étatiques, contrôle exercé par les organes juridictionnels chargés d'assurer l'application des unes comme des autres.

Non moins générale, et dans les mêmes limites, est la compétence des organes de l'Etat pour conclure des conventions internationales – ce qui implique que l'Etat participe à l'ordre juridique international –, dès lors que leur volonté se rencontre avec celle des organes d'un autre ou d'autres Etats. Les intérêts de l'Etat et de chacun des autres leur apparaissent comme leur étant soit communs, soit comme devant être conciliés : la convention est le moyen d'opérer cette conciliation. Ce sont les intérêts, considérés par ces organes comme étant ceux de l'Etat³¹, qui motivent la conclusion des normes contenues dans les conventions internationales aussi bien que de celles émises par des actes étatiques.

Ne sont-ce pas, d'ailleurs, dans chaque Etat, pratiquement les mêmes organes qui sont constitutionnellement désignés pour exercer les compétences étatiques et les compétences que l'Etat partage avec les autres Etats – le *treaty making power* ? Certes, dans la plupart des Etats, il existe un ministère des Affaires étrangères. Mais celui-ci est essentiellement chargé de coordonner les actions de l'Etat en toutes matières comportant des relations avec les autres Etats et de mettre les conventions conclues avec eux dans les formes requises par les normes coutumières qui composent l'ordre international et qui rendent obligatoires, dans tous les rapports sociaux, les règles de conduite posées par leurs dispositions (V. la troisième partie)³². Il est vrai que dans certains Etats fédéraux le droit d'origine étatique est, dans nombre de matières (notamment le droit pénal), émis par les organes des Etats

³¹ L'intérêt de l'Etat est toujours présenté comme étant « général », aussi bien quand il est, en fait, celui d'un groupement social dominant (les intérêts d'autres groupements n'étant pas pris en considération) que lorsqu'il entend satisfaire les intérêts différents de plusieurs des groupements composant sa population, ou qu'il concilie (ou cherche à concilier) les intérêts de plusieurs d'entre eux. Se pose, d'ailleurs, la distinction entre les intérêts à court ou à moyen terme et certains intérêts à plus long terme, communs à tous les Etats, ces deux sortes d'intérêts se révélant souvent contradictoires. Les organes de l'Etat sont assez naturellement portés, du seul fait du mode de désignation des personnes physiques qui les constituent, à prendre en considération la satisfaction des intérêts à court ou à moyen terme plus que celle d'intérêts à plus long terme.

³² Au demeurant, le ministre des Affaires étrangères est généralement une personnalité politique qui a dirigé d'autres ministères, ou qui est susceptible d'être appelé à les diriger.

fédérés, cependant que les compétences partagées avec les Etats tiers sont exercées, en toute matière, par les organes fédéraux, d'où de possibles conflits³³.

Est souligné ci-dessus, le fait que les décisions prises au nom de l'Etat le sont par ses organes. Car, pour importantes que soient les spécificités qui distinguent l'Etat de toutes les autres personnes morales, l'Etat *est* une personne morale. Elle ne peut manifester de volonté et agir que par ses organes. Ceux-ci, certes, ne se comportent (ou ne sont censés se comporter) qu'au nom de l'ensemble des personnes physiques qui composent sa population. La personne morale Etat perdure, en principe, alors que peut changer le régime politique qui agit en son nom, et que changent les personnes physiques qui composent ses organes. De ce fait, en même temps que sont différents ses éléments constitutifs, chaque Etat a, pourrait-on dire, comme une personne physique, « sa personnalité » propre. Celle-ci se manifeste en toutes les décisions que prennent, en son nom, ses organes. Et cette personnalité peut changer au cours du temps. Elle est une, et non duelle, comme l'estime la doctrine dualiste traditionnelle. Cette doctrine, se voulant universelle, fait abstraction du rôle qu'ont les organes de l'Etat dans l'exercice des compétences qui sont les siennes, en vertu de sa souveraineté, d'une part, dans l'ordre interne et, d'autre part, dans l'ordre juridique international. Cela la conduit à considérer que l'Etat est une entité capable en soi, grâce à la double personnalité qu'elle lui attribue, d'agir de manière tenue pour être totalement distincte dans l'un et l'autre de ces ordres.

Ces remarques générales étant faites, considérons, en leur exercice, les compétences que, dans l'ordre international, l'Etat partage avec tous les autres Etats, en vertu des normes coutumières qui les lui attribuent ou les lui reconnaissent, sauf à les exercer par ses organes. Je n'évoque que pour mémoire les compétences qui sont les siennes en matière de reconnaissance, de responsabilité interétatique (y compris les contre-mesures), de droit des espaces maritimes et aériens, etc. Je me bornerai à celles relatives aux conventions internationales et, plus précisément, à la mise en application dans chaque Etat partie des règles de conduite qu'elles contiennent. Cette pleine application est incontestablement exigée par une norme coutumière de l'ordre international, le principe *pacta sunt servanda*. Mais la doctrine dualiste traditionnelle considère qu'est nécessaire, pour l'assurer, la réception dans l'ordre étatique des normes relatives aux rapports que les personnes privées entretiennent soit entre elles, soit avec les autorités de l'Etat, cette réception les transposant en normes étatiques. En France, jusqu'en 1946, la promulgation des traités, semblable à celle des lois, témoignait, selon toutes apparences, de la nécessité de cette transposition.

Or, les Constitutions françaises de 1946 et de 1958 ont accompli une petite révolution juridique : la promulgation des traités a été supprimée ; lui a été substituée l'obligation de les publier. Cela pouvait passer pour n'être qu'une

³³ Cela permet de comprendre, sinon de justifier, l'attitude des autorités fédérées – et singulièrement celle du gouverneur, localement élu – en de célèbres affaires, telle l'affaire *LaGrand* devant la C.I.J. en 2001.

mesure, purement technique, de simplification. La Constitution de 1946 ne visait que les traités, seuls utilisés avant-guerre par la pratique internationale. La loi autorisant la ratification comportant intégralement le texte de ces traités, il pouvait paraître inutile de le reproduire une seconde fois. Mais il est rapidement apparu qu'il était indispensable de donner aussi pleine application aux accords dits en forme simplifiée, ceux-ci étant sans cesse plus nombreux, pour que la responsabilité de l'Etat envers ses partenaires ne se trouve pas engagée. C'est ce qu'a permis l'arrêt *Villa* rendu le 16 novembre 1956 par le Conseil d'Etat siégeant en Assemblée plénière. L'article 55 de la Constitution de 1958 valide cette jurisprudence. Il est expressément disposé que, comme les traités « régulièrement ratifiés », les accords « régulièrement approuvés » doivent recevoir application dans l'ordre interne « dès leur publication ».

La différence avec l'ancienne promulgation semble n'être que formelle pour les dispositions des traités qui ne précisent pas les catégories de personnes qu'elles concernent. La publication a pour objet de prévenir officiellement toutes les personnes résidant sur le territoire étatique – personnes parmi lesquelles figurent nécessairement celles qui seront affectées par les effets de la convention – que toutes mesures seront prises par les organes de l'Etat pour assurer l'application de ces traités, notamment (mais pas seulement) dans le cas où surviendrait l'acte ou le fait-condition déclenchant cette application (V. l'analyse que je propose de donner à de telles dispositions dans la troisième partie). La différence est, en revanche, immédiate et considérable pour les conventions, aujourd'hui très nombreuses, dont les dispositions ont pour objet de régir les rapports de catégories de personnes qu'elles déterminent. Car il est précisé que, « dès leur publication », les traités et accords régulièrement conclus ont, dans l'ordre interne français, « une autorité supérieure à celle des lois ». L'article 55 a été maintes et maintes fois savamment commenté. Je me permets cependant d'indiquer dans les développements qui suivent ce que, selon moi, il implique. Il comporte, d'abord, la reconnaissance expresse que des normes formées selon des processus étrangers aux procédés constitutionnellement établis pour créer les normes d'origine étatique ont, dans l'ordre interne, force obligatoire dans les rapports entre sujets de droit.

Remarque : Des normes d'origine coutumière sont appliquées, dans l'ordre interne, sans que des dispositions constitutionnelles aient expressément consacré leur force obligatoire³⁴. Tel est le cas de normes issues des sources coutumières de l'ordre international, lorsqu'elles créent pour les Etats des obligations envers les personnes qu'elles déterminent. Personnes physiques, d'une part : il en va ainsi des coutumes relatives aux immunités des chefs d'Etat, des diplomates et des fonctionnaires internationaux (dans l'exercice de leurs fonctions). Personnes morales, d'autre part : immunités reconnues aux hôtels diplomatiques (celles reconnues aux biens immobiliers et mobiliers des sièges d'organisations internationales font l'objet de dispositions écrites contenues dans les traités conclus avec les Etats où ces sièges sont installés), à certains des biens qu'un Etat étranger possède sur le territoire et aux navires d'Etat étrangers se trouvant dans les eaux territoriales de l'Etat. Sont aussi appliquées, sans pour autant déroger aux lois internes, des coutumes relatives au droit applicable en haute mer (condition du navire et statut des personnes qualifiées de pirates, définition de l'épave en haute mer, cette définition déterminant le droit applicable aux personnes désirant l'explorer et l'exploiter). En outre sont appliquées de préférence à celles de l'Etat les lois d'un autre Etat quand, pour régler un conflit de lois, les juges décident qu'il doit en être ainsi (ils peuvent cependant refuser de le faire s'ils estiment que leur application serait contraire à « l'ordre public français »). Il en va de même lorsqu'ils accordent l'*exequatur* à une sentence arbitrale faisant application d'un droit étranger, voire de coutumes que les parties au litige ont entendu appliquer dans leurs rapports et qui ne font partie d'aucun droit étatique écrit. Ce serait l'application quasi exclusive de ces coutumes dans les rapports de certaines sociétés multinationales qui justifierait la qualification d'ordre juridique, distinct à la fois des ordres étatiques et de l'ordre international, de la *lex mercatoria*. Ces normes ne font pas l'objet d'un acte étatique exprès des organes législatifs et exécutifs de l'Etat. Elles sont tenues par la doctrine dualiste traditionnelle comme étant « reçues » dans l'ordre interne par les juges et comme devenant, de ce fait, des normes étatiques. Je proposerai, dans la troisième partie, de donner une interprétation quelque peu différente de ce pouvoir des juges.

³⁴ On ne peut pas généraliser à toutes ces normes, en leur diversité, les termes de l'arrêt *Aquarone*, rendu le 6 juin 1997 par le Conseil d'Etat, selon lequel « ni l'article 55, ni aucune disposition de valeur constitutionnelle, ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes » – arrêt confirmé par l'arrêt *Paulin*, du 28 juillet 2000, la coutume en cause étant même, selon le requérant, un principe général de droit. Strictement interprétés, ces arrêts signifieraient que toute personne exerçant des fonctions conférées en application des normes constitutionnelles – donc les magistrats – serait tenue d'appliquer toutes les lois mais rien que les lois, hormis les cas où la Constitution a expressément décidé que cette application doit être écartée au bénéfice de normes issues de sources non étatiques. Cette conception ramènerait à une interprétation aujourd'hui dépassée de la séparation des pouvoirs. En l'occurrence, la coutume invoquée, relative aux immunités fiscales des fonctionnaires internationaux retraités, était loin d'être établie. Elle ne fut pas reconnue comme existante par un arbitrage international rendu ultérieurement entre la France et l'UNESCO (texte dans cette *Revue* 2003, pp. 221-256). Le juge administratif a seulement estimé devoir appliquer les lois de l'Etat, et non cette coutume non reconnue par lui comme pouvant déroger à ces lois.

Mais revenons aux dispositions, beaucoup plus nombreuses, contenues dans les conventions. Elles doivent faire l'objet d'une publication et non plus d'une promulgation. Quelles sont les fonctions de l'acte juridique de publication³⁵ ? Il est totalement distinct de l'acte conventionnel, lequel seul est considéré comme étant normateur. Il est vrai que la publication est toujours prescrite par l'acte normateur de droit interne lui-même – loi, décret, arrêté, pour citer les actes de droit français – en ses dispositions finales, alors que l'acte de publication est distinct de l'acte conventionnel. Mais dans l'un et l'autre cas, ses fonctions sont les mêmes. Elles assurent ce que, jadis, H. Motulsky appelait la « réalisation du droit ». D'une part, la publication porte officiellement à la connaissance de toutes les personnes qui seront concernées par l'application d'une norme que cette norme existe (*nemo censetur ignorare legem*). D'autre part, elle ordonne aux organes exécutifs et juridictionnels de l'Etat de prendre toute mesure nécessaire pour que la norme soit appliquée. La publication n'a aucune fonction dans la création du contenu matériel de la norme. D'où il résulte que les dispositions conventionnelles ayant pour objet de régir les rapports de personnes privées ont, selon la Constitution, valeur obligatoire, sauf à ce que leur application effective soit subordonnée à leur publication. Jusqu'à ce que celle-ci intervienne, elles ne sont dotées que d'applicabilité. Mais, dès que la publication est intervenue, elles doivent recevoir pleine application dans l'ordre interne, bien qu'ayant été formées dans l'ordre international, à moins que l'acte de publication soit lui-même tenu pour non valide. En effet, dans un Etat de droit comme la France, la publication ouvre aux personnes, auxquelles d'autres normes que celle qui fait l'objet de la publication attribuent le droit ou la compétence de le faire, la possibilité soit – dans un délai que ces normes fixent – de demander à une juridiction l'annulation, pour non-validité, de la norme publiée, soit – en tout temps et devant toute juridiction – de solliciter, en une affaire contentieuse, sa non-application en soulevant une exception d'illégalité. De même, pour être tenu pour « régulier », l'acte de publication doit être conforme aux normes que les juges – en l'occurrence, au plus haut niveau, le Conseil d'Etat – considèrent comme étant applicables à cet acte. Ces normes ne sont pas seulement celles relatives à sa nature, donc aux formes qui doivent être les siennes. Elles sont largement fonction du contenu normatif des dispositions conventionnelles. Car, avant de les publier, le pouvoir « exécutif » doit s'assurer qu'elles ont été régulièrement adoptées par les organes chargés constitutionnellement du pouvoir de conclure les conventions internationales dans les rapports que l'Etat entretient avec les autres Etats.

³⁵ On ne peut parler de simplification sauf, sans doute, pour les traités « en forme solennelle », dont la conclusion n'est réalisée que par la ratification. Pour les accords, l'acte de publication se confond certes, avec l'acte d'approbation. Celui-ci intervient parfois après leur entrée en vigueur entre les Parties. Cet acte est obligatoirement un décret du Président de la République avec les contreseings du ministre des Affaires étrangères et de tous les ministres concernés par le contenu des dispositions de l'accord. Or, ce décret, étant un acte administratif, est soumis au contrôle de régularité du juge (par voie d'action devant le Conseil d'Etat, par voie d'exception devant toutes les autres juridictions). Nombreuses sont les conditions de cette régularité, y compris, le cas échéant, celle qu'une loi en ait autorisé l'approbation.

Il s'ensuit que c'est, en fait, en contestant la validité de l'acte de publication qu'est éventuellement mise en cause celle des actes conventionnels publiés.

Il n'est pas de normes sans sujets de droit, qu'il s'agisse de former ces normes ou, comme ici, de devoir s'y conformer ; et il n'est pas de sujet de droit sans normes. La notion de sujet de droit implique qu'un ou que des statuts, composés de droits et d'obligations résultant de règles de conduite, soient attribués par des normes à une personne. Le fait qu'il soit reconnu par la Constitution que des normes destinées à être appliquées dans les rapports de personnes privées soient formées dans l'ordre juridique international me paraît donc impliquer la reconnaissance que, dans cet ordre, ces personnes se voient attribuer un statut : statut passif, occasionnel, et dont le contenu est limité aux droits ou aux obligations que ces normes énoncent. Ce statut est distinct de celui de national de chacun des Etats parties, ou de celui qu'a toute personne résidant sur le territoire de l'un de ces Etats. A ce statut passif s'ajoute, le cas échéant, le statut actif, lui aussi matériellement limité, conféré aux personnes ayant reçu d'un traité le droit de saisir une juridiction internationale afin d'obtenir que soit sanctionné l'Etat dont, selon elle, les organes auraient violé ou n'auraient pas sanctionné la violation de droits dont l'exercice est garanti par ce traité. De cette considération résulte le contenu, évoqué plus loin, de l'arrêt du Conseil d'Etat *G.I.S.T.I.* rendu le 23 avril 1997.

Cela amène à interpréter la disposition principale de l'article 55 : celle selon laquelle les conventions régulièrement formées ont, en droit français, une « autorité supérieure à celle des lois ». Est-il besoin de rappeler que cette prescription n'a été pleinement respectée qu'à partir de l'arrêt rendu le 24 mai 1975 par la Chambre mixte de la Cour de Cassation, en l'affaire *Société des cafés Jacques Vabre*, puis de l'arrêt *Nicolo*, rendu le 20 octobre 1989 par l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat³⁶ ? Auparavant, elle ne l'était que pour les lois antérieures à la publication d'une convention. Les juges présumaient qu'en adoptant une loi contraire à une disposition conventionnelle le Parlement et le Gouvernement (qui en avait le plus souvent émis le projet) manifestaient la volonté que cette disposition ne soit plus appliquée. Cette position résultait de la relative rémanence de la conception de la séparation des pouvoirs héritée du droit constitutionnel « intermédiaire » selon laquelle les juges ont pour unique compétence d'assurer l'exécution des lois et des règlements édictés par les organes étatiques³⁷. Mais elle résultait surtout de l'allégeance des juges à la doctrine dualiste traditionnelle selon laquelle les dispositions conventionnelles dont l'objet est de régir les rapports des personnes

³⁶ Les dispositions en cause dans ces deux arrêts, en tant qu'elles étaient en contradiction (avérée dans le premier, invoquée à tort dans le second) avec des dispositions législatives, étaient celles d'actes normateurs émis par les organes de l'Union européenne, en vertu des compétences attribuées par les traités constitutifs. C'est par conséquent la supériorité de ces traités sur les lois qui a été affirmée. Cette jurisprudence a été immédiatement étendue à tous les traités et accords conclus par la France.

³⁷ C'est pourquoi les deux arrêts ont été salués par la doctrine en tant qu'ils ont affirmé l'indépendance du pouvoir juridictionnel à l'égard tout à la fois du Parlement et du Gouvernement, indépendance qu'avait revendiquée l'arrêt *G.I.S.T.I.* rendu par le Conseil d'Etat le 29 juin 1990.

privées n'acquiescent, pour ces personnes, valeur obligatoire qu'en raison de leur réception par une loi dans l'ordre étatique. L'inconvénient d'une telle conception est qu'une fois cette réception opérée, les normes issues de conventions risquent fort, en dépit du principe *pacta sunt servanda*, de ne se voir, plus tard, reconnaître que l'autorité des normes issues des procédés du droit étatique : des règles de conduite issues de ces procédés pourraient les contredire, alors qu'elles devraient continuer d'être respectées tant qu'elles sont en vigueur internationalement³⁸. C'est, selon moi, pour éviter que cette situation se produise que la Constitution française, en son article 55, pose que les conventions ont une autorité supérieure aux lois. Elle ne constate pas seulement l'obligation pour l'Etat de respecter le principe *pacta sunt servanda* dans les relations que, dans l'ordre international, il entretient avec les autres Etats – ce qu'assure, de manière générale, l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, dont celui de la Constitution de 1958 énonce la valeur constitutionnelle. Elle affirme que ce principe doit être appliqué à *chacune* des conventions conclues par la France. Les dispositions de ces conventions ont, si l'on ose dire, dans leurs gènes le fait qu'elles ont été conçues dans l'ordre international. Elles ont la durée qui leur a été fixée par les parties, cette durée étant le plus souvent indéterminée, sauf à ce que chacun des Etats parties puisse y mettre fin en observant les règles prévues pour les dénoncer. Durant toute cette durée, elles ne peuvent pas, selon le droit international, être contredites par une loi étatique, sauf à considérer que celle-ci constitue une dénonciation unilatérale en une forme non autorisée par la convention.

Est aujourd'hui pleinement reconnue la supériorité des conventions, tant qu'elles sont en vigueur, sur les lois (et donc sur les règlements émis en application de l'article 37 de la Constitution, puisqu'ils ont une valeur juridique inférieure)³⁹. Pour l'assurer, les juridictions françaises ont instauré ce que, par contagion terminologique à partir du contrôle de constitutionnalité, on a appelé le « contrôle de conventionnalité ». Ce contrôle, qui suppose qu'a été « réalisé » le contenu par la publication des conventions dont l'objet serait le même que celui des actes étatiques soumis à ce contrôle, porte sur le contenu normatif des dispositions de ces actes et des conventions en cause. Il n'existe cependant aucune procédure constitutionnellement instituée ayant pour objet d'effectuer un tel contrôle – ni *a priori*,

³⁸ L'Etat aurait sans doute à faire face aux protestations de l'autre ou des autres Parties. Mais cela se passerait dans l'ordre international, tenu pour être séparé de l'ordre interne. La systématisation par un Etat de la violation volontaire du principe *pacta sunt servanda* constituerait l'affirmation d'un monisme étatique. Les conventions internationales ne seraient que des « chiffons de papier » que l'Etat pourrait unilatéralement refuser d'appliquer en édictant des règles contraires. C'est ce monisme qu'a parfois pratiqué le nazisme, voire le marxisme à la mode de Staline puis de Brejnev.

³⁹ Il advient, en de rares cas, que le Conseil d'Etat considère que le Gouvernement a pu valablement refuser de donner application à une convention, au motif que cette application serait contraire à « l'ordre public français ». Notamment est ainsi justifié le refus d'extrader des personnes accusées de crimes passibles de la peine de mort dans le pays où le crime a été commis (ce qui témoigne du caractère à la fois national et évolutif de la notion d'ordre public). Un tel refus revient à considérer que l'Etat a assorti (ou désormais assortirait) son acceptation de la convention en cause d'une réserve implicite, cette réserve étant admise, *volens nolens*, par l'autre Etat partie.

ni *a posteriori*, ce que permettent les questions préalables de constitutionnalité. Ce contrôle n'est pratiqué que parce que les avocats des requérants, lors des procès contentieux, exigent des magistrats qu'ils y procèdent et parce qu'il devrait être effectué *a priori* par les fonctionnaires qui préparent les projets de lois.

Encore faut-il que les conventions aient été « régulièrement » publiées, donc approuvées pour ce qui est des accords en forme simplifiée. Aux conditions formelles de régularité du décret procédant à cette publication-approbation, le Conseil d'Etat en ajoute une matérielle. En son arrêt du 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat énonce : « la suprématie conférée [par l'article 55] aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle », cette nature étant reconnue à celles pour l'application desquelles avait été pris le décret dont les requérants demandaient l'annulation. Des termes de cet arrêt, on ne saurait déduire que seul le pouvoir constituant institué aurait compétence pour conclure des traités dont certaines dispositions seraient contraires à la Constitution. Mais il faut qu'il en autorise la conclusion en révisant celle-ci, pour que soit juridiquement possible la ratification de ces traités. De fait, c'est ce qui a été réalisé chaque fois que l'exercice de compétences attribuées aux organes de l'Etat par la Constitution a été transféré à ceux de l'Union européenne par des traités. Le contenu de ces traités avait été longuement négocié avant d'être soumis à l'acceptation définitive des Etats membres par ratification.

Il en va de même de l'arrêt *S.A.R.L. du parc d'activités de Blotzheim et S.C.I. Haselaecker*, rendu le 18 décembre 1998, pour lequel « n'est pas inopérant »⁴⁰ – sauf à n'être pas « opérant » en l'espèce – le moyen selon lequel la régularité du décret de publication et d'approbation d'un accord est conditionnée par l'adoption préalable d'une loi qui en autorise l'émission dès lors que cet accord concernerait l'une des matières devant faire l'objet de lois (la liste donnée par l'article 34 de la Constitution de ces matières est plus longue que celle de l'article 53, s'agissant de la ratification des traités). Le juge administratif entend veiller à ce que le pouvoir législatif – le Parlement – ne s'oppose pas à l'application sur le for interne d'un accord conclu par le pouvoir dit « exécutif » avec un ou des Etats étrangers, dans l'exercice des compétences que l'Etat, qu'il représente, partage avec ceux-ci. Sans doute s'agit-il de son application, non du *treaty making power*. Donc, la conclusion de l'accord a pu intervenir (et, très souvent, il est disposé qu'il entre en vigueur internationalement dès sa signature ou dès qu'a lieu l'échange de lettres qui le constitue). Mais son application peut être repoussée sur le for interne, donc entre personnes privées, jusqu'à régularisation, par une loi, de l'acte conférant aux normes qu'il contient la force exécutoire.

⁴⁰ Cette formulation inhabituelle peut s'interpréter comme indiquant que ce moyen ne serait invocable que par des requérants, et donc ne serait pas susceptible d'être soulevé d'office par les juges. Mais il est évident que les avocats des requérants l'invoquent dès qu'il peut sembler qu'une convention concerne l'une des matières qui doivent faire l'objet de lois.

La distinction, faite par le juge, entre l'acte qui a formé la norme (acte international) et l'acte de publication-approbation (acte étatique unilatéral) a été attestée de manière remarquable par l'arrêt *G.I.S.T.I.* rendu le 23 avril 1997 par le Conseil d'Etat siégeant en Assemblée plénière. Cet arrêt considère que, dès lors qu'elles sont suffisamment précises, les dispositions conventionnelles ont des « effets directs » dans les rapports des catégories de personnes privées qu'elles déterminent. Ces « effets » – les droits et les obligations qu'elles créent – sont invocables par ces personnes et par la personne morale dont il est admis qu'elle peut les faire valoir, en l'occurrence le G.I.S.T.I., à la seule condition que la convention ait été régulièrement publiée. Ces dispositions sont, en fait, très nombreuses. C'est pourquoi, se référant expressément à cette jurisprudence (chose exceptionnelle), le Premier ministre adressa, le 30 mai 1997, à tous les ministres une circulaire, publiée le lendemain au *Journal Officiel*, leur demandant d'accélérer la publication des traités et accords, afin de ne pas prolonger indûment l'attente des personnes concernées, celles-ci ayant le plus souvent connaissance de leur conclusion par la France.

Remarque : Dans les cas où les dispositions des conventions ne sont pas suffisamment précises et où les juges ne se reconnaissent pas la capacité de les interpréter, les précisions estimées nécessaires se trouvent apportées par des normes réglementaires étatiques (décrets ou arrêtés ministériels). Jadis, de tels actes étaient censés compléter la loi de promulgation du traité. Il est admis qu'étant entrées, du fait de leur publication, dans le droit interne, les dispositions en cause peuvent, comme le sont les lois, être complétées par de tels actes. Reste que ce sont les juges qui, seuls, considèrent qu'une convention produit ou non des effets directs. Cette appréciation peut différer d'une juridiction à l'autre, notamment lorsqu'elle est donnée par des juges relevant les uns de l'ordre judiciaire, les autres de l'ordre administratif (ainsi, de certaines dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant). Certes, dans l'un et l'autre cas, la convention sera appliquée. Son application est seulement différée lorsqu'il est jugé que des actes administratifs étatiques doivent la compléter – interprétation que les autres Etats parties signifient, par leur silence, qu'ils admettent qu'elle puisse être donnée.

Ce rappel étant fait de la jurisprudence française en matière d'application des conventions internationales, je crois devoir – toute révérence gardée à l'égard des hauts magistrats qui la soutiennent – critiquer l'affirmation selon laquelle la Constitution de 1958 serait moniste. Cette affirmation avait été faite par le conseiller d'Etat Abraham, se fondant sur la disposition de l'article 55 selon laquelle ces conventions ont « une autorité supérieure à celle des lois », en ses conclusions, suivies par l'Assemblée du Conseil dans l'arrêt *G.I.S.T.I.* Elle est fréquemment reprise par les commissaires du Gouvernement en leurs conclusions (aujourd'hui, leurs rapports). Elle l'a été encore par le président de la section du contentieux – bien que, me semble-t-il, sans grande conviction – en son

intervention au cours du colloque organisé, en 2018, au sein de l'Université de Paris II sur l'application du droit international en droit administratif français. Elle paraît supposer que la disposition en cause signifie que les conventions régulièrement conclues ont une autorité supérieure à *toutes* les lois émises (ou susceptibles d'être émises) par le Parlement. Cette disposition se rallierait ainsi aux doctrines monistes, celle de Kelsen et de Verdross, ou celle de Scelle – encore que ces doctrines partent de présupposés conceptuels fort différents –, qui considèrent que tout ensemble juridique procède de normes ayant valeur universelle. Or, je crois avoir montré ci-dessus que c'est seulement à l'égard des lois portant sur les mêmes matières que les conventions que cette disposition confère à ces dernières une autorité supérieure, afin d'assurer pleinement, pour chaque convention, l'application de la norme coutumière *pacta sunt servanda*. En outre, il est une règle générale d'interprétation que tous les internationalistes connaissent bien : toute disposition doit être interprétée dans son contexte. Le contenu matériel d'un acte normateur – une Constitution tout comme un traité – est un tout, dont chaque élément ne peut être totalement dissocié. Or, l'interprétation selon laquelle, du fait de son article 55, la Constitution française serait moniste est incompatible avec la conception de l'Etat – dont ils affirmaient la souveraineté – qu'avaient, avec le général de Gaulle, les personnes qui élaborèrent les projets de Constitution soumis à référendum en 1946 – époque où cette souveraineté venait d'être restaurée en sa plénitude – et en 1958. Les magistrats ont pour mission d'assurer l'application de toutes les normes, qu'elles soient d'origine étatique ou interétatique, qui ont pour fondement les règles de la Constitution. En témoignent, d'ailleurs, les arrêts du Conseil d'Etat relatifs aux conditions de régularité de la publication des traités et de l'approbation des accords en forme simplifiée.

L'affirmation selon laquelle la Constitution française serait moniste, quant aux rapports de l'ordre étatique avec l'ordre juridique international, n'est, me semble-t-il, qu'une opinion doctrinale, lors même qu'elle est émise par de hauts magistrats. Si le terme moniste a été utilisé par eux pour qualifier la Constitution française, il me paraît que c'est parce que cette qualification s'oppose radicalement à la conception dualiste traditionnelle, qui considère que seules sont applicables dans l'ordre interne les normes formées selon les procédés propres à cet ordre, celles provenant de sources extérieures devant être transformées, pour qu'elles le soient, en normes étatisées. En vérité, la Constitution française doit être qualifiée de dualiste ; mais elle n'est pas conforme à tout ce qu'implique la doctrine dualiste traditionnelle. Les actes qui assurent l'application, dans l'ordre interne, des normes formées hors de ces procédés, en préservant les compétences des principaux organes de l'Etat, sont évidemment des actes étatiques. Mais la Constitution reconnaît que ces normes, qui toutes proviennent de la rencontre des volontés de l'Etat avec celles d'autres Etats en vertu des compétences qu'il partage avec eux, composent, avec des normes coutumières qui leur sont

matériellement supérieures, un ordre juridique distinct de l'ordre interne. Et elle accorde à ces normes, tant qu'elles sont en vigueur, une « autorité supérieure » à celles formées selon les procédés étatiques. Cela, parce que l'ordre international, dont fait partie l'Etat français, comporte la norme coutumière *pacta sunt servanda*, à laquelle aucun Etat ne peut déroger⁴¹. Il est vrai qu'en ce sens peut être évoqué le principe de supériorité du droit international sur le droit étatique : la Constitution de 1958 énonce, en son article 55, des dispositions propres à assurer qu'il en soit bien ainsi.

Cet article 55 est, à coup sûr, la manifestation expresse de l'adoption d'une conception des rapports entre l'ordre étatique et l'ordre international autre que la conception dualiste traditionnelle. Il appartient à l'organe constituant de chaque Etat et aux organes faisant application de sa Constitution d'adopter l'une ou l'autre des deux conceptions qui sont en cause (la conception prétendument moniste devant, me semble-t-il, être écartée) : la conception dualiste traditionnelle, d'une part, et, d'autre part, celle que je tenterai de décrire dans la troisième partie. Certains des Etats issus des anciennes colonies de la France se sont, sur ce point comme sur d'autres, inspirés de la Constitution de l'ancienne métropole. Quant à la Grande-Bretagne et aux Etats issus des anciennes colonies britanniques, ils semblent avoir conservé la pratique qui attribue aux juges le pouvoir de déterminer le droit applicable à chaque espèce qui leur est soumise, ce droit pouvant résulter d'une convention internationale. En ce sens, la maxime selon laquelle « *International Law is a part of the Law of the Land* ». Les auteurs anglophones ne se sont guère attachés à l'étude de la manière selon laquelle les traités sont appliqués dans l'ordre interne. Aussi bien, la distinction faite en droit continental européen, et spécialement en droit français, entre droit international public et droit international privé est beaucoup moins accusée dans le monde anglophone que dans les Etats d'Europe continentale. Mais, telle qu'elle est formulée par l'article 55 de la Constitution française, la conception des rapports entre l'ordre international et les ordres étatiques ne concerne apparemment que l'application aux personnes privées des normes émises par des procédés internationaux. Elle ne porte pas sur les rapports entre Etats, non plus, accessoirement, que sur les rapports entre Etats et organisations internationales, rapports tous dominés par la norme *pacta sunt servanda*. C'est pourquoi elle n'a pas fait l'objet de critiques de la part des autres Etats, car étant insusceptible d'en faire l'objet. Ce sont pourtant les rapports des ordres étatiques avec l'ordre international, en leur ensemble, qu'il faut ici d'examiner.

⁴¹ Même une éventuelle irrégularité dans la conclusion d'un traité, au regard du droit constitutionnel interne, n'exonère l'Etat de l'obligation de respecter les dispositions conventionnelles, et donc de sa responsabilité, que si elle est « manifeste » – ne pouvant être ignorée de l'autre partie – et si elle concerne une règle de son droit interne ayant une « importance fondamentale » (article 46 de la Convention de 1969 sur le droit des traités).

III. DISTINCTION, MAIS INTERDÉPENDANCE ET NON PAS SÉPARATION, ENTRE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL ET LES ORDRES ÉTATIQUES

La conception que j'ai de ce que sont ces rapports dans le monde contemporain dépend de considérations, qu'il me paraît nécessaire de formuler à titre liminaire, sur la notion de Droit. Le Droit peut, en effet, être considéré, d'une part, quant à son contenu – donc quant aux personnes dont le statut juridique est affecté par ce contenu –, d'autre part, quant à ses modes de formation. De ces modes résulte le caractère obligatoire pour ces personnes des règles qu'il comporte.

En premier lieu, il me paraît important de rappeler qu'au moins en dernière analyse les règles de conduite, en quoi consiste le contenu du Droit, affectent toutes le statut juridique d'individus, de personnes dites physiques. Ce statut (ou plus exactement les statuts qu'une même personne peut se voir attribuer ou reconnaître dans plusieurs ordres juridiques à la fois) comporte les droits qu'immédiatement ou potentiellement une personne peut faire valoir, les obligations qu'elle doit remplir, les compétences qu'elle doit assumer dans ses rapports avec d'autres personnes⁴². Ces règles de conduite sont soit générales, leur objet étant de régir les actes ou le comportement de toute personne, abstraitement définie, se trouvant dans la situation les lui rendant applicables (des « normes », selon la définition que j'ai donnée de ce terme dans la deuxième partie, V. *supra*, note 22), soit interindividuelles. Ces dernières tirent leur force obligatoire des règles générales : elles sont énoncées en application de normes, et leur contenu doit toujours être conforme à ce que celles-ci exigent. Il en va ainsi lors même que les règles de conduite sont formulées en termes tels qu'elles doivent s'appliquer à des groupements de personnes juridiquement organisés, et non pas individuellement aux personnes qu'ils regroupent : ainsi, s'agissant des personnes qui font partie d'une société, d'une association, d'un syndicat, etc. Non seulement les personnes composant les organes de ce groupement, mais encore – serait-ce indirectement – toutes celles qui y ont adhéré voient leur statut modifié par

⁴² Je rejoins, ce disant, les observations faites, au début du XX^e siècle, par les juristes de l'École de Bordeaux (Duguit, Jèze, etc.). Mais de ces observations, ils faisaient, en droit interne, les prémisses d'un raisonnement selon lequel on pourrait, on devrait même, se passer d'utiliser la notion de personne morale. Pourtant, l'utilisation de la notion de personne morale est constante, en droit public comme en droit privé. Du reste, si la personne morale n'existe qu'en tant qu'un statut juridique lui est attribué, la personne physique n'est elle-même un sujet de droit – notion abstraite – qu'en tant qu'elle est toujours (sauf peut-être l'esclave) titulaire d'un statut. En droit international, G. Scelle a, de même, en 1937, nié la personnalité de l'Etat, dont il abhorrait qu'il invoquât sa souveraineté, cause de tant de conflits. Il estimait que tous les individus du monde constituaient une seule communauté, tous ayant les mêmes droits (et les mêmes obligations). Le caractère utopique de cette doctrine, née des espoirs vainement suscités par l'adoption du Pacte de la S.D.N., est très vite apparu. Cependant, dégagée de ce qui théoriquement la fondait, celle-ci a influencé la pensée de nombreux auteurs en leur présentation de certaines matières du droit international, tel le droit des espaces marins, ces espaces étant considérés comme « le domaine public » de la communauté internationale. Et cette conception a motivé de nombreuses résolutions d'organisations internationales, notamment de l'O.N.U., et les dispositions de maintes conventions internationales à vocation universelle.

l'application des règles émises. Il en va de même pour toutes les personnes qui, aujourd'hui, sont intégrées du fait de leur résidence dans l'un des démembrements de l'Etat (Etats fédérés ou circonscriptions administratives), ces démembrements étant susceptibles d'évoluer en leur nombre – donc en la population qui les compose – ou en leur existence même en application des lois étatiques. Il en va de même, aussi, de la personne morale qu'est l'Etat lui-même. Les règles de conduite qui sont formulées en termes les rendant applicables, globalement, à cette personne morale doivent, en fait, être appliquées par certaines des personnes physiques qui la composent, notamment par celles constituant ses organes. Ces considérations s'appliquent à l'exercice de toute compétence, qu'elle soit attribuée ou reconnue. Hormis le cas – aujourd'hui pratiquement disparu – des dirigeants d'une dictature, qui tiennent leur pouvoir de la force et non de règles constitutionnelles préétablies, c'est par une suite de règles – règles générales puis règles de désignations individuelles – que des personnes physiques sont investies de l'exercice, collégial ou individuel, de ces compétences.

En deuxième lieu, comment les règles de conduite constitutives du Droit sont-elles formulées et par quels organes, dotés par des règles constitutionnelles de la compétence de le faire, et comment ces règles sont-elles rendues juridiquement obligatoires⁴³ ? Aujourd'hui, au point où nous en sommes d'une longue évolution – et non, sans doute, à son terme –, sont distinctes quant à leur origine trois catégories (au moins) de règles de conduite générales ayant ce caractère. Observation importante : les personnes dont elles régulent les rapports sont potentiellement *les mêmes*. *Toutes résident sur le territoire d'un Etat ou en ont la nationalité*. Pour la plupart d'entre ces personnes, c'est concurremment et seulement de manière éventuelle, en fonction de l'existence constatée des actes ou des situations qui déclenchent l'application de ces normes, qu'elles doivent les appliquer.

Les plus nombreuses règles de conduite juridiquement obligatoires pour les personnes dites « privées » émanent des organes des Etats et de leurs démembrements (Etats fédérés, circonscriptions administratives, y compris, pour les Etats coloniaux, chaque colonie et les divisions territoriales instituées au sein de chacune d'elles). La plupart de ces normes sont formées selon des procédés écrits (par exemple, en France, les lois, les décrets et les arrêtés). Quelques-unes le sont selon des processus coutumiers. Toutes régissent les différentes « branches » du droit en vigueur à l'égard de toutes les personnes résidant sur le territoire de l'Etat : droit civil, droit commercial, droit des entreprises, droit pénal, droit fiscal, etc., avec les distinctions que les praticiens – y compris les professeurs, enseignant chacun l'une de ces disciplines – introduisent à l'intérieur

⁴³ Il est très exceptionnel que l'application d'une règle de conduite juridique n'ait pas le caractère d'être obligatoire (exemple, en droit privé français, l'aide apportée par une personne à ses ascendants). Cela ne doit pas être confondu avec le caractère discrétionnaire de compétences attribuées à des organes de l'Etat ou de ses démembrements : les personnes auxquelles, par un jeu de délégations successives, ces compétences sont attribuées sont appelées par la règle qui a été émise à estimer s'il est, et dans quelle mesure, opportun de les mettre en œuvre.

même de ces branches. Ce sont les normes émanant, directement ou indirectement, des organes étatiques qui confèrent leur caractère obligatoire aux innombrables droits et obligations créés par les actes conventionnels interindividuels ou par les actes unilatéraux des personnes privées.

Moins nombreuses sont les normes issues des sources du droit international : traités et accords internationaux, coutumes, actes unilatéraux émis par les Etats et par des organisations internationales en application de ces coutumes et des traités constitutifs des organisations, sans parler du pouvoir normateur que l'on peut reconnaître aux décisions juridictionnelles interprétant conventions et coutumes, ce qui contribue à faire évoluer ces dernières en leur contenu normatif. De même que les sources du droit interne, les sources du droit international régissent les différentes branches de ce droit. Les normes issues de ces sources encadrent toutes les conventions conclues entre personnes privées et qui constituent la part la plus importante du « droit international privé ». Ces conventions présentent, aujourd'hui, une très grande importance dans tous les Etats du monde, spécialement dans ceux du « monde occidental » : notre vie quotidienne, du petit déjeuner au coucher, en est tributaire.

Il est vrai que la doctrine dualiste traditionnelle, qui sera discutée plus loin, considère que seules les règles de conduite affectant les relations entre Etats et organisations internationales, entités tenues pour être distinctes des personnes (physiques et morales) qui les composent, appartiennent à l'ordre international. En conséquence, les droits « subjectifs » et les obligations des personnes privées dérivant de ces règles de conduite – pour la plupart non pas normatives (c'est-à-dire concernant tous ces sujets de droit existants et à venir) mais inter-individuelles – n'ont d'internationale que leur origine. Ces droits et ces obligations ne seraient créés que dans les ordres étatiques. Telle n'est pas la conception que, personnellement, je développerai.

En troisième lieu, à partir du milieu du XX^e siècle, sont les normes qui émanent des organes des Communautés régionales et les droits et les obligations entre personnes privées qui en dérivent : Union européenne, Union africaine (celle-ci n'ayant atteint qu'un niveau d'intégration moindre que celui réalisé au sein de l'U.E.) et peut-être, dans la mesure où des normes communes s'imposeraient aux personnes résidant sur le territoire des Etats membres, organisations instituées entre des Etats d'Amérique – MERCOSUR (Marché Commun du Sud), SICA (Système d'intégration centre-américain), CARICOM (Communauté des Caraïbes), CAN (Communauté andine). Je laisse ouverte la question de déterminer si présentent un degré d'autonomie suffisante, comme l'estiment nombre d'auteurs, par rapport aux règles d'origine étatique et à celles du droit international, les règles constitutives de la *lex mercatoria*.

Ainsi observe-t-on, du point de vue de l'origine des normes de conduite que les individus doivent obligatoirement appliquer dans leurs actes et dans leur comportement, qu'il existe (au moins) trois types d'ordres juridiques⁴⁴. La spécificité des catégories de règles qui composent chacun de ces ordres est déterminée par les règles – de valeur supérieure, matériellement si ce n'est formellement – qui sont constitutives de l'ensemble social dont elles émanent. Cela est évident pour celles que contiennent les Constitutions des Etats. Ce l'est aussi pour les traités constitutifs des Communautés régionales. Les dispositions de ces traités déterminent avec précision les compétences des organes communautaires, dans les matières où l'exercice de la souveraineté des Etats membres a été entièrement ou partiellement délégué à la Communauté, et les rapports institués entre ces organes et les organes des Etats. Du même coup sont établis les domaines où les individus doivent appliquer les règles de conduite énoncées par les organes communautaires et ceux où ils ne doivent appliquer que les règles énoncées par les organes étatiques. Que le mot plaise ou non, de telles dispositions ont un caractère fédéral. En revanche reste posé le problème des rapports entre les ordres communautaires et l'ordre international. Car, d'une part, les organes communautaires concluent des conventions avec les organes d'Etats tiers, les règles posées par ces conventions devant être appliquées par des individus relevant de l'ordre communautaire et par ceux de ces Etats. D'autre part (et surtout), chacun des ordres communautaires est créé par un traité, comme l'est une organisation internationale non dotée de compétences dites souveraines. La suite de ce propos ne portera que sur les rapports entre les ordres étatiques et l'ordre international.

Entre ces deux ordres, la doctrine dualiste traditionnelle estime qu'il existe non pas seulement une distinction, mais bien une séparation. Cette séparation impliquerait, comme cela a été indiqué dans la deuxième partie, que l'Etat ait une double personnalité : l'une, à l'intérieur de chaque ordre étatique, lui attribuant la fonction d'émettre les normes de conduite qui, exclusivement, composeraient cet ordre ; l'autre, se rencontrant avec la personnalité (identique à la sienne) des autres Etats, lui permettant de créer des règles de conduite dont le respect s'imposerait aux seuls Etats les ayant formées. Cela, à charge pour chacun d'eux d'imposer, par des règles étatiques, à ses organes internes et à ses « sujets », les personnes dites privées, les normes de conduite assurant ce respect. Outre qu'un tel dédoublement de la personnalité d'une même personne, serait-elle morale, me paraît juridiquement peu concevable, cette conception ne me semble pas tenir suffisamment compte du fait, essentiel, rappelé ci-dessus : toute règle de conduite dont l'application doit être

⁴⁴ Le *Dictionnaire de Droit international public* (sous la direction de Jean SALMON, Bruylant, Bruxelles 2001) donne de ce terme une définition très générale : « ensemble de règles de droit constituant un système régissant une société ou un groupement donné ». Cette définition pourrait s'appliquer à une multiplicité (indéfinie) de groupements humains – ce que soutient la doctrine de Santi Romano, suivie par nombre d'auteurs. Le *Dictionnaire* se borne à indiquer : « Ainsi, on parlera d'ordre étatique, d'ordre international, communautaire, etc. », sans chercher à définir ce qui distingue ces ordres les uns des autres, ni ce que recouvre le « etc. ».

déclenchée par des actes ou par un comportement prédéterminés est émise en application d'un droit matériellement, si ce n'est formellement, supérieur.

Si l'on considère, en effet, que l'ensemble des règles de conduite formées par accord intervenu entre les organes de deux, de plusieurs ou d'un nombre aussi important que possible d'Etats fait partie de la composition d'un ordre juridique, l'ordre international, c'est parce qu'elles sont formées selon les règles d'un droit constitutionnel supérieur, et qu'elles ne peuvent pas déroger, en leur contenu normatif, à quelques règles que ce droit comporte. Ce droit s'impose à l'ensemble des Etats qui font partie de l'ordre international. Il apparaît comme étant le droit d'un ordre composé d'ordres juridiques : les ordres étatiques et les ordres communautaires (dans les rapports que ceux-ci entretiennent avec les Etats tiers). Les règles de conduite qui le composent ont pour objet de régir les rapports qu'entretiennent entre eux les organes de chacun de ces Etats chargés des relations avec les autres Etats. Il en va ainsi notamment lorsqu'ils décident de régir en commun certains rapports – qu'ils déterminent – entre des catégories de personnes sujettes de leurs ordres étatiques respectifs, et les rapports de ces personnes avec les organes (administratifs et juridictionnels) chargés d'assurer l'application des normes ainsi émises. Or, ce droit « constitutionnel » est constitué de coutumes⁴⁵. J'en ai dressé la liste – selon moi, assez importante – et en ai brièvement décrit le contenu dans l'ouvrage auquel il a été fait référence dans l'introduction de ce propos.

Ces coutumes sont formées par le consensus intervenu entre les organes des Etats agissant dans le libre exercice de leur souveraineté. Ce consensus est exprimé par les actes de ces organes et par leur comportement – y compris par le silence gardé – à l'égard des actes et des comportements des autres Etats. Ce faisant, l'Etat s'oblige à respecter, en ses rapports avec ses semblables, les coutumes à pour tous. la formation desquelles il a contribué et il contribue de façon permanente⁴⁶. De l'ensemble de ces coutumes résulte le statut (permanent) qui est le sien dans l'ordre international. En résultent aussi, depuis l'arrêt *Lotus*, les compétences – le concept de compétences ayant été importé du droit interne dans le droit international – qui lui sont reconnues au sein de cet ordre. Le caractère discrétionnaire de leur exercice est limité par l'obligation que l'Etat

⁴⁵ Certaines de ces coutumes ont commencé à être formées bien avant que n'ait existé un ordre international, voire avant même que se soient constitués les Etats modernes. Par exemple, on trouve l'origine des coutumes relatives aux immunités diplomatiques dans celles dont bénéficiaient les hérauts d'armes porteurs des messages (y compris éventuellement une déclaration de guerre) d'un souverain (ou simplement d'un seigneur) à un autre. Elles n'étaient pas toujours respectées ; elles ne se distinguaient guère des usages. Leibniz, Pufendorf et Vattel, présentant le droit positif (ou ce qu'ils estimaient qu'il devrait être), les ont tenues pour obligatoires, cette obligation s'imposant aux monarques et à eux seuls. De là, la distinction qui est faite, encore aujourd'hui, entre le droit international, lequel s'imposerait, selon la doctrine dualiste traditionnelle, aux seuls organes dirigeants de l'Etat, et le droit interne.

⁴⁶ Il advient qu'un Etat se refuse durablement (cas de « l'opposant obstiné » ou « objecteur persistant ») à appliquer une coutume reconnue comme existante, dans l'ordre international. Mais cette coutume ne peut être que d'importance secondaire par rapport à celles constitutives de cet ordre, de sorte qu'il se considère et qu'il est considéré par les autres Etats comme faisant cependant partie de cet ordre.

respecte, en ses actes et en ses comportements, les normes constitutives de l'ordre international. Parmi celles-ci sont les normes qui déterminent les formes procédurales (car les normes procédurales, ou du moins les principales d'entre elles, ont un caractère matériellement constitutionnel) des actes conventionnels que l'Etat conclut avec les autres Etats et, surtout, la norme – le principe *pacta sunt servanda* – qui oblige les Etats à appliquer par leurs organes et à faire appliquer par ceux-ci les règles de conduite qui constituent le contenu normatif de ces actes, sauf à pouvoir se dégager de cette obligation dans les conditions, et seulement dans les conditions, déterminées par chaque convention.

Or, il est dans la nature de tout droit exclusivement coutumier de n'avoir pas d'organe distinct des personnes physiques et morales (représentées par leurs organes propres) sujettes de ce droit, si ce n'est l'organe ou les organes que ces personnes décident en commun de créer pour mieux assurer leur solidarité en des matières déterminées. Toutes les fonctions que doit remplir, pour exister, un ordre juridique sont donc, s'agissant de l'ordre international, remplies par les organes des Etats. Tel est le cas de la fonction « normatrice », qui sera surtout évoquée dans les développements qui suivent. Mais tel est aussi le cas des fonctions de contrôle de l'exacte application des normes qui composent l'ordre international. D'une part doit être contrôlée l'application des normes relatives à la formation, à l'étendue territoriale et à la souveraineté de chacun des Etats membres de l'ordre : chacun des Etats préexistants a compétence pour reconnaître, expressément ou implicitement, qu'elles ont été respectées (même si cette compétence, en principe individuelle, s'exerce aujourd'hui le plus souvent de manière collective, par voie de résolutions adoptées par les organes de l'O.N.U.) D'autre part est contrôlée l'application par les normes adoptées conventionnellement des normes coutumières, y compris les règles relatives à d'autres matières que le « droit constitutionnel » de l'ordre international : les différends interétatiques ne peuvent être résolus par des procédés mettant en jeu des personnalités extérieures aux Etats en cause (bons offices, médiation, arbitrage, règlement juridictionnel) que grâce à un accord entre ces Etats. Cela conduit souvent à qualifier l'ordre international de primitif, par comparaison avec les autres ordres, lesquels instituent des organes dédiés à ces contrôles⁴⁷. De là résulte *la singularité de cet ordre* : il n'a pas, à strictement parler, d'organe qui lui soit propre, parce qu'il est dans la nature exclusivement coutumière de son « droit constitutionnel » qu'il ne puisse en avoir. Et c'est un ordre fragmenté, de par son origine même⁴⁸, en ses éléments structurels composants, les Etats, lesquels agissent soit individuellement, soit conjointement

⁴⁷ Dans chacun des ordres internes, c'est parce que les personnes physiques, dont le droit « privé » relevait de coutumes, étaient d'abord les sujets de collectivités humaines « politiquement organisées », que les différends relatifs à l'exacte application de ces coutumes, y compris quant à leur contenu, étaient réglés par des instances instituées au sein de ces collectivités. Et c'est parce qu'ils devaient être réglés par ces instances qu'est intervenue la rédaction des coutumes sous forme de « coutumiers », transformant dans une large mesure le droit coutumier en droit écrit, donc censé être figé en son contenu.

⁴⁸ Et non pas « décentralisé » – terme qui suppose l'exercice d'une volonté décentralisatrice – comme le présentent certains auteurs.

(deux, plusieurs, ou un nombre d'avance indéterminé d'entre eux), seules les normes coutumières étant obligatoires. De là, aussi – bien que ceci ait une moindre importance pratique – la relative imprécision (actuellement, « presque deux cents ») du nombre des Etats s'ajoutant aux membres de l'O.N.U. (sur les effets de l'admission à l'O.N.U. d'Etats nouveaux, qui peuvent être assimilés à une reconnaissance majoritaire collective, à l'égard des Etats n'ayant pas voté l'admission, V. *infra*). Car il n'existe pas d'autorité juridiquement habilitée à décider si une entité peut revendiquer le statut d'Etat, ni obliger les Etats préexistants à le lui reconnaître. Et si les normes qui composent le « droit constitutionnel » de l'ordre international énoncent les conditions qui doivent être remplies pour que ce statut soit reconnu (un territoire et une population bien déterminés, et un gouvernement capable d'émettre les règles de conduite que les « sujets » de droit doivent observer et d'assurer leur application), ces normes n'interdisent pas d'admettre – étant à part le cas de la Confédération helvétique – que ce gouvernement ne soit pas totalement indépendant, l'exercice de la « souveraineté » de l'Etat étant partagée. Ne sont plus, aujourd'hui, concernés que les Etats dits « exigus » ; l'étaient, naguère, les protectorats et les mandats – au moins les mandats A – de la S.D.N. (sont obsolètes les articles 75 à 91 de la Charte des Nations Unies).

En outre, les normes coutumières ne peuvent pas être écrites du fait que leur contenu est susceptible d'évoluer⁴⁹ ; il demeure inchangé tant qu'une modification n'est pas juridiquement admise par tous, cette modification n'apparaissant généralement qu'à l'occasion de différends plus ou moins aigus entre les personnes, ici les Etats, qui invoquent le droit d'agir de manière nouvelle et celles qui, conformément au contenu estimé stable de la coutume, s'opposent à l'existence d'un tel droit. En effet, est toujours en cause la preuve qu'existe, entre la grande majorité des personnes liées par la coutume, le consensus implicite qui constitue le fondement de la norme coutumière. Il est très remarquable que la codification du droit international entreprise par l'O.N.U. ait pour résultat de transformer les normes à l'origine coutumières en normes conventionnelles soumises à l'acceptation des Etats, ce qui peut conduire certains d'entre eux à ne pas les accepter tout en proclamant qu'ils respectent les normes coutumières (d'autant que la codification des normes reconnues comme existantes est assortie du dessein d'œuvrer au développement progressif du droit international)⁵⁰.

⁴⁹ Particulièrement importante est l'évolution qui a admis comme sources du droit international les accords en forme simplifiée à côté des traités dits aujourd'hui « en forme solennelle ». S'est de même formée, au cours du XX^e siècle, la coutume qui permet à chaque Etat dont le territoire est bordé par la mer de délimiter par des actes unilatéraux ayant valeur *erga omnes*, au-delà de sa mer territoriale, une zone économique exclusive et, dans le fond marin, un plateau continental. Autre exemple : la distinction établie, en ce qui concerne les diplomates, voire les chefs d'Etat, entre ce qui relève de leurs fonctions et leur vie privée.

⁵⁰ La tentative de nombre d'auteurs – dont je suis – d'exprimer en termes écrits le contenu des coutumes, tel qu'ils estiment qu'il est au jour où ils rédigent leurs ouvrages, n'a évidemment pas un caractère normateur.

Aujourd'hui, l'ordre international est composé de tous les Etats du monde. Au fur et à mesure que de nouveaux Etats étaient créés, du fait du mouvement de décolonisation, ils ont été immédiatement considérés comme faisant partie de cet ordre. De là résulte le fait que cet ordre, en ses parties composantes⁵¹ et en la multiplicité des règles de conduite (coutumes et règles à effets fragmentés) qui constituent son contenu normatif, concerne éventuellement toutes les personnes physiques qui résident et toutes les personnes morales qui ont leur siège social sur tous les territoires habitables du monde. Considérable est la novation qui a affecté, comme je l'ai précédemment signalé, la notion même d'ordre international. L'extension des colonies à la quasi-totalité des territoires et des populations du monde l'avait, certes, préfigurée. Mais les Etats coloniaux, en concluant des traités, excluaient souvent, y compris par des réserves, les populations non métropolitaines de leurs effets.

Ainsi l'ordre international peut-il être considéré comme étant devenu l'ordre de la Communauté humaine tout entière. De nos jours, celle-ci compte plus de sept milliards d'individus ; à la fin de ce siècle, elle en comptera vraisemblablement bien davantage. Les intérêts de cette Communauté font de plus en plus souvent l'objet, au-delà des intérêts propres aux Etats – soit qu'ils s'en trouvent renforcés, soit qu'il s'agisse de les concilier –, de résolutions des organisations à vocation universelle. La recherche de leur satisfaction, serait-ce à moyen ou à long terme, motive un certain nombre de conventions multilatérales. Beaucoup d'O.N.G. multinationales œuvrent en ce sens. Reste que ce sont les procédés de formation de normes propres à l'ordre international établi qui sont utilisés pour produire des effets dans l'intérêt de cette Communauté, intérêts dépassant les intérêts à court terme de chacun des Etats qui la composent, voire contraires à ces intérêts. Certes, les organes de l'O.N.U. et ceux des organisations du « système onusien » pourraient paraître comme étant (ou comme devant devenir) les organes de la Communauté universelle constituée par les populations de tous les Etats du monde. « Nous, peuples des Nations Unies » : ainsi débute la Charte. Et, de fait, à quelques exceptions près (toutes justifiées), tous les Etats du monde sont membres de l'O.N.U. (ce qui n'est pas tout à fait le cas des organisations satellites). On constate une évolution dans le rôle normateur que joue l'Assemblée générale de l'O.N.U. Celle-ci tend à se considérer comme représentant toute la

⁵¹ A quatre exceptions près : Taïwan, Palestine – pour beaucoup d'Etats, constituant la majorité des Etats membres de l'O.N.U. –, Sahara occidental, et Kosovo, tant que celui-ci n'est pas admis comme membre de l'O.N.U. Ces exceptions sont considérées comme temporaires, encore que la première risque d'être durable puisqu'elle résulte du fait que le régime de Taïwan, issu de l'exil de Tchang Kaï-chek et de ses fidèles sur cette île, aussi bien que celui de la République populaire de Chine estiment qu'à terme les deux entités ne doivent former qu'un seul Etat. Le statut des organismes nationaux de recherche situés sur le continent antarctique – encore considéré comme n'étant pas habitable de manière permanente – est déterminé conventionnellement par des traités conclus entre les Etats dont ces organismes émanent, traités auxquels les autres Etats reconnaissent qu'ils ont une fonction constitutive, donc par des sources du droit appartenant à l'ordre international. Cela exclut provisoirement ce continent de l'étude des rapports entre cet ordre et les ordres étatiques.

Communauté internationale (V. *infra* les développements relatifs aux objets et aux finalités de l'action des organisations internationales). Pourtant, l'O.N.U. ne s'est pas vu attribuer pour finalité d'être, par ses organes, l'unique représentant de la Communauté universelle. En témoignent le point 3 du Préambule de la Charte (« créer les conditions nécessaires au [...] respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ») et toutes les dispositions de son Chapitre I, consacré à l'exposé des Buts et principes. La Charte n'est-elle pas, elle-même, l'un des traités internationaux visés par le point 3 du Préambule ? Ce traité, comme tous les autres, est conclu selon les formes procédurales exigées par les normes coutumières qui constituent une partie du « droit constitutionnel » de l'ordre international, et son contenu est conforme aux autres coutumes constitutives de ce droit. Il entend seulement renforcer le caractère obligatoire de toutes les normes, conventionnelles et coutumières, qui composent l'ordre juridique international, en leur conférant une possible sanction collective. Il entend aussi contribuer, par les actions que mèneraient les organes créés, à l'évolution du contenu de ces normes.

Si les caractères qui viennent d'être exposés sont bien ceux de l'ordre international contemporain, de ces caractères résulte, me semble-t-il, non pas une séparation d'avec les ordres étatiques, mais l'*interdépendance* de ces ordres. Cette interdépendance est d'abord structurelle. Je compte montrer en premier lieu comment elle se manifeste (point A). L'interdépendance des ordres juridiques apparaît aussi dans les conditions d'application des règles de conduite internationalement formées, conditions qui seront considérées en deuxième lieu (point B). La doctrine dualiste traditionnelle estime que ces règles ne sont obligatoires que pour les Etats, personnes morales, dans leurs rapports mutuels. Je crois, pour ma part, qu'elles doivent être appliquées par des catégories de personnes physiques. Ces personnes sont, d'une part, celles qui sont désignées pour exercer les compétences des organes des Etats chargés d'assurer leur application. Ce sont, d'autre part, les catégories de personnes dites « privées » que ces règles déterminent, directement ou indirectement. Cette conception n'est assurément pas conforme à la doctrine dualiste traditionnelle. Celle-ci, je le rappelle, tient l'ordre étatique comme étant exclusivement composé des normes issues de procédés étatiques unilatéraux et des constructions juridiques que les personnes (physiques et morales) bâtissent à partir des droits et des obligations que ces normes leur confèrent. Il est vrai que la majorité des règles de conduite, dont le respect est obligatoire, pour les personnes, dans l'ordre interne, ont cette origine. Mais il me semble que sont aussi obligatoires dans l'ordre « interne », lequel est, de ce fait, plus étendu que l'ordre « étatique », en vertu de la norme coutumière *pacta sunt servanda*, celles qui sont formées internationalement avec le concours des organes de l'Etat – tous les Etats, pour les règles coutumières ; les Etats parties à des traités ou à des accords, pour les règles conventionnelles.

A. Interdépendance des ordres étatiques et de l'ordre international pour la formation et l'adoption des règles internationales de conduite.

Observons tout d'abord que l'interdépendance des ordres étatiques et de l'ordre international se manifeste globalement. D'une part, le statut juridique dans l'ordre international n'est attribué à un groupement humain – serait-il organisé – que lorsque la dénomination d'Etat est reconnue à ce groupement parce que celui-ci remplit les critères que posent les normes coutumières constitutives de cet ordre. Le statut ainsi attribué est permanent et général (c'est-à-dire qu'il concerne potentiellement toute matière susceptible de faire l'objet d'une règle de conduite internationalement formée), contrairement au statut limité reconnu occasionnellement dans l'ordre international à d'autres sujets de droit que l'Etat, lorsque sont établies les conditions déclenchant l'attribution de ce statut.

D'autre part, l'ordre juridique international n'a toutefois d'existence que si des groupements humains suffisamment nombreux ont obtenu l'attribution du statut d'Etat. Ces Etats ont reconnu, les uns et les autres, qu'ils étaient des groupements sociaux de même nature et que leur coexistence, impliquant qu'ils entretiennent entre eux des relations – y compris conflictuelles –, suppose que ces relations soient régies par quelques normes coutumières. Cela ne s'est pleinement produit qu'à partir du XVI^e siècle en Europe : l'ordre international a d'abord été un ordre européen (incluant les premières colonies instituées par l'Espagne et par le Portugal sur des territoires du Nouveau Monde). Pendant longtemps, les modifications de l'emprise territoriale des Etats, et par conséquent de la composition de leur population, ont fait l'objet de leur nécessaire reconnaissance par les Etats voisins, ou par les autres puissances colonisatrices, lors même que ces modifications résultaient d'actions unilatérales, voire souvent de conflits armés ; cette reconnaissance entraînait celle, généralement tacite, des autres Etats. L'Acte de Berlin, conclu entre puissances coloniales, n'avait pour raison d'être que d'éviter que de tels conflits se produisissent. Aujourd'hui, du fait de la décolonisation, ne sont tenues pour valides que les créations de nouveaux Etats et les fusions de deux Etats en un seul qui ont été opérées par des procédés propres aux sources du droit international : conventions ou actes unilatéraux (cas d'Israël) conformes à une résolution de l'O.N.U., donc attendus par cette Organisation⁵². L'admission – reconnaissance collective – d'un nouvel Etat à l'O.N.U., entraînant potentiellement son admission ou son adhésion aux organisations faisant partie du système « onusien », a été, dans une large mesure, substituée à la reconnaissance par chacun des Etats. Car cette admission implique que chaque Etat membre soit obligé d'avoir avec chacun des autres membres les rapports que comporte cette qualité. Cette obligation s'impose même aux Etats qui, individuellement, ne sont pas disposés à reconnaître l'Etat en cause. Petit à petit, des rapports autres que

⁵² Réalisés formellement par un acte unilatéral de la France, les « Accords d'Evian » de 1962 ont été tenus pour tels. Ils ont d'ailleurs été suivis de nombreuses conventions réglant les conditions de leur application.

ceux, réciproques, de membres de ces organisations, se sont généralement créés⁵³. Cela commence par des rapports de droit international privé, autorisés par les gouvernements (reconnaissance implicite). Vient ensuite, éventuellement, une reconnaissance individuelle explicite (ainsi, en 2020, la reconnaissance, n'impliquant pas la création de relations diplomatiques, d'Israël par des Etats arabes, notamment par le Maroc, en dépit de leur solidarité avec la Palestine). A noter l'extrême interdépendance des ordres juridiques qu'a impliquée la création de l'Etat de Namibie⁵⁴.

La reconnaissance d'un Etat implique non seulement que ses organes constitutionnellement institués sont reconnus comme ayant la capacité de créer les normes applicables par les personnes résidant sur son territoire, mais encore que ses organes gouvernementaux, administratifs et juridictionnels ont le pouvoir d'appliquer aussi bien ces normes que les règles de conduite internationales coutumières qui constituent le socle de l'ordre international. Tant il est vrai que l'application exacte des règles de conduite d'origine conventionnelle aussi bien que coutumière (qui fera l'objet du point B ci-après) est fonction des structures de l'ordre juridique où elles doivent être appliquées. Une fois l'Etat reconnu comme existant, l'ordre international contemporain influe – par des pressions politiques plus que juridiquement – sur le contenu normatif de l'ordre interne. Le fait qu'en pratique tous les Etats soient membres d'organisations internationales, notamment des organisations à vocation universelle, y est pour beaucoup. Le respect relatif des droits de l'homme (au moins de ceux qui font l'objet de la Déclaration universelle de 1948) et le caractère, présenté comme « démocratique », du régime constitutionnellement instauré dans chaque Etat résultent de cette influence. Force est cependant de reconnaître qu'il ne s'agit, pour des Etats encore assez nombreux, que d'affirmations verbales. Tout dépend de la signification que l'on donne au mot démocratie. Aucun Etat ne peut d'ailleurs remplir pleinement les exigences que ce terme comporte étymologiquement. Aucune norme coutumière ne résulte, pour l'heure, des pressions qui sont exercées en ce sens sur des Etats.

Venons-en à l'observation des modalités structurelles utilisées pour la formation des règles de conduite qui, aujourd'hui, composent la majeure partie du contenu normatif de l'ordre international, à savoir les sources écrites du droit international et, plus particulièrement, les conventions conclues entre Etats.

⁵³ En revanche, l'admission, patronnée par l'Algérie, de la République arabe sahraouie démocratique à la Ligue des Etats arabes, organisation ne réunissant que des membres individuellement déterminés, a été annulée en raison de l'opposition du Maroc, qui revendique l'extension de sa souveraineté sur le Sahara occidental.

⁵⁴ Après l'abrogation du mandat exercé sur le Sud-Ouest africain par l'Afrique du Sud, les sanctions décidées à l'encontre de cette dernière par l'Assemblée générale des Nations Unies (y compris en raison de la ségrégation raciale qui y régnait constitutionnellement) étant temporairement inefficaces, l'Etat de Namibie a été créé et géré (sur le plan international) par un Conseil constitué de membres de l'O.N.U., en dépit du fait qu'il n'exerçait – jusqu'à ce que son indépendance ait été reconnue – aucune compétence à l'intérieur de son territoire.

Le contenu normatif de l'ordre international étant fractionné, de par son « droit constitutionnel » même, les organes des Etats – deux, plusieurs, ou tous ceux qui acceptent de mettre en vigueur des règles communes – adoptent les conventions internationales, après en avoir négocié le contenu. Les Etats en sont les destinataires en tant que personnes morales. Le montrent les dispositions initiales et terminales de chaque traité. Les règles de conduite ainsi formées obligent donc tous les organes concernés de cette personne morale, voire – du moins en première analyse – l'ensemble des personnes qui composent la population de celle-ci (la plupart d'entre elles n'oblige, en réalité, que les catégories de personnes que leur contenu détermine abstraitement. V. *infra* B). Mais les formes que les conventions internationales doivent respecter, pour être valablement conclues, et surtout l'obligation d'en appliquer exactement le contenu (sauf à pouvoir s'en libérer dans des conditions précises, mais seulement dans ces conditions) sont posées par des normes coutumières constitutives de l'ordre international que la Convention de 1969 a codifiées en les précisant⁵⁵.

L'interdépendance structurelle des ordres juridiques – et non pas leur séparation – se manifeste par un fait dont il faut souligner l'importance : l'acte de conclusion de tout traité ou accord effectué par les organes qui représentent les Etats parties, en vertu des dispositions des Constitutions de ces Etats, parce qu'il est conforme aux règles coutumières, est en même temps un acte constitutif des normes qui composent le « droit constitutionnel » de l'ordre international. Il participe au consensus permanent qui fonde ces coutumes. Et cet acte implique nécessairement que chaque Etat partie s'engage à faire observer par toute personne concernée, par l'action de ses organes exécutifs et juridictionnels, les règles de conduite créées par la convention. Pendant toute la durée de validité de celle-ci, le comportement de ces organes est, lui aussi, constitutif de la coutume qui exige que s'applique dans les relations entre collectivités étatiques le principe *pacta sunt servanda*.

Parmi les conventions conclues par les Etats, une place particulière doit être faite à celles par lesquelles sont créées les organisations internationales, « sujets directs » de l'ordre international. Ces organisations sont aujourd'hui plus nombreuses que les Etats. Elles sont dotées d'organes propres, contrairement à la structure éclatée du reste de l'ordre juridique international. Cependant, leur institution et leurs structures témoignent, tout à la fois, me semble-t-il, de la

⁵⁵ Bien avant que n'existe un ordre international, les groupements humains « politiquement » organisés (dont l'Etat moderne est le dernier avatar. V. *supra* note 26) – sauf à ce que l'un d'eux en détruise un autre – durent très vite entretenir entre eux des rapports pacifiques, soit qu'ils se rencontrent collectivement, soit que certains de leurs membres soient admis à pénétrer sur les territoires que d'autres groupements considéraient comme les leurs (notamment pour y trouver les matériaux nécessaires à leurs activités). De là, des accords informels, puis des accords dont les formes étaient convenues par ceux qui les concluaient. De là, aussi, la possibilité de rompre ces accords, chaque fois que les circonstances l'imposaient ou, simplement, incitaient à le faire. Les parties à ces accords ne les maintenaient en vigueur que tant qu'elles y avaient réciproquement intérêt. Elles ne se considéraient pas comme y étant juridiquement obligées, pareille obligation n'étant apparue qu'en vertu de coutumes reconnues par toutes comme les liant.

distinction et de l'interdépendance de l'ordre international et des ordres étatiques. Je me bornerai à quelques constats.

Premier constat : La création de ces organisations manifeste la solidarité des Etats qui en deviennent membres concernant les matières qui font l'objet des traités constitutifs. Elles ont pour finalité de la renforcer. Les Etats qui décident d'attribuer des moyens d'action – lesquels à l'origine leur sont propres – à une organisation entendent soit accroître la satisfaction d'intérêts communs ou convergents de leurs populations (ou, en fait, de certains des groupements sociaux composant ces populations), soit lutter en commun contre des dangers avérés ou potentiels. En leur très grande majorité, les organisations regroupent un nombre limité d'Etats – parfois deux ou trois seulement⁵⁶ – en fonction de solidarités qui leur sont propres portant sur des objets matériels. Toutefois, il s'agit parfois de solidarités distinguant les Etats qui en sont membres des autres Puissances (exemple : la Ligue des Etats arabes), ou même les opposant aux ambitions d'un ou de plusieurs Etats, voire se prémunissant contre des risques de conflits armés (par exemple, l'O.T.A.N.).

Parmi ces organisations, il faut distinguer celles, moins nombreuses, mais ayant acquis une très grande importance, qui ont une vocation universelle. Les premières créées ont été la Société des Nations et l'Organisation internationale du travail. L'O.N.U. a pour finalité essentielle de préserver autant que possible tous les Etats du monde du danger de la guerre. On ne sait que trop combien on est loin d'atteindre pleinement cet objectif, en raison de la composition du Conseil de Sécurité, composition dont il était avéré qu'elle était inévitable⁵⁷. Du moins l'O.N.U. œuvre-t-elle à multiplier les accords entre Etats et à conforter le caractère obligatoire des règles de conduite coutumières et conventionnelles qui composent l'ordre international, la négation de ce caractère étant à l'origine de conflits. Les conflits en cours font l'objet de débats au sein de ce Conseil et sont évoqués dans ceux de l'Assemblée générale. Lorsqu'on se parle entre parties à un conflit, serait-ce pour s'invectiver, celui-ci ne risque pas de trop s'étendre. De plus, il est immédiatement apparu aux auteurs de la Charte – ce que la multiplication du nombre des Etats a rendu évident – que de trop importantes disparités économiques et sociales entre les populations des Etats membres constituaient un danger pour le maintien de la paix. De là l'accroissement de l'exercice des compétences du Conseil économique et social, de ses organes subsidiaires, et de l'Assemblée générale elle-même. De là aussi l'attribution de leurs compétences aux organisations du « système onusien ».

⁵⁶ Ainsi les quelques organisations constituées pour lutter en commun contre les nuées de criquets migrateurs ravageant les récoltes.

⁵⁷ De fait, les révoltes au sein des Etats se sont presque toutes transformées en conflits dits intérieurs, avec la participation de forces issues, plus ou moins officiellement, d'autres Etats. La participation d'Etats membres permanents du Conseil de Sécurité à beaucoup de ces conflits empêche, la plupart du temps, ce Conseil de prendre des mesures efficaces pour en atténuer l'intensité, et *a fortiori*, pour prendre des sanctions propres à les arrêter.

Cependant, l'Assemblée générale s'est aussi assignée comme finalité d'être la représentante, en des matières essentielles, de la Communauté humaine tout entière, et non pas (seulement) des Etats membres de l'O.N.U. Il est vrai que cela ne fait pas une grande différence, car toutes les populations du monde, à peu d'exceptions près, sont réparties entre ces Etats, et cela, avant même que le mouvement de décolonisation ait produit tous ses effets. Etant donnée l'urgence, c'est en pleine « guerre froide » qu'elle a joué ce rôle, avec l'accord unanime de ses membres, s'agissant de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique. La Résolution 1721 (XVI) du 20 décembre 1961 reconnaissait la liberté de cette utilisation, comme celle de la haute mer. Puis fut adoptée la Résolution 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963, intitulée « Déclaration des principes juridiques régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique ». En application de ces principes, c'est l'Assemblée générale elle-même qui a adopté les textes du Traité du 19 décembre 1966, lequel souligne que les utilisations de cet espace doivent « se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays », et de l'Accord du 18 décembre 1979 régissant les activités des Etats sur la Lune et les autres corps célestes. Les Etats, non ou peu industriellement développés et dont les territoires sont situés en dessous de l'orbite géostationnaire, ayant renoncé (plus ou moins contraints) à revendiquer des droits exclusifs sur cet orbite, on peut considérer que ces textes expriment une coutume de l'ordre international consensuellement reconnue par tous les Etats du monde.

Il n'est, enfin, pas douteux que la grande majorité des personnes qui composent les organes de l'O.N.U. ont conscience des dangers, pour toute l'humanité, qu'entraîne, à court terme, le changement climatique, et du fait que les activités humaines, en leur forme actuelle – parfois, en leurs excès –, accélèrent grandement ce changement, si même elles n'en sont pas la cause. Les modifications de ces activités, en l'état actuel de la société mondiale (« la globalisation »), ne peuvent être menées que collectivement. Elles supposent que les Etats, en leur multiplicité, fassent prévaloir, en imposant des obligations à leurs ressortissants, l'intérêt de tous, à long terme, sur leurs intérêts immédiats. En conséquence, seule l'O.N.U., agissant par son Assemblée générale, se considérant comme représentant la Communauté humaine tout entière, peut mener des actions dont la finalité est de limiter les effets du réchauffement climatique et, pour le moins, de donner aux individus et aux collectivités le temps de s'adapter à ces effets. Les conférences scientifiques, réunies sous ses auspices, n'ayant formulé que des recommandations (sans valeur juridique) non suivies d'effets, elle tente d'aller plus loin, en initiant les conférences diplomatiques habilitées à rédiger le texte de conventions multilatérales. Ces conventions ne peuvent toutefois qu'imparfaitement atteindre les objectifs qu'elles s'assignent (V. *infra* point B *in fine*).

Moins ambitieuses sans doute, car limitées par la détermination d'objets bien définis, mais participant toutes à la vision universaliste ayant présidé à la création et à l'extension progressive des compétences du Conseil économique et social, sont les finalités assignées aux organisations du « système onusien ». Ces finalités sont poursuivies par chacune d'elles avec des succès relatifs, mais globalement incontestables, encore que parfois contestés⁵⁸.

Toutes ces finalités, qu'elles soient assignées à des organisations dont la composition est limitée à une pluralité de membres ou à des organisations ayant une vocation universelle, sont déterminées par des traités conclus par des Etats. Elles ne peuvent être poursuivies qu'en vertu de l'accord entre ces Etats, donc conformément aux normes coutumières constitutives du « droit constitutionnel » de l'ordre international, ce qui suppose l'interdépendance de cet ordre et des ordres de chaque Etat membre.

Deuxième constat : Puisque les traités instituant les organisations internationales sont conclus par des Etats agissant en vertu de leur souveraineté, donc de manière égalitaire, les organes de ces organisations sont constitués, pour leur très grande majorité, d'Etats membres. Ils le sont par tous ces Etats, siégeant à égalité, ou par quelques-uns d'entre eux, élus par tous les membres, s'agissant des organes à composition restreinte. Or, ces Etats membres sont représentés par des personnes physiques, dont les compétences ont été attribuées au sein des ordres étatiques selon des règles propres à ces ordres. Par leurs votes, ces personnes expriment la position de chacun des Etats représentés sur le sujet qui fait l'objet de débats. Cette position reflète les intérêts propres à chacun d'eux, ces intérêts étant déterminés par ses organes dirigeants. Tantôt l'unanimité des voix est requise, tantôt la résolution de l'organisation est acquise à la majorité des voix exprimées (cette majorité étant souvent qualifiée). Cependant, en devenant membre de l'organisation, et en le demeurant – le traité constitutif de toute organisation comportant, au moins implicitement, le droit de retrait, sauf à en déterminer les modalités –, chaque Etat a reconnu d'avance le droit des autres membres d'avoir des positions différentes des siennes ; et il a accepté que ces positions soient prises en compte : soit qu'elles prévalent sur les siennes dans la résolution adoptée, soit (le plus souvent) qu'un compromis soit réalisé entre des intérêts différents, l'intérêt estimé commun à tous les membres prévalant sur ceux, individuels, qui ont été exprimés.

⁵⁸ Depuis quelques années, certains Etats, constatant que les actions d'organisations ont pour objet d'aider les populations d'Etats dont la politique est opposée à la leur, suspendent la contribution financière, souvent importante, qui est statutairement la leur, à ces organisations (U.N.E.S.C.O., plus récemment O.M.S.). Et ces Etats s'abstiennent de participer aux réunions, voire à la composition des organes de ces organisations. Ces réactions constituent une rupture du « multilatéralisme » qui a marqué la période d'après-guerre. Elles manifestent aussi la renaissance de la revendication à l'entier exercice de sa souveraineté par chaque Etat, renaissance attestée en d'autres circonstances, par exemple par le retrait de la Grande-Bretagne des traités constitutifs de l'Union européenne et par l'opposition de nombreuses parties à ces traités à toute extension des compétences de l'Union.

Fait exception à cette règle celui qui est à la tête de l'organisation, Secrétaire général ou Directeur général. Les compétences qui lui sont attribuées, en tant qu'organe principal – ce qui, statutairement, en fait un sujet de l'ordre international –, l'obligent à toujours rechercher la satisfaction de l'intérêt commun à tous les Etats membres. Cependant, il conserve le statut de national de son Etat d'origine. Sa désignation fait souvent, pour cette raison, l'objet de négociations compliquées entre Etats membres. Lui sont hiérarchiquement subordonnés les fonctionnaires de l'organisation. Ils présentent les mêmes caractères statutaires que lui. C'est pourquoi, implicitement ou explicitement, des quotas régissent leur recrutement et la répartition, entre eux, des postes, donc des fonctions et des responsabilités, au moins pour les organisations d'une certaine importance.

Font aussi exception à la règle, qui veut que les organes des organisations soient exclusivement composés de représentants des Etats membres, les organes de l'O.I.T. Leur composition tripartite, fort originale, suppose que chacun des Etats membres ait instauré ou instaure, en son ordre interne, la médiation du pouvoir politique pour surmonter les différends entre les salariés, représentés par leurs syndicats, et le patronat, représenté de son côté par des associations. En outre, quelques rares organes sont composés de personnalités indépendantes, encore que leur désignation soit généralement faite en fonction d'une répartition entre les différents systèmes de droit appliqués au sein des ordres étatiques⁵⁹.

Les organes de l'O.N.U. et de plusieurs organisations du système « onusien » ont temporairement attribué un statut dans l'ordre international à des mouvements de libération nationale auxquels tout statut était refusé au sein de l'ordre étatique dont ils voulaient se séparer. Cela manifeste clairement la distinction entre l'ordre international et les ordres étatiques. Est à part le cas de la Palestine qui, à défaut d'être pleinement reconnue comme Etat par une majorité de membres de l'O.N.U., s'est vu conférer un statut proche de celui du Vatican⁶⁰.

La répartition entre les organes collégiaux des compétences attribuées à l'organisation par son traité constitutif est complétée par des actes réglementaires, actes unilatéraux que certains auteurs qualifient d'auto-normateurs. Chaque organe principal collégial peut ainsi constituer des organes subsidiaires. Le traité constitutif lui-même peut être amendé par des actes unilatéraux imputés à l'organisation, lorsqu'il ne doit pas l'être par un traité conclu entre tous les Etats membres. Ces

⁵⁹ Le retour à la règle, qu'a comporté la substitution du Conseil des droits de l'homme à la Commission des droits de l'homme, organe subsidiaire du Conseil économique et social de l'O.N.U., ne peut certainement pas être considéré comme un progrès pour la protection de ces droits. Par ailleurs, le fait que la Cour internationale de Justice ait été élevée par la Charte au rang d'organe principal des Nations Unies n'a pas modifié substantiellement les règles qui subordonnent sa compétence à l'acceptation des Etats parties à un différend, cette acceptation pouvant certes être conjointement donnée avant que surgisse un différend.

⁶⁰ Est totalement différent le fait que la plupart des organisations fassent appel, soit pour donner des avis dans la préparation de conventions ou de règlements, soit même pour les associer à des opérations matérielles, à des O.N.G. Est conféré à celles-ci, temporairement, un statut dans l'ordre international en même temps qu'elles ont le statut de sujets d'un, voire de plusieurs ordres étatiques.

actes modifient le statut de ces Etats à l'intérieur de l'organisation, et donc dans leurs rapports mutuels au sein de l'ordre juridique international. A remarquer la combinaison des deux procédés qui a été adoptée pour la révision de la Charte des Nations Unies : la révision est réalisée par un acte unilatéral, mais tout amendement est subordonné à l'accord préalable des membres permanents du Conseil de Sécurité, ce qui empêche l'adoption d'amendements relatifs à la composition de ce Conseil qui porterait atteinte à leur statut, celui-ci étant considéré comme exclusif.

Troisième constat : Toutes les organisations ne peuvent exercer les compétences qui leur sont attribuées que grâce à la contribution – consistant parfois en objets matériels ou en la mise à disposition de personnel, mais étant toujours financière – statutairement due par chaque Etat membre. Cette contribution est fonction de l'importance de la population et du degré de développement de chaque Etat, c'est-à-dire de facteurs relatifs propres à chacun d'eux. Elle fait, dans chaque Etat membre, l'objet de dispositions budgétaires. S'y ajoutent, le cas échéant, des contributions supplémentaires, accordées pour que l'organisation remplisse des missions particulières, par des actes étatiques unilatéraux. Cela manifeste clairement l'interdépendance existant entre le fonctionnement des organisations internationales, sujets de l'ordre juridique international, et les ordres internes des Etats membres.

Quatrième constat : Cette interdépendance, enfin, caractérise les actes par lesquels chaque organisation, agissant par ses organes, cherche à atteindre les objectifs pour la réalisation desquels elle a été instituée. En de rares cas, l'organisation est habilitée par son traité constitutif à émettre des règlements dont les dispositions ont par elles-mêmes un caractère obligatoire, sous la seule condition d'être publiées par un acte étatique, pour les ressortissants des Etats membres, en même temps que pour ces Etats (c'est-à-dire pour leurs propres organes). Tel est le cas du règlement sanitaire international émis par l'O.M.S. Ce règlement s'applique à toutes les personnes qui voyagent par avion. Tel est, surtout, le cas des normes imposées (certaines n'étant que recommandées) aux Etats par l'O.A.C.I. – organisation dont la création, précédée de la formation d'une association privée multinationale en matière de trafic aérien « civil », date de la période d'entre les deux guerres mondiales. L'interdépendance des ordres juridiques implique, dans ces cas, que soient prises toutes les mesures étatiques nécessaires à la mise en application, au sein de chaque Etat, des règles énoncées comme devant être communes.

L'interdépendance dans la formation des règles est certaine pour toutes les autres résolutions, dont les fonctions sont très variées, qu'adoptent les organisations. Considérons d'abord les mesures dites opérationnelles que nombre d'organisations sont habilitées à prendre : aide accordée au développement de l'éducation ou à la promotion d'actions culturelles (U.N.E.S.C.O.) ; aide à des camps de réfugiés (UNRWA) ; recueil de données relatives à des maladies – lesquelles ignorent les frontières séparant les Etats –, aux techniques de leur prévention et de leur

traitement (O.M.S.) ; financement et gestion d'organismes de recherche situés sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats membres ; irrigation des terres ; développement des activités agricoles et industrielles ; mise en commun de moyens de lutter contre des fléaux atteignant les populations situées sur le territoire de plusieurs Etats, etc. Lorsque ces mesures ne font pas l'objet, à elles seules, des dispositions de traités constitutifs, mais qu'elles sont décidées au cas par cas, elles ne peuvent être prises qu'avec le consentement exprès (souvent à la demande) de l'Etat sur le territoire duquel elles doivent s'appliquer. D'où la nécessité d'accords conclus entre l'organisation et cet Etat, le plus souvent par simple échange de lettres. Ces accords créent le socle juridique sur lequel fonctionne la collaboration entre les fonctionnaires de l'organisation et les autorités étatiques.

Fort différentes quant à leurs structures juridiques sont les opérations de rétablissement (espéré) de la paix mises en place par l'Organisation des Nations Unies. C'est un acte unilatéral de l'Organisation qui en détermine la localisation, l'importance et la durée. Il advient qu'intervienne une convention avec l'Etat sur le territoire duquel ces opérations se situent ; mais cette convention n'est conclue qu'en application de la décision de les organiser. Par ailleurs, des conventions sont conclues entre l'Organisation et les Etats qui fournissent les contingents constituant la force opérationnelle. Chacune des personnes physiques y participant se voit temporairement attribuer un statut dans l'ordre international, ce statut se combinant avec le statut de national de l'Etat qui contribue à la composition de la force⁶¹.

Des organisations comme l'O.T.A.N. mettent en œuvre des moyens d'action qui ont pour finalité, en se préparant en commun à réagir militairement par des « mesures opérationnelles » à d'éventuelles actions militaires de certains Etats, d'empêcher ces Etats de les entreprendre. La solidarité des Etats membres est dissuasive. C'est, en termes organisationnels, l'expression du vieil adage *si vis pacem para bellum*. L'efficacité, possible, des décisions prises en commun, en application des dispositions du traité constitutif, et notamment des manœuvres des forces armées, est, par définition, invérifiable.

Toutes les autres actions des organisations consistent à recommander aux Etats membres d'adopter des comportements, c'est-à-dire de décider des mesures propres à atteindre les objectifs que les organes des organisations souhaitent voir atteints. Certaines de ces recommandations s'adressent à chacun de ces Etats, aussi bien dans l'exercice des compétences qui sont les siennes dans l'ordre interne que dans celui des compétences qu'il partage avec les autres Etats, notamment en concluant des conventions internationales. Tel est, par exemple, le cas des « grandes résolutions » de l'Assemblée générale des Nations Unies : Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; Résolution 1803 (XVII) de 1962 sur la « souveraineté

⁶¹ L'Organisation des Nations Unies a parfois délégué à une autre entité, « sujet direct » de l'ordre international, l'organisation de la force de rétablissement de la paix : l'O.T.A.N. dans le cas des hostilités inhérentes à l'éclatement de la Yougoslavie, certains Etats membres dans le cas de la Libye.

permanente » des Etats sur leurs ressources naturelles, et les diverses résolutions qui l'ont suivie, génératrices du fameux « nouvel ordre économique international » ; Résolution 1962 (XVIII) du 13 décembre 1963 portant Déclaration des principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique. Mais c'est, plus prosaïquement, le cas aussi quand une organisation recommande à ses membres d'inclure des dispositions dans leur législation. La « *soft law* », ou « droit vert » (droit appelé à « mûrir » grâce à l'adoption de lois internes), est pratiquée par nombre d'organisations, notamment, sur le plan universel, par l'O.M.S. et l'O.N.U.D.I. Le plus souvent, d'ailleurs, les normes dont l'adoption est ainsi recommandée ont précédemment, en tout ou en partie, été édictées par certains Etats membres.

Le mode d'action le plus utilisé par les organisations est de recommander aux Etats d'adopter des conventions dans l'exercice des compétences qu'ils partagent dans l'ordre international. Le contenu des conventions ainsi conclues « sous les auspices » des organisations est adopté soit par leur organe plénier, soit – pour les conventions multilatérales les plus complexes – par des conférences diplomatiques, pouvant durer plusieurs années, convoquées et organisées par elles. Nous sommes ainsi renvoyés aux observations présentées ci-dessus quant à l'interdépendance structurelle de l'ordre juridique international et des ordres étatiques, et à celles qui suivent quant à leur interdépendance en ce qui concerne l'application des règles de conduite formées dans l'ordre international.

B. Interdépendance de l'ordre international et des ordres étatiques quant aux conditions d'application des règles de conduite formées dans l'ordre international.

Cette interdépendance me paraît caractériser l'application à des personnes physiques (serait-ce par l'intermédiaire de personnes morales autres que les Etats) de toutes les dispositions créatrices de règles de conduite qualifiées de sources du droit international – processus créateurs de normes coutumières et procédés de droit écrit régissant les rapports entre Etats individuellement désignés, y compris les traités constitutifs d'organisations internationales. Elle caractérise donc aussi les conventions conclues entre ces organisations.

Il est indubitable que, pour l'immense majorité de ces règles, l'obligation faite à des personnes de les appliquer dans les rapports qu'elles entretiennent avec d'autres personnes suppose qu'intervienne un acte pris par un organe de chaque Etat concerné. S'ensuit-il que le contenu de ces règles ait été transformé pour devenir celui de normes d'origine étatique ? C'est ce qu'affirme la doctrine dualiste traditionnelle. Selon cette doctrine, toutes les règles de conduite qui constituent le contenu matériel de l'ordre international n'obligent que les Etats, personnes morales : normes coutumières, dont le respect est obligatoire pour tous les Etats du monde ou d'une région du monde ; règles de conduite adoptées conventionnellement par deux ou plusieurs Etats. D'où la conception selon

laquelle il existerait une personnalité de l'Etat exclusivement chargée d'agir dans l'ordre international. Seule cette personnalité serait titulaire des droits et des obligations créés par des normes coutumières et par les actes conventionnels conclus au nom de l'Etat. Autrement dit, l'Etat est identifié, selon cette théorie, aux seuls organes auxquels a été attribué constitutionnellement l'exercice des compétences qui sont les siennes dans cet ordre, abstraction étant faite des personnes qui composent sa population. On peut se demander si cette conception n'est pas due, en partie, à la rémanence de celle qu'exprimaient les auteurs, toujours considérés comme les « pères » du droit international contemporain – entre autres Grotius, Leibniz, Pufendorf, Vattel –, à l'époque où les Etats d'Europe étaient des monarchies absolues⁶². Il est vrai que les organes de l'Etat sont supposés représenter sa population, dans son ensemble. Et, au moins dans un premier temps, c'est cet ensemble, sans aucune distinction, qui est tenu par la doctrine dualiste traditionnelle pour être affecté par cet exercice. La personnalité attribuée à l'Etat dans l'ordre international est ainsi totalement distinguée de celle qui serait la sienne, dans l'ordre interne⁶³. Les ordres étatiques et l'ordre international sont donc conçus comme étant totalement séparés. Seule la personnalité internationale de l'Etat serait tenue de respecter la norme coutumière qu'est le principe *pacta sunt servanda*. Des rapports de système existent cependant, selon cette doctrine, entre les deux personnalités qu'elle attribue à l'Etat. La personnalité internationale oblige la personnalité de droit interne à ce que ses organes émettent toutes les normes que doivent appliquer les personnes composant sa population lorsque ces personnes appartiennent aux catégories que déterminent les règles de conduite formées internationalement.

Or, j'estime que les deux phases, à juste titre chronologiquement distinguées par la doctrine dualiste traditionnelle, sont celles d'une seule et même opération juridique. Elles sont indissociables l'une de l'autre. Cette doctrine a, certes, le mérite de la simplicité dans la description des réalités. Elle n'en rend cependant pas

⁶² Si l'on peut considérer qu'à cette époque – du XVI^e siècle jusqu'à la dernière décennie du XVIII^e siècle – s'est formé l'ordre juridique international moderne, cet ordre (le terme n'étant pas encore utilisé) ne comportait que quelques coutumes que les monarques estimaient avoir, plus ou moins, l'obligation d'observer, ces coutumes étant peu à peu distinguées des usages. Et cet ordre était européen, certains Etats étendant leur souveraineté sur leurs colonies, soit directement (en Amérique), soit indirectement par l'intermédiaire de Compagnies possédant leurs propres milices et désignant les personnes chargées de gouverner les populations assujetties.

⁶³ Cette distinction est tellement fondamentale pour les auteurs qui professent la doctrine dualiste traditionnelle que certains d'entre eux considèrent qu'elle n'est pas seulement la nécessaire conséquence de la séparation de l'ordre international et des ordres étatiques, mais qu'elle en est un critère, voire une condition. Ils estiment, du même coup, que ne serait pas dualiste toute théorie – telle celle ici présentée – qui, tout en reconnaissant nettement l'existence d'ordres distincts, refuse de l'accepter. Ils attribuent à ces théories la qualification de monistes. Sans doute est-ce l'une des raisons pour lesquelles, d'ailleurs, ceux-là mêmes qui ont qualité pour interpréter la Constitution française de 1958, afin d'en appliquer les dispositions – en l'occurrence, son article 55 – ont qualifié celle-ci de moniste (V. *supra* deuxième partie). J'observe que le dédoublement de la personnalité est, pour les personnes physiques, une maladie mentale, la schizophrénie ; les spécificités de la personne morale qu'est l'Etat sont-elles si importantes qu'on puisse considérer qu'un tel dédoublement soit dans sa nature même ?

totallement compte. Elle présente en outre des inconvénients pratiques et elle soulève des problèmes théoriques, dont l'acuité s'est accentuée depuis l'époque d'Anzilotti. Les Etats n'étaient alors qu'une cinquantaine ; on en dénombre près de deux cents aujourd'hui. Et l'on constate l'intensification des rapports juridiques entre Etats – la « globalisation », comme on l'appelle – due à la multiplication des rapports entre personnes en charge du commerce (au sens large du terme) international et des investissements réalisés sur le territoire d'Etats étrangers. Les traités d'alliance politique (et souvent militaire) entre Etats étaient proportionnellement plus nombreux, par rapport aux conventions régissant ces matières. Toutes les conventions internationales étaient des traités soumis à ratification, puis (au moins dans les Etats de droit écrit) à la promulgation, laquelle assurait leur exécution. Après la seconde guerre mondiale ont proliféré les « accords en forme simplifiée ». Enfin n'existaient que quelques organisations internationales : leur multiplication ne s'est produite qu'au milieu du XX^e siècle⁶⁴.

La conception selon laquelle toutes les règles de conduite énoncées dans l'ordre international seraient transposées en normes étatiques présente, d'abord, deux inconvénients. Le premier, déjà signalé, est que des normes adoptées postérieurement selon les procédés propres aux sources du droit étatique peuvent les modifier, voire les abroger, alors qu'elles sont toujours en vigueur internationalement, d'où la violation possible du principe *pacta sunt servanda*. Le second est que cette conception incite – bien qu'elle n'oblige certainement pas – à considérer qu'il y aurait des matières dont la régulation relèverait de l'ordre étatique, cependant que d'autres relèveraient des rapports entre Etats⁶⁵.

Surtout, la conception selon laquelle les règles de conduite énoncées sur le plan international ne créeraient de droits et d'obligations que dans les rapports entre les Etats individuellement désignés qui ont posé ces règles me paraît soulever des problèmes théoriques. Lancinante est la question de savoir pourquoi, dans l'ordre international, ces conventions sont constamment tenues pour être sources du Droit (objectif) alors que, dans les ordres étatiques et dans les ordres communautaires, les conventions entre personnes individuelles (morales aussi bien que physiques) ne créent que des droits (subjectifs) tirant du Droit leur force obligatoire. Les notions mêmes de sources du Droit et de normes sont en cause⁶⁶. La réponse à cette question serait-elle seulement que cet ordre est singulier non seulement parce qu'il est unique en son genre, mais aussi quant à la nature même des règles qui le composent ? Aucune distinction n'y serait faite entre normes

⁶⁴ Les premières (comme l'Union postale universelle) furent créées à la fin du XIX^{ème} siècle. Elles ne réunissaient qu'un nombre limité d'Etats et n'émettaient que quelques normes, afin qu'elles soient communes à tous, en des matières régies par des lois des Etats et par des organismes de droit privé. L'O.I.T. ne fut créée qu'en 1920, en même temps que la S.D.N. Est frappant le fait que la majorité des organisations créées après la seconde guerre mondiale ont, de même que celles instituées entre les deux guerres, pour finalité d'œuvrer en des domaines jusque-là régis par des normes émises dans les ordres étatiques. Tel est le cas, notamment, de la plupart de celles qui, en plus de l'O.N.U., constituent « le système onusien ».

⁶⁵ C'est la tentation que révèle le « Point de vue » de C. SANTULLI.

⁶⁶ v. *supra* note 22.

(lesquelles, dans les ordres internes, ont pour objet de régir les catégories de personnes – non individuellement désignées – dont la situation juridique en déclenche l'application) et règles de conduite génératrices de droits et d'obligations subjectifs, dès lors qu'il s'agit de rapports entre Etats. Donc, aucune distinction, quant à leurs effets, n'y serait faite entre les coutumes internationales (applicables à tout Etat, et par conséquent à ses ressortissants qui se trouvent dans la situation qui déclenche l'application des normes) et les conventions interétatiques. Les unes et les autres seraient, au même titre, tenues pour être sources du Droit international. Cela me paraît difficile à admettre, car peu conforme, me semble-t-il, à la théorie générale du Droit. Je crois possible d'écarter ces difficultés en observant qu'en réalité il existe, en matière d'application des règles de conduite émises conventionnellement, de même qu'en matière de formation de ces règles, une interdépendance, et non pas une séparation, entre les ordres étatiques et l'ordre juridique international. Cette interdépendance résulte de l'application des coutumes qui composent ce que j'appelle « le droit constitutionnel » de l'ordre international. Cela suppose que soit affirmée l'unicité de la personnalité reconnue à l'Etat, sauf à constater que cette personne morale – dont la spécificité a été précédemment soulignée – exerce par ses organes tout à la fois des compétences exclusives dans l'ordre interne et des compétences partagées avec les autres Etats dans l'ordre international, cet ordre ne pouvant pas avoir d'organe propre. L'obligatoire application de la norme coutumière qu'est le principe *pacta sunt servanda* me paraît suffire à imposer que toutes les règles de conduite qui composent cet ordre soient appliquées par toute personne concernée. Se trouvent en effet concernées les personnes dont les rapports font l'objet des dispositions internationalement formées ; mais le sont aussi celles auxquelles sont attribuées les compétences individuelles ou collégiales ayant pour objet l'exercice des compétences des organes de l'Etat chargés d'assurer l'application de ces dispositions.

Seront d'abord considérées – bien qu'étant rares – les dispositions des normes coutumières internationales qui doivent s'appliquer directement à des personnes physiques. La plupart de ces personnes, chefs d'Etat et agents diplomatiques, constituent, en tant que leurs compétences leur sont attribuées dans l'ordre interne, les organes de l'Etat chargés d'exercer dans l'ordre international les compétences que l'Etat partage avec tous les autres Etats. L'ordre international n'ayant d'existence qu'autant que des Etats le composent, les normes coutumières en cause supposent, en leur formation continue, que les personnes physiques composant ces organes soient protégées. S'ensuivent l'inviolabilité et les immunités de juridiction et d'exécution de ces personnes et des biens immobiliers et mobiliers nécessaires à l'exercice des fonctions que ces organes remplissent. S'ensuivent aussi les immunités dont bénéficient les navires d'Etat invités ou admis à se trouver dans les eaux intérieures d'un Etat étranger ou traversant de façon inoffensive ses eaux territoriales. Inversement, le navire pirate ayant, par

définition, récusé l'appartenance à quelque ordre étatique que ce soit, la coutume internationale – bien avant qu'ait été formellement constitué l'ordre international – reconnaît à tout Etat s'étant emparé d'un navire pirate le droit de juger et de punir les crimes commis par les membres de son équipage. Les coutumes étant, par nature, insusceptibles d'être écrites, il appartient aux organes exécutifs et juridictionnels de chaque Etat d'assurer l'application de celles ici évoquées, sans qu'il soit besoin d'un acte étatique leur ordonnant de le faire.

Tel n'est pas le cas de la grande majorité des règles de conduite formées internationalement : celles qui constituent le contenu des conventions conclues par les Etats et, exceptionnellement, celles des règlements que quelques organisations peuvent adopter. Les personnes dont les rapports doivent être conformes à ces règles ignorent souvent qu'elles ont été formées, de même qu'en droit interne elles peuvent ignorer que des règles étatiques régissent leur conduite. Or, *nemo censetur ignorare legem*. Pour que toute règle de conduite applicable dans les rapports de catégories déterminées de personnes soit effectivement appliquée, et pour que les autorités soient pleinement chargées d'exercer les compétences propres à en assurer l'application, il est indispensable qu'un ou plusieurs actes étatiques aient ordonné que soit « réalisé » le droit préalablement formé, selon l'expression d'H. Motulsky. Cela est vrai en droit interne ; ce l'est, *a fortiori*, en droit international. La norme coutumière *pacta sunt servanda* oblige chaque Etat, agissant par les organes que, constitutionnellement, il doit investir des compétences appropriées, à assurer l'information de toute sa population – au sein de laquelle se trouvent nécessairement les catégories de personnes qui seront obligées d'appliquer les normes internationalement formées – de l'existence de ces normes. Il doit aussi en assurer, par ses organes administratifs et juridictionnels, l'exacte application. Cette obligation est essentielle selon le droit coutumier de l'ordre international. Elle implique évidemment l'interdépendance de l'ordre international et des ordres étatiques, y compris en leur Constitution.

L'affirmation selon laquelle c'est au niveau de ses normes constitutionnelles que chaque Etat prend les dispositions qui assurent la « réalisation » du droit conventionnel doit être développée en fonction de la théorie générale du Droit résumée au début de cette troisième partie. (De même, le « développement » d'une équation algébrique fait apparaître ce que cette équation signifie arithmétiquement) Cette affirmation implique que les personnes physiques qui composent l'organe constituant – originaire et institué – de l'Etat se considèrent comme obligées, pour se conformer aux coutumes constitutives de l'ordre international, de déterminer les compétences des organes qu'elles instituent de telle sorte que les personnes physiques qui composeront ces organes seront obligées de pleinement « réaliser » le droit posé par les organes auxquels a été dévolue la compétence pour ce faire, concurremment avec ceux d'autres Etats. Ce faisant, l'organe constituant de chaque Etat émet, implicitement, un acte constitutif du consensus fondant la coutume internationale, comme cela a déjà été souligné (*supra* A).

Encore faut-il reconnaître que les personnes privées concernées ont le sentiment que les règles de conduite qu'elles sont obligées d'observer dans leurs comportements, et que les normes fondant la force obligatoire des actes juridiques (conventionnels ou unilatéraux) émis par elles, dans les rapports qu'elles ont avec d'autres personnes, sont créées par l'acte étatique qui, en réalité, n'a pour objet que d'assurer la « réalisation » de règles de conduite et de normes formées internationalement. Ce sentiment paraît d'autant plus légitimement ressenti qu'il appartient à l'organe chargé d'assurer cette « réalisation » de vérifier, avant d'émettre son acte, que la convention a été définitivement et régulièrement conclue au niveau international. C'est ce « ressenti » – selon moi, cette confusion – qu'exprime, probablement, la théorie de la réception soutenue par la doctrine dualiste traditionnelle.

De plus, toute règle de conduite (même non juridique) comporte la détermination des personnes qui doivent l'appliquer. Cette détermination est abstraite : elle vise des catégories de personnes et non des personnes individuellement désignées, s'agissant des normes, au sens où j'entends ce terme. En droit international, elle est très souvent opérée par les dispositions des conventions elles-mêmes. L'application de ces normes est déclenchée, dans les rapports que ces personnes (physiques ou morales) entretiennent, soit entre elles, soit avec des organes des Etats parties, par la seule survenance de l'acte ou du fait-condition qu'elles prévoient, indépendamment de toute modification qui interviendrait dans les rapports mutuels des Etats parties considérés globalement en tant que collectivités dotées de la personnalité morale.

Les catégories de personnes ainsi déterminées sont parfois celles d'un seul des Etats parties. Ainsi, par exemple, des dispositions (généralement contenues dans des traités bilatéraux conclus par un Etat ou par une Communauté interétatique) qui accordent aux ressortissants d'un Etat déterminé le droit de bénéficier des services publics qu'organise l'Etat (ou chacun des Etats membres) et ses démembrements, ce bénéfice étant jusqu'alors réservé aux seuls nationaux de l'Etat. La généralité des compétences que les Etats partagent, du point de vue des matières susceptibles de faire l'objet de conventions, a pour conséquence que des normes identiques puissent être adoptées comme étant applicables à toutes les personnes qui résident sur le territoire de chacun d'entre eux, dans leurs relations entre elles et avec les organes étatiques. De là, l'adoption des conventions assurant le respect des droits de l'homme. De même, fréquemment, des dispositions conventionnelles reconnaissent, sur la base d'une stricte réciprocité, une partie du statut résultant, pour les personnes ayant la nationalité de l'un des Etats parties, de l'application du droit interne de l'autre ou des autres parties : ainsi, par exemple, du statut matrimonial et familial.

Dans tous les cas envisagés ci-dessus, il ne fait pas de doute que ce sont des catégories de personnes qui sont déterminées par les normes conventionnelles elles-mêmes comme étant titulaires de droits et d'obligations. Il advient,

cependant, que les organes exécutifs de chaque Etat partie – quand ceux chargés d’assurer cette application estiment insuffisante la précision avec laquelle ces normes ont déterminé à quelles catégories de personnes elles doivent être appliquées – pallient cette insuffisance en émettant des actes complémentaires, comme cela a été indiqué dans la deuxième partie.

Mais il est des cas – assez nombreux car différents en leur origine – dans lesquels les conventions attribuent la compétence à chacun des Etats parties de déterminer, totalement ou partiellement, les catégories de personnes qui seront affectées par l’application de dispositions conventionnelles. Tels sont d’abord les cas où, contrairement à ce qui vaut pour les conventions précédemment considérées, une modification doit intervenir dans les rapports des Etats parties et, le cas échéant, dans ceux de ces Etats avec des Etats tiers, pour que les conventions soient applicables : l’application de ces dispositions conventionnelles n’est qu’éventuelle. Il en va ainsi des traités d’alliance ; c’est aussi le cas dans lequel il est fait appel par le Conseil de sécurité de l’O.N.U. à certains des membres de l’Organisation pour former une force chargée de rétablir ou de maintenir la paix. D’autres conventions n’ont d’application qu’en raison de la survenance de certains événements : ainsi, par exemple, celles qui prévoient que des secours – financiers ou matériels, voire humains – seront mis à la disposition d’un Etat si celui-ci est en proie à de graves difficultés (incendies, sécheresse persistante, tremblements de terre, etc.). Telles sont expressément (ou résultant de leur interprétation) les dispositions constitutives de plusieurs des organisations du « système onusien ». Les catégories de personnes affectées par l’application de ces conventions – aussi bien les victimes que les personnes appelées à intervenir – ne sont déterminées que lorsque surviennent les actes et les faits qui la déclenchent. Elles le sont par les Etats qui sont chargés de cette application ou par l’Etat dont une partie de la population bénéficie des secours accordés. On peut aussi ranger, parmi les conventions appartenant à cette catégorie, les accords, préétablis ou spécifiques à des différends déjà nés, en application desquels peut être reconnue la responsabilité internationale d’un Etat, cette reconnaissance n’étant qu’éventuelle.

Par ailleurs, d’assez nombreuses dispositions conventionnelles obligent l’Etat qui doit les appliquer à déterminer, pour partie si ce n’est complètement, les catégories de personnes résidant sur son territoire qui sont affectées par cette application, alors que sont stables les rapports que celui-ci entretient avec les autres « sujets directs » du droit international. En voici des exemples significatifs. Il en va ainsi de toutes les dispositions en application desquelles l’Etat s’engage à verser une certaine somme d’argent à une organisation internationale, à titre de contribution à son fonctionnement, ou à un autre Etat. Dans un tout autre registre, il en va de même de la plupart des conventions qui ont pour finalité de préserver, autant que possible, l’environnement – terme consacré par l’usage, bien qu’assez vague – des atteintes que lui causent les comportements des hommes, cette espèce

hautement prédatrice⁶⁷. Ainsi, depuis le milieu du XX^e siècle, des conventions multilatérales cherchent à préserver la biodiversité en assurant la survie d'espèces animales déterminées (éléphants, rhinocéros, lions, tigres, etc.). Or, les Etats où vivent ces espèces sont très différents par leur climat, leurs mœurs et les besoins de la majorité de leur population de ceux qui sont composés de personnes (relativement fortunées) désirant chasser ces espèces, jouir de leur compagnie ou, surtout, faire usage de certaines parties de leur corps. Force est de charger les Etats, les conventions n'indiquant que les principales catégories de personnes concernées, de déterminer celles qui se voient imposer des obligations, et celles qui exercent des compétences, pour assurer l'application des conventions.

Plus récemment, après que des conférences internationales réunies sous l'égide de l'O.N.U. en ont déclaré l'urgente nécessité, ont été adoptés quelques accords à vocation universelle, mais non universellement acceptés : ainsi le Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 et l'Accord de Paris du 22 avril 2016. Leur finalité est, sinon de supprimer, du moins de réduire l'importance des activités humaines qui accélèrent grandement le changement climatique. Il importe, en tout cas, de donner aux populations du monde le temps de s'adapter à un changement pratiquement inéluctable. Ces accords présentent des caractères très particuliers. D'une part, si des catégories de personnes privées ne sont pas déterminées par les dispositions des traités, c'est parce que les contingences géographiques et sociologiques propres à chacun de ces Etats diffèrent profondément. Il revient donc à chacun d'eux d'émettre les normes dont l'application par ses ressortissants permettra d'atteindre (ou de tenter d'atteindre) les objectifs conventionnellement énoncés. D'autre part, ce n'est pas la défense des intérêts propres à chacun des Etats parties, ni même à tous ces Etats, qui motive la conclusion de ces traités, mais la prise en considération de l'intérêt général des populations du monde. Très souvent, cet intérêt entre en conflit avec les intérêts immédiats des Etats, notamment avec ceux de leurs industries, avec les habitudes des consommateurs, et par conséquent avec tout leur système économique actuel. Cela rend laborieuse la recherche de compromis et difficile la conclusion même d'accords internationaux⁶⁸.

Dans tous ces cas, l'interdépendance entre les ordres étatiques et l'ordre international est plus grande que lorsqu'il s'agit (« seulement », peut-on dire) de conférer force obligatoire à des normes, régissant les rapports de catégories

⁶⁷ Ce n'est pas sans raison que d'assez nombreux auteurs ont qualifié d'anthropocène l'ère géologique actuelle.

⁶⁸ L'Accord de Paris n'atteindra pas, selon toute probabilité, l'objectif qui avait été fixé. Cet objectif, d'ailleurs, n'était pas d'arrêter le processus de déglaciation, commencé dès le milieu du XX^e siècle, mais seulement de le ralentir et d'en diminuer l'intensité. Il est, certes, souhaitable que, sous les auspices de l'O.N.U., un ou des accords plus contraignants soient conclus. Il me semblerait plus facile d'instituer par voie conventionnelle, en matière d'investissements, la coopération internationale qui permettrait, préventivement, d'atténuer les conséquences désastreuses, engendrant des flux de réfugiés, que l'élévation pratiquement inéluctable du niveau des mers aura dans les pays les plus directement touchés (et qui, pour beaucoup d'entre eux, sont financièrement fragiles).

déterminées de personnes, formées dans l'ordre international. L'ordre international délègue, si l'on ose employer ce terme, aux ordres étatiques la compétence de déterminer ces catégories de personnes et de préciser quelles sont leurs obligations ou leurs compétences.

* * *

Pour terminer ce propos, je formulerai deux observations relatives au rôle (en fait, à la mission pédagogique) que me semblent devoir aujourd'hui jouer les internationalistes⁶⁹. Premièrement, quel que soit l'objet de leurs travaux, il leur revient de rappeler que les règles de conduite acceptées conventionnellement par des Etats doivent toujours être conformes aux normes coutumières de l'ordre international. Elles doivent l'être non seulement quant aux formes qui leur sont données, mais aussi quant à leur contenu. Ces normes coutumières sont incontestablement aujourd'hui plus nombreuses que lorsque, aux XVI^e et XVII^e siècles, l'ordre international – qui n'était alors qu'un ordre interétatique européen – a commencé à se former ; et elles sont plus exigeantes qu'elles ne l'étaient dans les premières décennies du XX^e siècle. Les internationalistes feront ainsi en sorte que toutes les personnes auxquelles s'adressent leurs enseignements et leurs écrits aient pleinement conscience que tout acte d'acceptation des règles de conduite conventionnelles est, en même temps, un acte qui reconnaît, au nom de l'Etat, que sont, pour lui, obligatoires les normes coutumières que comporte, en leur création consensuelle continue, l'ordre international. Cet acte, apparemment destiné à accepter seulement les dispositions d'une convention régissant une ou des matières particulières, comporte aussi, comme je l'ai souligné, la reconnaissance de l'existence même de cet ordre – cela, au même titre que les actes et les comportements, beaucoup moins fréquents, des organes de l'Etat (y compris leur silence) par lesquels ils réagissent aux actes d'autres Etats.

Deuxièmement, il me paraît que les internationalistes devraient toujours présenter les aspects positifs de l'ordre international contemporain. Par là-même, ils contribueraient à ce qu'en soient préservés tous les acquis, sauf à souhaiter que

⁶⁹ S'il est certain qu'il existe un ordre juridique international – ordre auquel, aujourd'hui, participent pratiquement tous les Etats du monde et, en fait, toutes les populations du monde –, la conception des rapports (incontestablement coutumiers) qu'entretiennent avec lui les ordres étatiques est sujette à discussion. Les doctrines qui cherchent à décrire quels sont ces rapports – y compris celles qui expriment ce que, selon elles, ces rapports devraient être, telles les doctrines monistes, comme celle de Georges Scelle – ont pour seul objet de présenter aussi clairement que possible l'ensemble pertinent des phénomènes juridiques observés. L'intérêt de ces doctrines est surtout intellectuel. Cela, certes, n'est pas négligeable : Jean RIVERO n'intitulait-il pas *Apologie pour les « faiseurs de systèmes »* une chronique au *Recueil Dalloz* de 1951 ? Cependant, ce sont les praticiens qui, en réalité, établissent les rapports entre les ordres juridiques – les praticiens, c'est-à-dire ceux qui créent les règles de droit (en l'occurrence, les gouvernants et les diplomates) – et, secondairement, ceux qui, pour assurer l'application de ces règles, doivent les interpréter (dont les enseignants et les chercheurs internationalistes).

ses défauts les plus notoires soient corrigés⁷⁰, voire que soient supprimés certains de ses excès⁷¹. Les uns et les autres sont imputables à un libéralisme par trop dominant. Car, à notre époque, l'ordre juridique international souffre d'une réelle désaffection. Est révolu le temps du « multipartisme », qui fleurissait après la seconde guerre mondiale, en pleine « guerre froide » (et peut-être à cause d'elle). D'un côté, certaines personnes, regroupées en associations multinationales, en dénoncent l'inefficacité. Il est vrai qu'en son état actuel l'ordre international s'avère incapable d'interdire les conflits armés qui ont lieu en tant d'endroits du monde, ou même de prendre les mesures grâce auxquelles il serait mis fin rapidement à ces conflits. Il est incapable aussi, en raison de son « droit constitutionnel » coutumier, de contraindre les Etats à faire prévaloir les intérêts de l'humanité entière, donc ceux de tous les Etats à moyen ou à long terme, sur les intérêts à court terme de chacun d'eux. Seul un ordre moniste mondial aurait cette capacité ; et cette vision demeure utopique. D'un autre côté, tout au contraire, à l'heure actuelle, les dirigeants d'assez nombreux Etats – dont certains très puissants, économiquement et militairement –, estimant qu'ils expriment les sentiments d'une grande partie de leur population, manifestent un isolationnisme (d'ailleurs tout relatif) retrouvé d'époques anciennes. Ils se dégagent d'obligations internationales antérieurement acceptées. Or, ces obligations constituaient des avancées vers un monde où les populations de tous les Etats auraient pleine conscience de la solidarité qui, de fait, existe entre elles, à tant d'égards. Ainsi, l'aide – dite humanitaire – apportée aux Etats, qui en sont bénéficiaires, n'a pas seulement pour finalité d'être nécessaire à l'amélioration de la situation des individus qui composent cette population, voire à la survie de certains d'entre eux. En une époque où l'information (y compris fallacieuse) circule sans égards pour les frontières, et où se sont grandement accrues les possibilités matérielles de voyager (sauf à risquer sa vie en utilisant des modes de transport périlleux), cette aide a aussi pour finalité de limiter ou même de tarir

⁷⁰ De même que la majorité des Etats, représentés par leurs organes, doivent parvenir à éliminer les « paradis fiscaux » que sont encore quelques-uns d'entre eux, de même est-il souhaitable que des dispositions des conventions accordant des aides financières à des Etats en développement instituent un contrôle efficace de l'utilisation de ces aides, afin qu'une partie n'en soit pas détournée au profit des dirigeants de ces Etats. Un tel contrôle, diront certains, porterait atteinte à leur souveraineté. Mais n'est-ce pas celle de l'Etat ou des Etats qui ont accordé ces aides qui se trouve atteinte par des détournements, puisque leur montant provient de contributions fiscales ? L'observation (passive) de cette corruption n'est-elle pas un prétexte à ne pas accorder ou à ne pas accroître l'aide apportée à la partie la plus défavorisée, malheureusement majoritaire, de la population de l'Etat bénéficiaire de cette aide ?

⁷¹ On observe, par exemple, qu'une grande partie des dispositions de ces conventions a pour objet d'encadrer les rapports – dits de « droit international privé » – qu'entretiennent, pour leur seul profit, des personnes morales auxquelles les Etats attribuent leur nationalité. Ces rapports sont tellement « globalisés » que certains Etats, dont la France, entendent légitimement recouvrer totalement leur indépendance économique (leur « souveraineté », disent-ils), en se dégageant, au moins partiellement, dans des domaines estimés « stratégiques », d'importations d'origine pratiquement exclusive. Cette réaction, en beaucoup moins violent, n'est pas sans présenter des analogies avec celle qu'ont eue, dans les années 1960-1970, certains Etats issus d'anciennes colonies (ou placés en 1919 sous mandat international) en nationalisant les activités qu'exerçaient, en vertu des concessions qui leur avaient été attribuées, des sociétés jusqu'alors étrangères – d'où la conception d'un « nouvel ordre économique international ».

progressivement le flux des réfugiés économiques des pays pauvres vers ceux où la vie est (ou semble pouvoir être) plus aisée. Et l'on ne sait que trop combien ce flux, qui ne peut être que policièrement contrôlé, est mal supporté dans ces derniers. C'est, me semble-t-il, le rôle – politique autant que juridique – des internationalistes de mettre en garde contre les régressions que tout isolationnisme comporte pour l'ensemble de l'humanité, y compris, à moyen ou à long terme, pour les Etats qui l'adoptent afin de satisfaire des intérêts immédiats.

RÉSUMÉ

Dans une première partie est estimée infondée l'idée selon laquelle la souveraineté de l'Etat serait en « expansion », grâce aux traités qu'il conclut, et non pas en voie de diminution en raison du développement du droit international. Y est opposée une conception qui voit, dans la souveraineté, l'attribut fondamental, de contenu invariable, de la personnalité reconnue à tout Etat. Dans les deux parties suivantes sont formulées des critiques à l'égard de la doctrine dualiste telle que celle-ci est soutenue par la majorité des internationalistes, depuis le début du XX^e siècle, en Europe continentale et particulièrement en France. Dans la deuxième partie sont évoqués les caractères qui différencient profondément l'Etat de toutes les autres personnes morales. La Constitution de chaque Etat attribue à certains de ses organes, outre les compétences qu'ils doivent exercer dans l'ordre étatique, celles qu'ils exercent concurremment avec les organes des autres Etats, notamment pour adopter conventionnellement les normes qui composent la plus grande part de l'ordre juridique international. Est par là-même affirmée l'unité, et non pas un supposé « dédoublement », de sa personnalité. Dans la troisième partie est proposée une théorie selon laquelle les ordres étatiques ne sont pas « séparés » de l'ordre juridique international, comme l'estime la doctrine dualiste traditionnelle ; ces ordres, bien que distincts, sont considérés comme étant *interdépendants*. Le « droit constitutionnel » de l'ordre international est coutumier, donc composé de normes dont le caractère obligatoire est consensuellement reconnu, de manière continue (et évolutive), par les actes et les comportements des Etats. Ce caractère coutumier fonde l'interdépendance – et non pas la séparation – des ordres juridiques. Tendent à le montrer non seulement l'analyse structurelle des procédés et des processus créateurs de Droit qui composent l'ordre international (coutumes, conventions, et accessoirement actes unilatéraux), mais aussi l'examen des actes conventionnels conclus par les Etats ou en leur nom, ainsi que l'étude des droits et des obligations que ces actes créent pour les catégories de personnes qu'ils déterminent. La théorie ainsi proposée est incontestablement « dualiste », comme la doctrine dualiste traditionnelle ; mais elle l'est de manière toute différente.

ABSTRACT

The purpose of this paper is first to demonstrate how unjustified can be the idea according to which State sovereignty would become « expanding » through the conclusion of treaties, instead of being « reduced » as a consequence of international law development ; as a matter of fact, sovereignty is to be regarded as the fundamental characteristics of any independent State with invariable contents. Then, attention is drawn upon what renders a State deeply different from any other legal person, and why it is not subject to some dual personality. Finally, this paper suggests that the different State legal orders are not « separated » from the international legal order but, while distinct, are interconnected with the latter ; and such interdependence is due to the customary character of the international order. That theory is mainly based upon an analysis of the various proceedings and process creating both customary and conventional rules of law within the international sphere

RESUMEN

En la primera parte del artículo, se considera infundada la idea de que la soberanía de los Estados se "expande", gracias a los tratados que celebra, y no disminuye como consecuencia del desarrollo del derecho internacional. Esto se contrapone a la opinión de que la soberanía es el atributo fundamental e inmutable de la personalidad de un Estado. Más allá en el documento, se critica la doctrina dualista tal y como la sostienen la mayoría de los internacionalistas desde principios del siglo XX en la Europa continental y, en particular, en Francia. En la segunda parte, se analizan las características que diferencian profundamente al Estado de todas las demás personas jurídicas. La Constitución de cada Estado atribuye a algunos de sus órganos, además de las competencias que deben ejercer en el orden estatal, las que ejercen de forma concurrente con los órganos de los demás Estados, en particular la de adoptar por acuerdo las normas que constituyen la mayor parte del ordenamiento jurídico internacional. Esto afirma la unidad, y no una supuesta "duplicación", de su personalidad. Por fin, en la tercera parte, se propone una teoría según la cual los órdenes estatales no están "separados" del orden jurídico internacional, como sostiene la doctrina dualista tradicional; estos órdenes, aunque distintos, se consideran interdependientes. El "derecho constitucional" del orden internacional es consuetudinario, es decir, está compuesto por normas cuyo carácter vinculante es reconocido consensualmente, de forma continua (y evolutiva), por los actos y el comportamiento de los Estados. Este carácter consuetudinario es la base de la interdependencia -y no de la separación- de los ordenamientos jurídicos. Esto se demuestra no sólo mediante el análisis estructural de los procesos y procedimientos de elaboración de leyes que componen el ordenamiento

internacional (costumbres, convenios y, en segundo lugar, actos unilaterales), sino también mediante el examen de los actos convencionales celebrados por los Estados o en su nombre, así como el estudio de los derechos y obligaciones que estos actos crean para las categorías de personas que determinan. La teoría así propuesta es indudablemente "dualista", como la doctrina dualista tradicional; pero lo es de manera muy diferente.

LES ZONES FRANCHES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Caroline MIGAZZI

*Avocate au Barreau de Lyon,
Docteure en droit international, Université Jean Moulin Lyon 3*

A Shannon (Irlande), à Rémire-Montjoly (Guyane, France), à Colón (Panama), à Manaus (Brésil), à La Romana (République Dominicaine), à Djebel Ali (Emirats Arabes Unis), à Kaoshiung (Taiwan), à Masan (Corée du Sud), à Shenzhen (Chine), les zones franches sont partout¹. Diverses quant à leur situation géographique, leur superficie, leur mode d'administration, leur régime juridique, elles se rejoignent pourtant toutes en ce qu'il s'agit de portions de territoire soustraites « à la "fiscalité douanière" au sens large »². Illustration remarquable de l'ouverture du monde aux échanges internationaux, les zones franches occupent une place centrale dans la mondialisation³.

Le concept de zones franches est très ancien⁴. Elles étaient déjà connues dans l'Antiquité⁵ et ont été la conséquence de la volonté des Grecs, puis des Romains, de faciliter le développement du commerce en supprimant les entraves à sa liberté⁶. La première zone franche de l'histoire remonte à 166 avant Jésus-Christ : il s'agit de l'île de Délos, île de 3,5 km² au cœur des Cyclades, sur laquelle le commerce était exempté de taxes, d'impôts et de formalités administratives⁷. Par la suite, au Moyen-Âge, de nombreuses villes et ports européens ont connu un statut de franchise pour leurs activités commerciales⁸. En France, par exemple, Colbert avait établi la franchise complète du port de Marseille en 1669⁹.

¹ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *Annales de géographie*, 2007/6, pp. 571 et s.

² J.-L. ALBERT, « La concurrence douanière », in E. CARPANO, M. CHASTAGNARET, E. MAZUYER (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 335.

³ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 564.

⁴ B. NOLDE, « Droit et technique des traités de commerce », *RCADI*, 1924, p. 358.

⁵ J.-C. FAVEZ, « Zones franches », in *Dictionnaire historique de la Suisse*, en ligne, 10 février 2015.

⁶ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, Paris, La Documentation française, Notes et études documentaires n° 4829, 1987, p. 17.

⁷ *Ibidem* ; F. BOST (dir.), *Atlas mondial des zones franches*, Paris, CNRS GDE S4 – La Documentation française, 2010, p. 13.

⁸ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, *op. cit.*, p. 17.

⁹ B. NOLDE, « Droit et technique des traités de commerce », *loc. cit.*, p. 359 ; P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, *op. cit.*, pp. 18-20.

A partir du 19^e siècle, les zones franches se sont développées et ont pris des formes plus diverses. A côté des zones franches maritimes¹⁰, on a vu apparaître des zones franches dans les ports fluviaux et les ports mi-maritimes, mi-fluviaux¹¹. Elles ont en outre été établies en dehors des ports, dans des zones frontalières¹² ou des aéroports¹³. La fin du XX^e siècle, quant à elle, et plus particulièrement la période 1980-2000, a été marquée par une importante multiplication des zones franches. Aujourd'hui, sur le territoire européen, cette problématique retrouve une actualité particulière, le Brexit relançant la question de l'attractivité et de l'intérêt de ces zones¹⁴.

Les zones franches apparaissent de nos jours comme « *l'expression par excellence de la libéralisation accélérée des échanges [...] [et] comme de remarquables marqueurs de la diffusion de la mondialisation à l'échelle planétaire* »¹⁵. Toutefois, elles n'ont pas toujours été envisagées ainsi. A l'origine, elles étaient considérées par les Etats qui les instituaient uniquement d'un point de vue national¹⁶. Leur création avait pour objectif de faciliter le développement et la prospérité de l'Etat sur le territoire duquel elles se situaient, par le biais d'une réglementation douanière, fiscale ou sociale plus souple.

A priori, il n'est pas aisé de définir ce qu'est une zone franche, car derrière ce terme générique se cachent des réalités très diverses¹⁷. En outre, force est de constater que si certaines zones franches sont expressément qualifiées comme telles, toutes ne le sont pas. Ainsi parle-t-on de zones franches commerciales, industrielles, bancaires¹⁸, portuaires¹⁹, mais aussi de zones franches d'exportation (Irlande), de transformation des exportations (Chine), ou encore de *maquiladoras* (Mexique), de zones économiques spéciales (Inde), de zones de promotion des

¹⁰ De telles zones ont ainsi été instituées en Allemagne, dans les ports de Hambourg, de Lubeck et de Brême, en Italie (port de Gênes), au Danemark (port de Copenhague), au Brésil (Rio-de-Janeiro), en Uruguay, en Suède (Stockholm, Malmö), en Norvège (Oslo), etc. Voy. sur ce point, R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *RCADI*, 1928, p. 376.

¹¹ Voy. par exemple les zones franches hongroises instituées dans les ports danubiens, et notamment à Budapest. *cf. Ibid.*, p. 377.

¹² Voy. par exemple, les zones franches du pays de Gex (Traité de Paris du 20 novembre 1815, article 1 § 3) et de la Haute-Savoie (Traité de Turin du 16 mars 1816, article 3).

¹³ L'exemple traditionnellement cité étant celui de l'aéroport de Shannon, en Irlande, créé par une loi du 18 mars 1947. Voy. à cet égard, M. GUINCHARD, « Le transit aérien direct, les zones franches sur les aéroports et les aéroports francs », *AFDI*, 1959, pp. 227-228.

¹⁴ F. FORTIN, « Duty free, ports francs : le Brexit relance la question de l'attractivité des ports français », *Localtis*, Banque des territoires, 13 janvier 2021, <https://www.banquedesterritoires.fr/duty-free-ports-francs-le-brexit-relance-la-question-de-lattractivite-des-ports-francais> [consulté le 13 mai 2021].

¹⁵ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 563.

¹⁶ R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *loc. cit.*, p. 378 ; B. NOLDE, « Droit et technique des traités de commerce », *loc. cit.*, p. 359.

¹⁷ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 11 et s.

¹⁹ F. BLANC, « Zones franches portuaires », *Revue juridique Neptunus*, 1996, vol. 2, 7 p.

investissements (Sri Lanka), de zones de commerce extérieur (Inde)²⁰. Face à cette diversité de qualifications, la doctrine a bien souvent adopté une démarche visant à classer les zones franches, les auteurs se concentrant sur un seul type de zones²¹ ou envisageant chaque type de zones séparément, tel un inventaire à la Prévert²². Ces démarches se justifient, car il existe des différences majeures entre les régimes juridiques applicables au sein des diverses zones franches²³. Toutefois, il existe aussi des similitudes entre elles, donnant ainsi à l'analyse de ce concept tout son sens.

La zone franche est une zone territoriale sur laquelle a vocation à s'appliquer un régime juridique dérogatoire du droit commun applicable sur le reste du territoire. Il est en effet une constante, une idée qui sous-tend systématiquement l'institution de ces zones, à savoir, « *la possibilité pour une entreprise implantée dans un périmètre donné [celui de la zone franche] de se soustraire plus ou moins durablement au régime commun en vigueur dans le pays d'accueil, principalement dans les domaines douanier et fiscal, voire en matière de droit du travail* »²⁴. Par l'institution de telles zones, les Etats cherchent à « *attirer de nouveaux investissements nationaux ou étrangers, créer des emplois, faciliter les transferts de technologies* »²⁵, afin de créer « *un "climat" des affaires attractif* »²⁶. Par conséquent, le terme de zone franche peut s'entendre comme ***une fraction du territoire d'un Etat qui, bien que placée sous sa souveraineté, se voit appliquer un régime douanier et fiscal, et parfois social, dérogatoire du droit commun, en vue de favoriser les échanges économiques.***

Ainsi défini, le concept de zone franche se distingue d'autres concepts et notions qui s'en rapprochent. Tel est notamment le cas des points francs et des paradis fiscaux. Les premiers répondent à une logique différente de celle des zones franches. Certes, il s'agit d'octroyer à des entreprises un régime douanier et fiscal dérogatoire du droit commun. Toutefois, ces entreprises sont libres de s'implanter où elles le souhaitent dans le pays qui leur a accordé cet avantage. Dès lors, il ne s'agit plus de soustraire une portion du territoire au droit commun, mais bien d'accorder un régime dérogatoire à des entités précisément déterminées.

²⁰ T. KUSAGO, Z. TZANNATOS, *Exporting Processing Zones : A Review in Need of Update*, Washington DC, Banque Mondiale, janvier 1998, p. 5 ; M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, Paris, Ed. OCDE, 2007, p. 10.

²¹ Voy. par exemple, R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *loc. cit.*, p. 376 ; E. PANIER, « Les zones franches d'exportation dans les pays en développement », *Jurisdoctia*, n° 10, 2013, pp. 127-148 ; H. RAVALOSON, *Le régime des investissements directs et des zones franches d'exportation*, Paris, L'Harmattan, 2004, 304 p. ; M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, *op. cit.*, pp. 16-17.

²² Voy. par exemple, P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, *op. cit.*, pp. 11-16 ; F. BOST (dir.), *Atlas mondial des zones franches*, *op. cit.*, 313 p.

²³ E. PANIER, « Les zones franches d'exportation dans les pays en développement », *loc. cit.*, p. 128.

²⁴ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 564.

²⁵ A. LEWIN, « Coopération internationale – Son évolution et ses formes », *JurisClasseur Droit international*, fasc. 110, 1^{er} avril 1998, § 20.

²⁶ F. BOST (dir.), *Atlas mondial des zones franches*, *op. cit.*, p. 9.

Les paradis fiscaux, quant à eux, sont des pays ou des territoires qui consentent à des personnes physiques ou morales « *des avantages fiscaux susceptibles de leur permettre d'échapper aux impôts de leur pays d'origine ou de bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux que celui de ce pays* »²⁷. Ils ont donc des fonctions exclusivement bancaires et financières et, contrairement aux zones franches – lesquelles, ont pour finalité la production industrielle et la fourniture de services commerciaux –, les facilités accordées aux bénéficiaires ne relèvent nullement des avantages douaniers, mais uniquement de la législation fiscale et financière²⁸. Or, les avantages douaniers sont au cœur du régime juridique des zones franches.

Analyser juridiquement le concept de zone franche revient à se questionner sur une qualification juridique, celle de zone franche, dont découle un régime dérogatoire du droit commun, en application duquel un Etat renonce à exercer certaines de ses compétences économiques, pourtant étroitement liées à sa souveraineté. En effet, en instituant une telle zone, un Etat admet « *une dissociation [...] entre sa souveraineté politique et certaines compétences de sa souveraineté économique* »²⁹. Cela revient également à se questionner sur un concept qui interroge la notion de frontière en droit international, puisqu'en créant une zone franche, l'Etat dissocie son territoire douanier et fiscal de son territoire politique³⁰. Cette dissociation de la frontière politique et de la frontière douanière de l'Etat ressort notamment lorsque l'on envisage le statut des marchandises situées dans une zone franche. Alors même qu'elles sont considérées comme se situant sur le territoire politique de l'Etat au sein duquel se trouve ladite zone, elles sont considérées comme localisées en dehors du territoire douanier³¹.

A la croisée de deux mécanismes « *complémentaires* », à savoir l'éclatement de l'Etat et la mondialisation³², les zones franches ont surtout attiré l'intérêt de la communauté internationale au début du XX^e siècle. La référence à ce concept dans plusieurs instruments internationaux³³ a d'ailleurs pu être analysée par d'aucuns comme l'expression du fait, « *d'une part que l'institution des zones franches pouvait être dans certains cas d'un intérêt international suffisamment grand pour justifier l'existence d'obligations contractuelles entre Etats à cet effet ; d'autre part, que le*

²⁷ B. GOMBAC, *Les zones franches en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 47. Voy. aussi en ce sens, F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 567.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Th. FLORY, « Les zones franches et le droit international économique », in Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence (dir.), *Les zones franches et les zones d'entreprises - Aspects juridiques et nationaux et internationaux*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 71.

³⁰ D. BARDONNET, « Les frontières terrestres et la relativité de leur statut (problèmes juridiques choisis) », *RCADI*, 1976, p. 79.

³¹ Voy. notamment, J.-L. ALBERT, « La concurrence douanière », *loc. cit.*, p. 336.

³² S. SUR, « L'Etat entre l'éclatement et la mondialisation », *Revue Belge de Droit International*, 1997/1, p. 5.

³³ Voy. parmi beaucoup d'autres, Convention entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig, 9 novembre 1920, Paris ; Convention relative au statut du Danube, 23 juillet 1921, Paris.

La Conférence, convoquée par la Société des Nations à Barcelone avait également élaboré des recommandations sur des ports placés sous un régime international, voy. R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *loc. cit.*, p. 379.

moment était venu où il était utile au point de vue international d'unifier et de préciser l'ensemble du régime des zones franches »³⁴. Toutefois, déjà à cette époque, il apparaissait que le régime de ces zones s'était développé « spontanément »³⁵.

Ainsi, on peut se demander comment le concept de zone franche, concept par nature hétérogène, est-il appréhendé par le droit international ? Répondre à cette question n'est pas chose aisée, car il n'existe pas de travaux contemporains sur le concept même de zone franche, lequel est d'ailleurs bien plus largement analysé d'un point de vue économique que juridique³⁶. Toutefois, il est possible de distinguer deux tendances qui se complètent et démontrent finalement que les zones franches ne peuvent être envisagées de manière déconnectée du droit international. En effet, bien que celui-ci n'appréhende pas ce concept de manière uniforme (I), il exerce tout de même une influence sur la détermination des régimes juridiques qui s'y appliquent (II).

I. L'ABSENCE EN DROIT INTERNATIONAL

D'UNE APPRÉHENSION UNIFORME DU CONCEPT DE ZONE FRANCHE

Le concept de zone franche n'est pas appréhendé de manière uniforme par le droit international. En effet, bien que les instruments internationaux admettent la possibilité de créer de telles zones, ils définissent assez peu le concept même de zone franche (A). Ils laissent ainsi aux Etats une importante marge de manœuvre dans l'institution de ces zones, renvoyant souvent aux législations nationales pour ce qui concerne les modalités précises de leur création, ainsi que leur régime juridique. Pourtant, ces renvois n'apportent qu'un éclairage très relatif et mettent davantage en exergue l'hétérogénéité des réalités recouvertes par ce concept (B).

A. Un concept équivoque et peu défini

Un premier constat s'impose : le droit international admet le principe même des zones franches, puisque plusieurs instruments internationaux encouragent la création de telles zones, en particulier dans les ports et les aéroports. Tel est notamment le cas, du chapitre 4 de l'annexe 9 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale³⁷, de l'article 128 de la Convention des

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Voy. par exemple, M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., 75 p. ; A. LAVISSIERE, « A Modern Concept of Free Ports in the 21st Century : A Definition Towards a Supply Chain Added Value », *Supply Chain Forum*, 1994, pp. 22-28 ; J. R. MCINTYRE, R. NARULA, L. J. TREVINO, « The Role of Export Processing Zones for Host Countries and Multinationals : A Mutually Beneficial Relationship ? », *The International Trade Journal*, December 1996, pp. 435-466 ; M. MENENDEZ, J.-M. SIROËN, A. SZTULMAN, « Les zones franches, modèle de développement ? », *Dialogue*, 2015, pp. 2-11.

³⁷ Cette disposition recommande que « les Etats contractants établissent, aux aéroports internationaux ou à proximité, des zones franches [...] qu'ils les développent ou exploitent eux-mêmes ou permettent de le

Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM)³⁸ ou encore de l'article 8 de la Convention relative au commerce de transit des pays sans littoral³⁹.

Cependant, les zones franches ne sont pas l'apanage des ports maritimes et des aéroports. C'est d'ailleurs précisément ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention relative au commerce de transit des pays sans littoral. Selon cette disposition, des zones franches peuvent « également être aménagées en faveur des Etats sans littoral dans d'autres Etats de transit n'ayant pas de côte ou de ports maritimes ». Dès lors, le droit international admet la possibilité de créer des zones franches et souligne leur intérêt au regard des mouvements transnationaux de marchandises et plus largement donc, du commerce international. Cette possibilité est également reconnue dans des cadres régionaux et notamment au sein de l'Union européenne. Ainsi, le Code des douanes de l'Union consacre une section entière aux zones franches et dispose en son article 243 que « les Etats membres peuvent constituer certaines parties du territoire douanier de l'Union en zones franches »⁴⁰.

Pourtant, force est de constater que ces instruments définissent assez peu le terme de zone franche. En effet, seule la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale procède à une telle définition. Elle entend une zone franche comme une « [p]artie du territoire d'un Etat contractant dans laquelle les marchandises qui y sont introduites sont généralement considérées comme n'étant pas sur le territoire douanier au regard des droits et taxes à l'importation »⁴¹. Cette définition est par ailleurs reprise en des termes identiques dans la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers en sa version révisée⁴².

Toutefois, au sein de chacun de ces deux instruments, la définition du syntagme « zone franche » a évolué. En effet, dans sa version originelle, la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, ne définissait pas le terme de zone franche⁴³. Ce n'est que par la suite,

faire et qu'ils publient un règlement détaillé sur les types d'opérations qui y sont autorisés et sur ceux qui ne le sont pas ». Voy. Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944, Chicago, annexe 9, chapitre 4.

³⁸ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982, Montego Bay, article 128 : « [...] pour faciliter le trafic en transit, des zones franches ou d'autres facilités douanières peuvent être prévues aux ports d'entrée et de sortie des Etats de transit, par voie d'accord entre ces Etats et les Etats sans littoral ».

³⁹ Convention relative au commerce de transit des pays sans littoral, 8 juillet 1965, New York, article 8, lequel prévoit que « [p]our la commodité du transport en transit, des zones franches ou autres facilités douanières pourront être aménagées dans les ports d'entrée et de sortie des Etats de transit, par des accords entre ces Etats et les Etats sans littoral ».

⁴⁰ Règlement UE n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le Code des douanes de l'Union (refonte), dernière version consolidée en vigueur.

⁴¹ Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., annexe 9, chapitre 1.

⁴² Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, 18 mai 1973, Kyoto, telle qu'amendée par le Protocole du 26 juin 1999 (Bruxelles) (dite « Convention de Kyoto révisée »). Voy. l'annexe spécifique D, chapitre 2, de la Convention révisée.

⁴³ Voy. à cet égard, la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers, telle qu'adoptée le 18 mai 1973, in Nations Unies – Recueil des Traités, 1974, pp. 271 et s.

avec notamment l'adoption du Protocole d'amendement de 1999, que cette définition a fait son entrée dans les dispositions de la Convention. La Convention relative à l'aviation civile internationale propose, quant à elle, aujourd'hui, une définition différente de celle retenue dans ses premières versions et notamment dans celle de 1958, laquelle définissait la zone franche en ces termes : « [z]one où des marchandises, qu'elles soient d'origine nationale ou étrangère, peuvent être admises, déposées, entreposées, conditionnées, exposées, mises en vente, traitées ou manufacturées, et d'où elles peuvent être transportées vers un point situé hors du territoire de l'Etat en franchise de droits de douane et de droits intérieurs de consommation et, sauf circonstances spéciales, sans être soumises à aucune inspection. Les marchandises d'origine nationale admises dans la zone franche peuvent être considérées comme étant exportées »⁴⁴. Cette convention a donc envisagé différemment la zone franche au fil du temps et en retient, aujourd'hui, une acception large. Cette évolution démontre que ce concept n'est pas figé. Il peut recouper des réalités diverses. Ce constat ressort également de l'analyse des définitions données par les diverses organisations internationales qui s'intéressent à la question des zones franches. Globalement, ces organisations évitent de définir ce concept et préfèrent adopter une démarche plus spécifique en se concentrant sur un type de zone franche en particulier⁴⁵. Même la *World Free Zones Organization*, association internationale à but non lucratif dédiée aux zones franches, ne définit pas ce concept⁴⁶.

En droit international, le concept de zone franche apparaît donc entouré de bien des zones d'ombres. Celles-ci rendent ainsi son analyse délicate, mais lui confère également dans le même temps une grande malléabilité, tant dans son contenu immédiat que dans sa teneur future. Cette malléabilité, d'ailleurs plus généralement caractéristique du domaine économique, présente l'avantage de permettre à ce concept de changer en fonction de l'évolution des données économiques et de s'adapter aux besoins des acteurs⁴⁷. Cette qualité est d'autant plus remarquable que les zones franches sont perçues par les Etats comme des

⁴⁴ Cette définition est rappelée par M. GUINCHARD, « Le transit aérien direct, les zones franches sur les aéroports et les aéroports francs », *loc. cit.*, p. 223.

L'auteur rappelle aussi qu'à cette même époque, la Convention distinguait la zone franche de l'aéroport franc, celui-ci étant défini comme « tout aéroport international où, sous réserve de séjour à l'intérieur de limites désignées et jusqu'au moment où ils sont acheminés par voie aérienne vers un point situé hors du territoire de l'Etat, les équipages, les passagers, les bagages, les marchandises, la poste et les provisions de bord peuvent être débarqués ou déchargés, séjourner ou être transbordés en franchise de droits de douane et, sauf circonstances spéciales, sans être soumis à aucune inspection ».

⁴⁵ Voy. en ce sens, ACTRAV, *Manuel syndical sur les zones franches d'exportation*, Genève, OIT, 2014, 122 p. ; CNUCED, *Les zones franches de transformation pour l'exportation dans les pays en développement : incidences sur les politiques commerciales et les politiques d'industrialisation*, New York, CNUCED, 1985, 47 p. ; Banque Mondiale, *Export Processing Zones*, Washington DC, Policy and Research Series n°20, 2014, 42 p.

⁴⁶ Statuts de l'Association *World Free Zones Organization*, 14 janvier 2014, Dubaï.

⁴⁷ Voy. en ce sens, P. WEIL, « Le droit international économique mythe ou réalité ? », in SFDI, *Aspects du droit international économique*, Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 1972, pp. 6-7 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ/Lextenso, p. 1169.

vecteurs de développement économique⁴⁸ et que leur création et leur régime juridique dépendent largement de la conjoncture économique. Par conséquent, en n'appréhendant pas de manière uniforme le concept de zone franche, le droit international laisse une importante marge de manœuvre aux Etats qui conservent une certaine liberté dans l'institution de telles zones. Ceux-ci peuvent ainsi adapter le régime juridique de leurs zones franches en fonction de leurs besoins et de leurs priorités économiques. Toutefois, cette malléabilité rend également ce concept équivoque, si bien que l'on ne sait pas exactement quelles conséquences tirer de cette qualification, notamment quant au régime juridique applicable au sein de ces zones.

C'est aussi précisément ce que confirment les pratiques étatiques, lesquelles n'apportent qu'un éclairage relatif sur ce concept et mettent davantage en exergue la grande diversité des réalités qu'il recoupe.

B. Des renvois au droit national peu éclairants

Il ressort des instruments internationaux susmentionnés que, bien souvent, le droit international renvoie aux législations nationales le soin de définir les zones franches et d'en déterminer le régime juridique. En témoignent notamment le chapitre 4 de l'annexe 9 de la Convention relative à l'aviation civile internationale, ou encore l'annexe 2 de la Convention de Kyoto révisée. Cette dernière dispose en effet que « *la législation nationale précise les conditions dans lesquelles les zones franches peuvent être créées ; elle détermine les catégories de marchandises susceptibles d'y être admises et précise la nature des opérations auxquelles les marchandises peuvent être admises pendant leur séjour en zone franche* »⁴⁹. Un tel renvoi permet donc aux Etats d'adapter le régime juridique des zones franches, en fonction des objectifs poursuivis. Dès lors, il n'est pas surprenant qu'il y ait une grande variété de zones franches et de régimes juridiques applicables dans ces zones.

Ainsi, dans un premier temps, les Etats ont eu tendance à créer des zones franches douanières. L'Etat sur le territoire duquel se situait la zone franche renonçait alors à une partie ou à la totalité de sa compétence douanière⁵⁰. Les zones franches de cette nature étaient localisées dans des lieux stratégiques en matière de transit international, tels que les périmètres portuaires et aéroportuaires, les débouchés ou la bordure des grands axes de communication ou encore les régions frontalières⁵¹. C'est ainsi qu'ont été créés des ports francs, des zones franches maritimes ou encore des zones franches commerciales, ces différentes qualifications reflétant des régimes juridiques distincts.

⁴⁸ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 564. Voy. aussi en ce sens, J.-L. ALBERT, « La concurrence douanière », *loc. cit.*, p. 335.

⁴⁹ Convention de Kyoto révisée, préc., annexe D, chapitre 2, norme 2.

⁵⁰ Th. FLORY, « Les zones franches et le droit international économique », *loc. cit.*, p. 75.

⁵¹ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 565.

Le port franc se retrouve, comme son nom l'indique, dans les ports maritimes. Toutefois, il se distingue des zones franches maritimes, en raison du régime juridique qui y est applicable⁵². En effet, selon Robert Haas, sont qualifiés de « ports francs », les ports dont le régime se caractérise par « *une extraterritorialité complète au point de vue douanier* »⁵³. Autrement dit, sur ce territoire, la franchise douanière est extrêmement large : les marchandises sont exonérées des droits d'importation et d'exportation, mais aussi des droits intérieurs de consommation et d'accise applicables au reste du territoire. De plus, la franchise ne s'applique pas seulement à la zone portuaire proprement dite ou à une fraction de cette zone, mais à la ville toute entière⁵⁴. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'auteur préférerait la qualification de « ville franche maritime » à celle de « port franc »⁵⁵.

La zone franche maritime, quant à elle, ne s'étend pas à l'ensemble de la ville, mais couvre seulement « *une partie du port avec ses bassins, ses quais, ses entrepôts, ses ateliers, des bâtiments à usage industriel et éventuellement des terrains à bâtir* »⁵⁶. En outre, contrairement aux ports francs, si les marchandises peuvent être importées et exportées en franchise de droits de douane, elles ne sont pas exonérées des droits d'importation ou d'accise lorsqu'elles sont consommées à titre individuel. Dans ce cas, elles redeviennent soumises au régime douanier de droit commun⁵⁷. Dès lors, le régime juridique de la zone franche maritime semble davantage se rapprocher de celui de la zone franche commerciale, qui est d'application plus large, puisque géographiquement non limité.

Dans les zones franches commerciales, les marchandises sont exonérées des droits de douane et des impôts indirects⁵⁸. Par conséquent, les entreprises peuvent y décharger leurs marchandises importées sans droits de douane, ni taxes, afin soit de les réexpédier, soit de les commercialiser sur le marché national⁵⁹. Elles bénéficient ainsi de formalités réduites. De manière générale, dans les zones franches commerciales, les activités autorisées sont « *strictement limitées à tout ce qui ne s'apparente pas à une fabrication* »⁶⁰. A ce titre, sont par exemple autorisées les activités de stockage, d'emballage ou encore d'assemblage simple⁶¹. En outre, les entreprises implantées dans ces zones paient des impôts,

⁵² Plusieurs auteurs reprennent cette distinction, au premier rang desquels, Robert Haas et Jean Salmon. Voy. à cet égard, R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *loc. cit.*, pp. 388 et s. ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 850 et 1152.

⁵³ Convention relative à l'aviation civile internationale, préc., annexe 9, chapitre 1.

⁵⁴ R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *loc. cit.*, p. 388.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1152.

⁵⁷ R. HAAS, « Régime international des zones franches dans les ports maritimes », *loc. cit.*, p. 394.

⁵⁸ H. RAVALOSON, *Le régime des investissements directs et des zones franches d'exportation*, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 565.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

au même titre que les entreprises situées hors de la zone franche⁶². Les *Foreign Trade Zones* américaines sont un exemple actuel de ce type de zone franche⁶³.

Classiquement donc, le concept de zones franches recouvre déjà des réalités et des régimes juridiques divers. Par la suite, les Etats ont complexifié encore sa lecture en créant d'autres sortes de zones franches, au sein desquelles, ceux-ci ne renonçaient pas seulement à leur compétence douanière, mais à plusieurs de leurs compétences économiques. Tel est notamment le cas des zones franches industrielles d'exportation, la première en date étant celle de Shannon, en Irlande, créée à la fin des années 1950⁶⁴. Dans cette zone, l'Etat irlandais avait fait le choix d'appliquer un régime juridique distinct de celui que l'on retrouvait traditionnellement dans les zones franches douanières. Celui-ci répondait à un triple objectif : accroître les trafics passagers et fret de l'aéroport, développer le secteur touristique et créer des emplois⁶⁵. Pour ce faire, il a non seulement été décidé d'appliquer dans cette zone des dispositions fiscales et réglementaires attrayantes, mais aussi d'adopter des mesures visant à y permettre et y favoriser des activités de production. C'est précisément en cela qu'elle se distinguait des zones franches traditionnelles, qui n'admettaient pas en leur sein de telles activités. Précurseur, cette zone a ensuite été « reproduite sous une forme ou sous une autre dans plusieurs pays »⁶⁶.

De manière générale, les entreprises implantées dans les zones franches d'exportation bénéficient d'avantages plus conséquents par rapport à ceux octroyés dans les zones franches commerciales⁶⁷ et peuvent mener des activités de production et de fabrication à des conditions particulièrement avantageuses : elles peuvent par exemple importer en franchise de droits de douane les matières premières, équipements et autres intrants qui leur sont nécessaires à la production des biens qu'elles fabriquent ou encore exporter leur production sans payer de droits de douane à la sortie⁶⁸. Ces zones ont pour objectif d'attirer des industries tournées vers l'exportation et la totalité de la production de ces zones est généralement exportée⁶⁹.

⁶² *Ibid.*, p. 566.

⁶³ « An Introduction to Foreign-Trade Zones », <https://www.cbp.gov/border-security/ports-entry/cargo-security/cargo-control/foreign-trade-zones/about> [consulté le 23 mai 2021] ; P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, op. cit., pp. 25-39 ; T. W. BELL, « Special Economic Zones in the United States : From Colonial Charters, to Foreign-Trade Zones, Toward USSEZs », *Buffalo Law Review*, vol. 64, 2016, pp. 982-990.

⁶⁴ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, op. cit., p. 12.

⁶⁵ F. BOST (dir.), *Atlas mondial des zones franches*, op. cit., p. 117.

⁶⁶ M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 8.

⁶⁷ Voy. en ce sens, F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », *loc. cit.*, p. 566.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Voy. en ce sens ACTRAV, *Manuel syndical sur les zones franches d'exportation*, op. cit., p. 1 ; F. BOST (dir.), *Atlas mondial des zones franches*, op. cit., p. 17.

Toutefois, les zones franches d'exportation « *ont beaucoup évolué depuis leur création et présentent une grande diversité de structures et d'envergure* »⁷⁰. Les régimes juridiques applicables dans leur périmètre varient donc considérablement selon la période et le pays considérés. En effet, au départ, les zones franches d'exportation étaient détenues et gérées par les pouvoirs publics, soit directement, soit par le biais d'agences autonomes ou semi-autonomes dont la direction était nommée par l'Etat⁷¹. Toutefois, la participation du secteur privé s'est accrue et les Etats lui ont de plus en plus régulièrement délégué la gestion de ces zones⁷². En outre, l'étendue de l'obligation d'exporter la production peut varier. Elle peut par exemple imposer que l'exportation soit tournée en direction d'un pays particulier, comme c'est le cas pour les *Qualifying Industrial Zones* en Jordanie, spécifiquement tournées vers l'exportation en direction des Etats-Unis⁷³. Elle peut également être assouplie et ne pas imposer l'exportation de la totalité de la production, la commercialisation des biens et services sur le marché national étant de plus en plus admise, sous réserve du paiement des droits de douane⁷⁴. Enfin, les incitations offertes au commerce et à l'investissement varient beaucoup d'une zone à l'autre : elles peuvent prendre la forme d'exonérations des droits à l'importation et à l'exportation, d'une simplification des procédures et des contrôles douaniers et administratifs, d'une politique de change libérale, d'un rapatriement des bénéfices libres, d'exonérations fiscales, de subventions et de réglementations plus souples sur le marché du travail⁷⁵. Ces incitations varient également dans leur degré de mise en œuvre. Les avantages douaniers, fiscaux ou sociaux peuvent être plus ou moins importants, les politiques de change plus ou moins libérales et les procédures administratives plus ou moins souples.

Les Etats ont également adopté une nouvelle lecture du concept de zones franches à travers la création de zones d'entreprises, parfois qualifiées de zones franches, comme l'illustre l'appellation française de « zone franche urbaine »⁷⁶. Ces zones apparaissent comme « *une version contemporaine du concept deux fois millénaire de zones franches* »⁷⁷. Certains auteurs ont d'ailleurs considéré que la zone d'entreprises témoignait d'une volonté « *d'appliquer le principe de la zone*

⁷⁰ M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 8.

⁷¹ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, op. cit., p. 53.

⁷² M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 8 ; ACTRAV, *Manuel syndical sur les zones franches d'exportation*, op. cit., p. 3.

⁷³ F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », loc. cit., p. 572.

⁷⁴ M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 8 ; ACTRAV, *Manuel syndical sur les zones franches d'exportation*, op. cit., p. 3.

⁷⁵ M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., pp. 8-9 ; ACTRAV, *Manuel syndical sur les zones franches d'exportation*, op. cit., p. 4.

⁷⁶ Voy. par exemple en ce sens, P. DESROCHERS, « Les zones d'entreprises : De la théorie à la pratique », *Revue canadienne des sciences régionales*, XXI-3, automne 1998, pp. 422 et s.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 415.

franche aux sites en difficulté, c'est-à-dire en milieux urbains ou dans des régions d'activités industrielles traditionnelles »⁷⁸. Ainsi, on retrouve ce type de zones plutôt dans les pays industrialisés, alors que les zones franches industrielles d'exportation sont créées, elles, davantage dans les pays en développement⁷⁹.

Le régime juridique d'une zone d'entreprises se caractérise par trois grands principes : une déréglementation, une défiscalisation et une débureaucratisation⁸⁰. Concrètement, ces principes peuvent se matérialiser par une exonération d'impôts locaux, de la taxe sur les terrains à bâtir, des dispositions de la réglementation professionnelle ; par une déduction totale des investissements mobiliers du bénéfice imposable ; par une simplification des formalités administratives et douanières. En cela, le régime juridique d'une zone d'entreprises se rapproche de celui des zones franches. Toutefois, et c'est ici que se trouve la grande différence entre ces deux types de zones, les avantages octroyés ne dépendent pas d'une orientation vers l'exportation. Autrement dit, dans les zones d'entreprises, les allègements réglementaires et les exemptions fiscales et douanières ne s'appliquent plus seulement aux activités exportatrices, « *mais à toutes celles concourant à la relance économique générale, y compris la production destinée au marché intérieur* »⁸¹. Cette différence s'explique par l'objectif premier des zones d'entreprises qui est « *de maintenir, et, si possible, de créer des emplois en suscitant un climat propice aux affaires et à l'initiative privée, en atténuant dans les sites choisis les aspects contraignants des différentes législations économiques* »⁸². Toutefois, là encore, comme le régime juridique applicable dans les zones d'entreprises relève de l'Etat sur le territoire duquel se situe la zone, les régimes juridiques sont très divers⁸³.

Par conséquent, force est de constater que les renvois au droit national auxquels procède le droit international ne permettent finalement pas d'éclairer le concept de zone franche, rarement défini par les instruments internationaux. En effet, les pratiques étatiques démontrent d'autant plus que ce concept recouvre des réalités diverses. Il ressort donc de cette analyse qu'il est aujourd'hui impossible de parler d'un « régime juridique international » pour les zones franches, qui serait alors entendu comme un ensemble de principes implicites ou explicites, de normes, de règles et de décisions autour desquels convergent les attentes des acteurs⁸⁴.

⁷⁸ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, op. cit., p. 15. Voy. aussi en ce sens : B. GOMBAC, *Les zones franches en Europe*, op. cit., pp. 59 et 249.

⁷⁹ F. BOST (dir.), *Atlas mondial des zones franches*, op. cit., p. 17.

⁸⁰ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, op. cit., p. 15 ; F. BOST, « Les zones franches, interfaces de la mondialisation », loc. cit., pp. 568-569.

⁸¹ P. LOROT, Th. SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, op. cit., p. 15.

⁸² *Ibid.*, p. 84.

⁸³ *Ibid.*, pp. 85 et s. ; P. DESROCHERS, « Les zones d'entreprises : De la théorie à la pratique », loc. cit., pp. 422 et s.

⁸⁴ Il s'agit là de la définition classique du concept de « régimes internationaux », donnée par Stephen Krasner et reprise largement par la doctrine. Voy. S. D. KRASNER, « Structural causes and Regimes

Toutefois, même si le droit international ne permet pas d'appréhender ce concept de manière uniforme, cela n'empêche pas qu'il puisse avoir une certaine influence dans la détermination des régimes juridiques applicables dans ces zones.

II. L'INFLUENCE DU DROIT INTERNATIONAL DANS LA DÉTERMINATION DU RÉGIME JURIDIQUE DES ZONES FRANCHES

L'influence du droit international à l'égard des zones franches peut être constatée à un double niveau. D'une part, il encadre la détermination du régime juridique de ces zones, car, bien que cette opération relève, dans la plupart des cas, d'une décision unilatérale de l'Etat et de ses compétences souveraines, le droit international est à même de poser un cadre général dans la limite duquel cette compétence devra s'exercer (A). D'autre part, il peut avoir une influence encore plus directe sur la détermination du régime juridique des zones franches, puisqu'il peut en être la source (B).

A. L'encadrement de la détermination du régime juridique des zones franches par le droit international

Dans son étude relative aux zones franches et au droit international économique, Thiébaud Flory a relevé une évolution dans les sources constitutives des zones franches et a constaté que si, historiquement, ces zones prenaient en règle générale leur source dans des instruments internationaux, tel n'est plus le cas à l'époque moderne. En effet, les zones franches résultent aujourd'hui principalement des réglementations étatiques adoptées par les Etats de manière unilatérale⁸⁵. A titre d'exemple, et parmi beaucoup d'autres, on peut citer la loi irlandaise du 18 mars 1947 qui a créé l'aéroport en franchise de douane de Shannon ou encore le *Celler Act* du 18 juin 1934 qui a créé les *Foreign Trade Zones* américaines.

Toutefois, comme déjà souligné, les zones franches, parce qu'elles se caractérisent par un régime douanier et fiscal dérogatoire du droit commun, ont un impact sur les échanges internationaux. Dès lors, le droit international, et tout particulièrement le droit international économique et douanier, a vocation à influencer le régime juridique qui s'y applique⁸⁶. Ainsi en est-il de la Convention

Consequences : Regimes as Intervening Variables », *International Organization*, 1982, vol. 36, n° 2, p. 186 ; J.-F. MORIN, « Les régimes internationaux de l'environnement », in F. GEMENNE (dir.), *L'enjeu mondial : l'environnement*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, pp. 115-116.

Les régimes internationaux sont composés de quatre éléments, à savoir des principes, des normes, des règles et des procédures, présentant une certaine cohérence. Ces régimes sont « *relativement stables et contraignent les actions* » et permettent ainsi « *d'anticiper les comportements des futurs acteurs* » et de créer « *un climat de confiance* ». Voy. *ibid.*, p. 115.

⁸⁵ Th. FLORY, « Les zones franches et le droit international économique », *loc. cit.*, p. 74.

⁸⁶ D'autres pans du droit international peuvent aussi encadrer la détermination du régime juridique des zones franches, comme par exemple le droit international du travail. Toutefois, dans la mesure où les zones

de Kyoto sur la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers en sa version révisée. Certes, cette convention laisse aux Etats le soin de préciser un bon nombre de questions, telles que les conditions dans lesquelles les zones franches peuvent être créées, de déterminer les catégories de marchandises susceptibles d'y être admises et de préciser la nature des opérations auxquelles les marchandises peuvent être soumises pendant leur séjour dans ces zones⁸⁷. Cependant, elle pose aussi certains principes comme, par exemple, le droit de la douane d'effectuer à tout moment un contrôle des marchandises détenues dans une zone franche⁸⁸ ou encore les grands principes applicables aux marchandises admises dans une zone franche. A ce titre, elle précise notamment que « *l'admission de marchandises dans une zone franche est autorisée non seulement pour les marchandises qui sont introduites directement depuis l'étranger mais également pour les marchandises qui proviennent du territoire douanier de la Partie contractante concernée* »⁸⁹ et que les marchandises bénéficient du régime dérogatoire applicable dans la zone franche, dès lors qu'elles y ont été introduites⁹⁰. De plus, elle pose également le principe selon lequel les marchandises admises en zone franche doivent pouvoir faire l'objet « *d'opérations nécessaires pour en assurer la conservation et de manipulations usuelles destinées à améliorer leur présentation ou leur qualité marchande ou à les conditionner pour le transport* »⁹¹. Elle laisse en revanche à la charge des Etats la possibilité d'admettre ou non des opérations de perfectionnement ou de transformation et, le cas échéant, d'indiquer expressément les opérations autorisées⁹². C'est en raison de cette marge de manœuvre que la distinction entre les zones franches commerciales et les zones franches industrielles peut perdurer. La Convention de Kyoto prévoit aussi que « *sauf circonstances exceptionnelles, la durée du séjour des marchandises dans une zone franche n'est pas limitée* »⁹³ et que celles-ci doivent pouvoir faire l'objet de cessions⁹⁴. Enfin, le retrait des marchandises en zone franche est également réglementé aux normes 16 et 17.

En outre, le régime des zones franches doit être compatible avec les principes du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'obligation d'exportation prévue dans beaucoup de régime de zones franches industrielles d'exportation, par exemple, illustre particulièrement bien ce propos, puisqu'une telle obligation entraîne « *la mise en branle du droit du commerce international,*

franches se caractérisent avant tout par un régime fiscal et douanier dérogatoire, nous nous concentrerons sur ces deux pans du droit. Sur la question des zones franches et du droit international du travail, voy. notamment, ACTRAV, *Manuel syndical sur les zones franches d'exportation, op. cit.*, 122 p.

⁸⁷ Convention de Kyoto révisée, préc., annexe D, chapitre 2, norme 2. Vont également dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chapitre 2, normes 13, 19, 20.

⁸⁸ *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 4.

⁸⁹ *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 2. Va également dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chap. 2, norme 5.

⁹⁰ *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 2. Dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 6.

⁹¹ *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 2. Dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 11.

⁹² *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 2. Dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 12.

⁹³ *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 2. Dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 14.

⁹⁴ *Ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 2. Dans le même sens, *ibid.*, annexe D, chapitre 2, norme 15.

notamment des règles de l'OMC. Ce qui engendre alors des conséquences aussi bien pour l'écoulement des produits des zones franches, que pour le régime de zones franches lui-même. Autrement dit, les règles de l'OMC non seulement s'appliquent de façon spécifique aux produits importés provenant des zones franches mais entame aussi la compétence des Etats membres pour édicter et appliquer un régime de zones franches »⁹⁵. Pourtant force est de constater que ni l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (GATT de 1947)⁹⁶, ni les accords du cycle d'Uruguay, adoptés en 1994⁹⁷, ne mentionnent explicitement les zones franches. Toutefois, dès lors que les zones franches impactent les échanges économiques internationaux, ces accords ont vocation à s'appliquer. Les règles de l'OMC encadrent et réduisent la liberté des Etats dans la détermination du régime juridique des zones franches. Il en est tout d'abord ainsi du GATT qui a vocation à s'appliquer, dès lors qu'est en cause un échange de marchandises. Ainsi, dans la détermination des régimes de leurs zones franches, les Etats doivent respecter les principes fondamentaux de cet accord, à savoir la transparence des politiques commerciales, la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national. Mais, ce sont surtout les règles relatives aux subventions et aux mesures concernant les investissements et liées au commerce qui posent d'importantes limites dans la détermination du régime juridique des zones franches.

Concernant tout d'abord les règles relatives aux subventions, il ressort de l'article 1^{er} de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (Accord SMC) qu' « [...] une subvention sera réputée exister : [...] a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre [...], c'est-à-dire dans les cas où : [...] ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt) ; et b) si un avantage est ainsi conféré ». Dès lors, les exonérations fiscales et douanières mises en place dans certaines zones franches – comme par exemple l'exonération d'impôt sur le revenu – peuvent être considérées comme des subventions, car elles reviennent *in fine* pour l'Etat sur le territoire duquel la zone franche est créée à abandonner « des recettes publiques normalement exigibles »⁹⁸. Pourtant, toutes les exonérations fiscales et douanières ne sont pas des subventions au sens de cet article. Est par exemple exclue de cette définition,

⁹⁵ H. RAVALOSON, *Le régime des investissements directs et des zones franches d'exportation*, op. cit., p. 249.

⁹⁶ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, Genève.

⁹⁷ On pense notamment ici à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT), l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC), l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), l'Accord instituant l'OMC (Accord OMC) et l'Accord général sur le commerce des services (GATS), tous annexés à l'Acte final du Cycle d'Uruguay, adopté le 15 avril 1994, à Marrakech.

⁹⁸ H. RAVALOSON, *Le régime des investissements directs et des zones franches d'exportation*, op. cit., p. 261.

« l'exonération, en faveur d'un produit exporté, des droits ou taxes qui frappent le produit similaire lorsque celui-ci est destiné à la consommation intérieure [...] »⁹⁹. Cela exclut donc de la définition des subventions, les importations en franchise de matières premières et de biens intermédiaires utilisés pour la production de marchandises destinées à être exportées¹⁰⁰. La qualification de subvention n'est pas dénuée de conséquences, car le droit de l'OMC pose le principe selon lequel certaines subventions peuvent donner lieu à une action et d'autres sont purement et simplement interdites¹⁰¹. Sont par exemple interdites les subventions liées à la teneur en éléments d'origine nationale et les subventions à l'exportation. Les premières recouvrent « les subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés »¹⁰². Les secondes, plus controversées, recouvrent « les subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation »¹⁰³. Dans la mesure où certains régimes de zones franches subordonnent le bénéfice des avantages fiscaux et douaniers à une condition d'exportation, les subventions à l'exportation méritent une attention toute particulière. On peut en effet se demander si les avantages fiscaux et douaniers accordés dans ces zones franches peuvent être considérés comme des subventions prohibées au titre de l'Accord SMC. A cet égard, une note infrapaginale reliée à l'article 3.1 (a) de cet accord apporte un premier élément de réponse en précisant que « [l]e simple fait qu'une subvention est accordée à des entreprises qui exportent ne sera pas pour cette seule raison considérée comme une subvention à l'exportation ». Toutefois, dès lors que le régime d'une zone franche requiert, pour l'admission des investissements, une souscription à l'obligation d'exportation, cela revient à exiger des résultats à l'exportation proche des 100%¹⁰⁴. Partant, les avantages octroyés en contrepartie peuvent être considérés comme une subvention subordonnée aux résultats de l'exportation. Cela pourrait d'ailleurs expliquer que dans les régimes de zones franches « les dispositions prévoyant que tout ou partie de la production doit être exportée deviennent de plus en plus rares »¹⁰⁵. Aussi, lors de l'institution des zones franches, l'enjeu pour les Etats est de déterminer un régime fiscal et douanier compatible avec ces règles

⁹⁹ Accord SMC, préc., note infrapaginale à l'article 1.1.

¹⁰⁰ Voy. en ce sens, T. KUSAGO, Z. TZANNATOS, *Exporting Processing Zones : A Review in Need of Update*, op. cit., p. 5 ; M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 48.

¹⁰¹ Tout en admettant, pour les pays en développement, un traitement spécial et différencié. Voy. à cet égard P. MONNIER, H. RUIZ-FABRI, « Organisation mondiale du commerce.- Règles : dumping, subventions, mesures de sauvegarde », *JurisClasseur Droit international*, fasc. 130-25, 31 décembre 2016, § 59.

¹⁰² Accord SMC, préc., article 3.1 (b).

¹⁰³ *Ibid.*, article 3.1 (a).

¹⁰⁴ H. RAVALOSON, *Le régime des investissements directs et des zones franches d'exportation*, op. cit., p. 261.

¹⁰⁵ M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 49. Voy. également *supra*, (I) (B).

sur les subventions, faute de quoi, ils pourraient faire l'objet d'une procédure particulière dans le cadre de l'OMC¹⁰⁶.

L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC) présente également un intérêt particulier lorsqu'il s'agit de définir un régime juridique applicable en zone franche, en raison, là encore, de l'obligation d'exportation parfois prévue. En effet, dans cette hypothèse, les zones franches « *correspondent à la définition des "mesures concernant les investissements" et à celle des "mesures liées au commerce", puisque les objectifs essentiels des [zones franches d'exportation] sont d'attirer davantage d'investissements directs étrangers et de promouvoir les exportations* »¹⁰⁷. L'article 2 de cet accord dispose qu'« *aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994* », autrement dit avec l'exigence de traitement national et l'élimination des restrictions quantitatives. Dès lors, serait contraire au principe de traitement national, un régime de zones franches comportant des contraintes de contenu local et de balance commerciale. Il en serait de même d'un régime qui, par exemple, restreindrait le commerce international « *par un contingentement, une limitation des devises accessibles aux opérateurs pour des importations [ou encore] une obligation de vente sur le marché local* »¹⁰⁸.

L'affaire *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions* est d'ailleurs une excellente illustration des problèmes que peuvent poser les zones franches au regard du droit de l'OMC. Dans cette affaire, l'Union européenne et le Japon reprochaient au Brésil d'avoir introduit dans le secteur automobile, dans l'industrie de l'électronique et des technologies, pour les marchandises produites dans ses zones franches, plusieurs mesures relatives à la taxation et aux impositions, contraires aux principes de l'OMC et notamment à l'Accord SMC et à celui sur les MIC. L'Union européenne demandait, entre autres, au Groupe spécial de considérer que le Programme INOVAR-AUTO, tel qu'il était mis en œuvre dans les zones franches, était contraire aux articles 2.1, 2.2 de l'Accord sur les MIC et au paragraphe 1 (a) de la liste exemplative de l'Accord, « *car en exigeant l'achat ou l'utilisation d'intrants stratégiques et d'outils d'origine brésilienne ou provenant de source brésilienne pour bénéficier d'avantages fiscaux, le Programme [était] une mesure concernant les investissements et liée au commerce incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994* »¹⁰⁹. Elle demandait également au Groupe spécial de considérer ce programme comme étant contraire aux articles 3.1 (b) et 3.2 de l'Accord SMC,

¹⁰⁶ Accord SMC, préc., articles 4 et 7.

¹⁰⁷ M. ENGMAN, O. ONODERA, E. PINALI, *Zones franches d'exportation – Leur rôle passé et futur dans les échanges et le développement*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁸ H. RAVALOSON, *Le régime des investissements directs et des zones franches d'exportation*, op. cit., p. 253.

¹⁰⁹ Organe de règlement des différends (ORD), rapport du Groupe spécial, 30 août 2017, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les importations*, WT/DS472 et WT/DS497/R, p. 71.

car conférant « *des avantages fiscaux qui sont des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC qui sont subordonnées à l'utilisation d'intrants stratégiques et d'outils du Brésil de préférence à des produits semblables importés d'autres membres de l'OMC, y compris de l'Union européenne* »¹¹⁰. Le Groupe spécial a accueilli ces arguments. D'une part, il a estimé que le Programme INOVAR-AUTO constituait une mesure concernant les investissements et liée au commerce incompatible avec le principe du traitement national et l'article 2.1 de l'Accord sur les MIC¹¹¹. Cette position a par la suite été confirmée par le rapport de l'Organe d'appel¹¹². D'autre part, le Groupe spécial a considéré que les crédits d'impôts accordés au titre de ce programme constituaient des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC et, qu'étant subordonnés à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, ils relevaient des subventions prohibées et étaient incompatibles avec les articles 3.1 (b) et 3.2 de l'Accord SMC¹¹³. Le Brésil s'est alors vu dans l'obligation de mettre la législation applicable dans ses zones franches en conformité avec le droit de l'OMC. Cet exemple illustre donc clairement l'influence que le droit international exerce dans la détermination du régime juridique des zones franches.

Enfin, et il s'agit là d'un cas particulier, mais non moins important, le régime juridique des zones franches peut être très largement influencé par le droit des organisations régionales qui peut fixer le cadre général dans lequel doit s'exercer la détermination de ce régime. Tel est le cas notamment le cas de l'Union européenne, au sein de laquelle le code des douanes fixe le régime juridique des zones franches établies par les Etats membres sur le territoire douanier de l'Union, tout en laissant à ceux-ci une certaine marge de manœuvre¹¹⁴. La particularité de ce régime tient au fait que l'Union européenne « *ne connaît plus (au moins en théorie) de frontière*

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 250, § 7.806.

Le Brésil faisait toutefois valoir que, si une telle incompatibilité venait à être retenue, celle-ci serait justifiée au regard des alinéas (b) et (g) de l'article XX du GATT de 1994 et les mesures en cause ne violeraient donc pas l'Accord sur les MIC (*ibid.*, p. 258, §§ 7.849 et s.). Le Groupe spécial n'a pourtant pas retenu cette argumentation, considérant que les mesures contestées du Programme INOVAR-AUTO n'étaient justifiées ni au regard de l'article XX (b), ni au regard de l'article XX (g) du GATT de 1994.

¹¹² ORD, rapport de l'Organe d'appel, 13 décembre 2018, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les importations*, WT/DS472 et WT/DS497/R, p. 46, § 5.79.

¹¹³ ORD, rapport du Groupe spécial, 30 août 2017, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les importations*, préc., p. 257, § 7.847.

L'incompatibilité avec l'article 3.1 b) de l'Accord SMC concernait : i) la prescription relative à l'accréditation imposant d'exécuter un nombre minimal d'étapes de fabrication au Brésil; ii) les règles concernant l'accumulation de crédits d'impôt présumés, en ce qui concerne les achats d'intrants stratégiques et outils; et iii) les prescriptions relatives à l'accréditation en ce qui concerne les dépenses et investissements en R&D au Brésil, portant sur l'achat de matériel de laboratoire brésilien. Devant l'Organe d'appel, les allégations du Brésil ont uniquement porté sur les constatations du Groupe spécial concernant les prescriptions relatives à l'accréditation imposant d'exécuter un nombre minimal d'étapes de fabrication au Brésil – lesquelles ont été infirmées – tandis que les autres points n'ont pas été discutés. Voy. ORD, rapport de l'Organe d'appel, 13 décembre 2018, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les importations*, préc., p. 116, § 5.302 et s.

¹¹⁴ Code des douanes de l'Union, préc., articles 210 et s.

douanière intérieure sur le fondement du principe de libre circulation des marchandises, tandis que la frontière externe de l'Union est caractérisée par un système unifié s'agissant des éléments les plus fondamentaux du droit douanier : le tarif, l'origine, la nature...sur la base de règlements douaniers »¹¹⁵. C'est précisément en raison de cette particularité que le droit de l'Union exerce sur la détermination du régime juridique des zones franches, une influence plus poussée que celle exercée par les instruments de droit international précédemment analysés. Ainsi, bien que les Etats demeurent libres de créer ou non des zones franches, le code des douanes de l'Union régit les constructions et activités autorisées en leur sein, la présentation des marchandises et leur placement sous le régime juridique des zones franches, le statut et le régime des marchandises de l'Union et non Union dans de telles zones ainsi que des marchandises sortantes¹¹⁶.

Cela étant dit, l'influence du droit international peut aller encore plus loin, puisqu'il peut être la source directe du régime juridique des zones franches.

B. La détermination directe du régime juridique des zones franches par le droit international

Il ressort de plusieurs instruments internationaux que le droit international est un outil pertinent pour créer des zones franches et déterminer de leur régime juridique. En témoignent notamment l'article 128 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et l'article 8 de la Convention relative au commerce de transit des pays sans littoral qui évoquent tout deux la possibilité pour les Etats de créer des zones franches par la voie d'accords internationaux. Cette possibilité a d'ailleurs été exploitée par les Etats bien avant l'adoption de ces conventions, car dès la fin du 19^e siècle, bon nombre de traités ont été adoptés en ce sens. Ainsi en est-il par exemple du Traité de Versailles de 1919 qui prévoyait le maintien des zones franches dans les ports allemands et en fixait le régime¹¹⁷, de la Convention du 9 novembre 1920 fixant le statut de Dantzig¹¹⁸, de la Convention du 23 juillet 1921 relative au Statut du Danube¹¹⁹, de la Convention du 8 mai 1924 relative au territoire et au port franc de Memel¹²⁰. C'est également par la voie d'instruments internationaux qu'ont été créées les zones franches du Pays de Gex et de la Haute-Savoie¹²¹. Le choix d'avoir recours à des traités internationaux pour régler le sort de ces régions n'est certainement pas un hasard ; il se justifie au regard des circonstances de l'époque. En effet, ces zones franches, qui se trouvent dans des villes portuaires ou dans des régions frontalières, se trouvaient à des endroits politiques ou commerciaux stratégiques.

¹¹⁵ J.-L. ALBERT, « La concurrence douanière », *loc. cit.*, p. 333.

¹¹⁶ Code des douanes de l'Union européenne, préc., articles 243 à 249.

¹¹⁷ Traité de Versailles, 28 juin 1919, articles 328 et s.

¹¹⁸ Convention entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig, 9 novembre 1920, Paris.

¹¹⁹ Convention relative au statut du Danube, 23 juillet 1921, Paris.

¹²⁰ Convention relative au statut du territoire de Memel, 8 mai 1924, Paris, annexe 2, article 13.

¹²¹ Traité de Paris, préc., article 1§ 3 ; Traité de Turin, préc., article 3.

La célèbre affaire des zones franches du Pays de Gex et de la Haute-Savoie qu'a eu à connaître la Cour permanente de Justice internationale (CPJI)¹²² démontre que le régime juridique des zones franches peut être déterminé au niveau international par divers procédés juridiques. A titre liminaire et avant de revenir sur ces procédés, il semble important de rappeler quelques éléments contextuels qui permettent de saisir les enjeux en cause dans la détermination du régime juridique de ces zones franches. Ces zones franches recouvraient en réalité quatre zones franches distinctes tant du point de vue de leur origine juridique que de leur statut juridique. Ce territoire franc comprenait trois « *petites zones* »¹²³, à savoir la zone de Gex, la zone de Saint-Julien (zone sarde) et la zone de Saint-Gingolph, et une « *grande zone* »¹²⁴, à savoir la zone d'annexion du Chablais et de Faucigny. A l'origine de leur création se trouvait le souci de permettre le ravitaillement de la République de Genève qui, après seize années d'annexion à la France recouvrait son indépendance et s'intégrait définitivement dans la Confédération helvétique¹²⁵.

La « *grande zone* » a été instituée par un acte unilatéral de la France lors de l'annexion de la Savoie en 1860, présentant ainsi un intérêt limité pour les développements qui suivront. Les zones franches du Pays de Gex, de Saint-Julien et de Saint-Gingolph, en revanche, ont été créées par des traités internationaux. L'institution de la zone franche du Pays de Gex a résulté du Traité de Paris de 1815 conclu entre la France d'un côté, et l'Autriche, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie, respectivement, de l'autre. La Suisse, unique bénéficiaire de ces zones franches, n'était donc pas partie à ce traité. Les zones de Saint-Gingolph et de Saint-Julien ont, quant à elles, été instituées par le Traité de Turin de 1816 conclu entre le Royaume de Sardaigne et la Suisse. Toutefois, le contexte d'adoption de ce traité était intimement lié à celui du Traité de Paris. En effet, la zone de Saint-Julien se trouvait à la frontière entre la Suisse et le Royaume de Sardaigne, mais ce dernier n'étant pas partie au Traité de Paris, cet accord ne pouvait lui imposer un recul de sa ligne douanière. Le 20 mars 1815, les Etats parties au Traité de Paris ont alors adopté une déclaration par laquelle ils s'engageaient à interposer « *leurs bons offices pour faire obtenir à la ville de Genève un arrondissement convenable du côté de la Savoie* »¹²⁶. Par une note du 11 novembre 1815, la Sardaigne s'engagea vis-à-vis de ces Etats à procéder à cet arrondissement¹²⁷. C'est ainsi qu'elle conclut le Traité de Turin avec la Suisse.

¹²² CPJI, arrêt, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 7 juin 1932, série A/B, fasc. n° 56.

¹²³ J. L'HUILLIER, « L'affaire des zones franches devant la Cour permanente de Justice internationale », *Etudes rhodaniennes*, vol. 8, n° 3-4, 1932, p. 146.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 146-147.

¹²⁶ Déclaration des Puissances relative à la Suisse, 20 mars 1815, article V.

¹²⁷ J. L'HUILLIER, « L'affaire des zones franches devant la Cour permanente de Justice internationale », *loc. cit.*, p. 147.

Le régime juridique de ces trois « petites » zones franches était à l'origine défini par plusieurs conventions commerciales franco-suisse¹²⁸.

A l'issue de la Première Guerre mondiale, ces zones franches ont été remises en question par le Traité de Versailles, dans lequel les parties contractantes considéraient que ces zones « *ne correspond[ai]ent plus aux circonstances actuelles* »¹²⁹ et enjoignaient la France et la Suisse de « *régler entre elles, d'un commun accord, le régime de ces territoires, dans les conditions jugées opportunes par les deux pays* »¹³⁰. Se posait alors la question de savoir si cette disposition abrogeait les zones franches préalablement créées par le Traité de Paris, sachant que la Suisse n'était pas partie à aucun de ces deux traités. La CPJI a répondu par la négative, validant, dans le même temps, la possibilité pour des Etats de créer par un accord international une zone franche dont l'unique bénéficiaire serait un tiers au traité¹³¹.

Il ressort également de cette affaire qu'au niveau international, le régime juridique des zones franches n'est pas forcément défini dans une convention internationale. En effet, le compromis par lequel la France et la Suisse ont demandé à la CPJI de connaître du litige chargeait la Cour de « *régler, pour la durée qu'il lui appartiendra de déterminer, et en tenant compte des circonstances actuelles, l'ensemble des questions qu'implique l'exécution de l'article 435, alinéa 2, du traité de Versailles* »¹³². Autrement dit, il revenait à la Cour de jouer « *un rôle d'arbitre au sens le plus large du terme* »¹³³ et de se substituer aux parties en déterminant le régime économique et douanier qui devait s'appliquer sur le territoire des zones franches. Toutefois, la CPJI a refusé cette mission au motif, d'une part, que les parties avaient, dans le compromis de 1924, subordonné cette partie de l'arrêt à l'approbation des deux parties¹³⁴, ce qui était alors inconciliable avec les articles 59 et 60 de son Statut¹³⁵, et d'autre part, que l'établissement d'un tel régime avait trait seulement à considérations d'ordre purement économique et non à une question de droit¹³⁶. Cela dit, elle a dans le même temps pris soin d'indiquer aux parties une issue possible en proposant une

¹²⁸ Voy. par exemple, le Traité du 14 juin 1881 ou encore la Convention de commerce du 20 octobre 1906.

¹²⁹ Traité de Versailles, préc., article 435.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ CPJI, arrêt, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 7 juin 1932, préc., pp. 145-147.

¹³² Compromis du 30 octobre 1924 entre la France et la Suisse, article 2.

¹³³ J. L'HUILLIER, « L'affaire des zones franches devant la Cour permanente de Justice internationale », *loc. cit.*, p. 154.

¹³⁴ Compromis du 30 octobre 1924 entre la France et la Suisse, article 2 : « *Si l'arrêt prévoit l'importation de marchandises en franchise ou à droits réduits à travers la ligne des douanes fédérales, ou à travers la ligne des douanes françaises, cette importation ne pourra être réglée qu'avec l'assentiment des deux Parties* ».

¹³⁵ Statut de la Cour permanente de Justice internationale, 16 décembre 1920, Genève. Voy. CPJI, arrêt, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 7 juin 1932, préc., pp. 160-162.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 162 et s.

« offre de compromis »¹³⁷. En effet, pendant les débats oraux, l'agent du Gouvernement suisse avait déclaré, au nom de son Gouvernement, que « si les zones étaient maintenues, le Gouvernement fédéral, au cas où la France le désirerait, accepterait de faire régler les conditions des échanges de marchandises entre la zone et la Suisse par des experts, à défaut d'un accord à cet effet entre les Parties »¹³⁸. Dans son dispositif, la Cour a donné acte de cette déclaration au Gouvernement fédéral¹³⁹. La conclusion définitive du compromis était dès lors uniquement subordonnée à l'acceptation de la France, celle-ci devant intervenir dans le délai fixé dans l'offre, à savoir dans les 12 mois suivant le prononcé de l'arrêt¹⁴⁰. Par une note du 27 mai 1933, le Gouvernement français a accepté cette procédure¹⁴¹, donnant ainsi le pouvoir à trois arbitres de fixer le régime juridique applicable dans les zones franches en question, « d'une façon la mieux appropriée aux conditions économiques actuelles »¹⁴². Par conséquent, il ressort de cette affaire que le régime juridique d'une zone franche peut également être fixé, de manière obligatoire, par des arbitres. Une telle hypothèse est particulièrement intéressante, car elle permet d'adapter le régime juridique de la zone aux considérations économiques de chacune des parties.

*

En conclusion, il ressort de cette étude que les instruments internationaux définissent rarement le concept de zones franches, préférant renvoyer aux législations nationales. Ainsi, le droit international n'appréhende pas le concept de zone franche de manière uniforme, et ce, en dépit de l'importance grandissante de ces zones dans la société internationale. Toutefois, ce droit exerce tout de même une réelle influence sur la détermination de leurs régimes juridiques soit en posant un cadre général, soit en étant directement leur source. Pour autant, il est impossible à ce jour de parler d'un « régime juridique international » pour les zones franches.

Cela étant dit, l'absence d'un tel régime, bien qu'elle complique la lecture du concept, n'est en pratique pas problématique. En effet, les régimes douaniers et fiscaux varient sensiblement d'un Etat à l'autre, car ces domaines de compétences sont étroitement liés à la souveraineté de l'Etat. Dès lors, l'absence d'un régime international pour les zones franches laisse une importante marge de manœuvre aux Etats, leur permettant ainsi d'adapter les avantages octroyés dans ces zones en fonction de leurs régimes fiscaux et douaniers de droit commun respectifs.

¹³⁷ J. L'HUILLIER, « Le nouveau régime des zones franches », *loc. cit.*, p. 54.

¹³⁸ CPJI, arrêt, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 7 juin 1932, préc., p. 169.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 172.

¹⁴⁰ Car la Cour considérait cette offre comme « obligatoire pour la Suisse ». CPJI, arrêt, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, 7 juin 1932, préc., p. 170.

¹⁴¹ J. L'HUILLIER, « Le nouveau régime des zones franches », *loc. cit.*, p. 54.

¹⁴² Sentence arbitrale concernant les importations en zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, 1^{er} décembre 1933, II.

RÉSUMÉ

Illustration remarquable de l'ouverture du monde aux échanges internationaux, les zones franches occupent une place centrale dans la mondialisation. Leur étude conduit alors nécessairement à les envisager à travers le prisme du droit international.

Le présent article propose d'analyser la manière dont le droit international public se saisit du concept de zone franche. Ce concept présente la particularité de recouper des réalités, notamment juridiques et économiques, très diverses. Il n'est donc pas surprenant que le droit international ne l'appréhende pas de manière uniforme. Ce concept n'est que rarement défini par les instruments internationaux, ceux-ci préférant renvoyer aux législations nationales. Pour autant, cette branche du droit exerce tout de même une réelle influence sur la détermination des régimes juridiques applicables au sein de ces zones, soit en posant un cadre général, soit en étant directement leur source.

ABSTRACT

Free zones are a centerpiece of globalization and a great example of how the world is approaching international exchanges. International law is thus central to their study. This article analyses the ways in which public international law regulates free zones. Free zones are regulated by heterogenous economic and legal regimes. Unsurprisingly, international law reflects that diversity of regulation. The concept of free zone is but rarely defined in international instruments. Rather, those instruments refer back to domestic law to define free zones. Yet, public international law exercises a real influence on the legal regimes applicable to free zones, sometimes by regulating the framework applicable to them and other times even by being the reason behind their creation.

RESUMEN

Las zonas francas ocupan un lugar central en la globalización, lo que ilustra de forma destacable la apertura del mundo al comercio internacional. Por lo tanto, el estudio de las zonas francas conduce necesariamente a su consideración a través del prisma del derecho internacional.

Este artículo se propone analizar el modo en que el derecho internacional público trata el concepto de zonas francas. Este concepto tiene la peculiaridad de abarcar realidades muy diversas, sobre todo jurídicas y económicas. Por lo tanto, no es sorprendente que el derecho internacional no lo trate de manera uniforme. El concepto se define en contadas ocasiones en los instrumentos internacionales, que prefieren remitirse a la legislación nacional. Sin embargo, esta rama del derecho tiene una influencia real en la determinación de los regímenes jurídicos aplicables en estas zonas, ya sea estableciendo un marco general o siendo su fuente directa.

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Thibaut FLEURY GRAFF

Avec les notes de

**Florian AUMOND, Alexis BOUILLO, Philippe BOU-NADER,
Delphine BURRIEZ, Natalia CHAEVA, Vincent CORREIA, Raphaël COSTA,
Jean-Baptiste DUDANT, Mathilde FRAPPIER, Philippe GOUT, Mira HAMAD,
Arnaud DE NANTEUIL, Hélène DE POOTER, Sixtine MAISONNAVE,
Isabelle MOULIER, Léandre MVE ELLA, Laurent TRIGEAUD**

SOMMAIRE

ARABIE SAOUDITE – YEMEN : Proposition d'un « cessez-le-feu global » soumise à un groupe armé par un Etat-tiers intervenant militairement dans un conflit armé (n°2021/3.38, Ph. B.-N.) ; BIELORUSSIE : Détournement d'un aéronef civil. Le droit aérien international face à ses lacunes (n°2021/3.39, V.C.) ; CHINE : Objets et débris spatiaux : responsabilité et rentrée incontrôlée dans l'atmosphère (n°2021/3.40, S.M.) ; CIRDI – CNUDCI : Adoption d'un code de conduite pour les arbitres (n°2021/3.41, A.d.N.) ; COREE DU NORD – COREE DU SUD – ETATS-UNIS : De la K-Pop à la marche militaire (n°2021/3.42, R.C.) ; ETATS-UNIS : Levée des sanctions à l'encontre du personnel de la Cour pénale internationale (n°2021/3.43, J.-B.D.) ; ETATS-UNIS – RUSSIE : Nouvelles sanctions américaines contre la Russie (n°2021/3.44, N.C.) ; ETATS-UNIS – SYRIE – IRAN : Frappe militaire ciblée des Etats-Unis en Syrie du 25 février 2021 (n°2021/3.45, A.B.) ; ETHIOPIE : Conflit armé du Tigré : échec d'un cessez-le-feu et implications juridiques de la crise humanitaire (n°2021/3.46, Ph.G.) ; FOND MONETAIRE INTERNATIONAL – BANQUE MONDIALE : Initiative de suspension du service de la dette des pays les plus vulnérables face à la pandémie (n°2021/3.47, M.F.) ; FRANCE (Guyane française) – SURINAME : Signature du « Protocole en vue de délimiter la frontière entre la Guyane française et le Suriname sur le Maroni et la Lawa » (n°2021/3.48, F.A.) ; FRANCE – MALI : Opération Barkhane : rapport de la MINUSMA sur l'opération aérienne française près du village de Bounty (n°2021/3.49, L.T.) ; FRANCE – SYRIE : Enquêtes et poursuites judiciaires intentées en France à l'égard des crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en Syrie (n°2021/3.50, I.M.) ; IRAK : Visite apolistique du Pape François (n°2021/3.51, L.T.) ; ISRAEL – LIBAN : Le Liban affiche sa volonté d'élargir ses revendications en Méditerranée (n°2021/3.52, M.H.) ; ISRAEL – PALESTINE : Tirs de roquettes de la bande de Gaza, « représailles » israéliennes et décision de la CPI sur sa compétence en Israël et les territoires palestiniens occupés (n°2021/3.53, M.H. & Ph. B.N.) ; LIBYE : Le Conseil de sécurité soutient le mécanisme de cessez-le-feu et appelle au retrait des forces étrangères et des mercenaires (n°2021/3.54, L.M.E.) ; MAROC – SAHARA OCCIDENTAL : Et si le vent tournait ? (n°2021/3.55, D.B.) ; ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE : Vers un traité sur les pandémies ? (n°2021/3.56, H.D.P.) ; RUSSIE – CHINE – ETATS-UNIS : Extension lunaire du domaine de la lutte (n°2021/3.57, R.C.) ;

R.G.D.I.P. 2020-3

ARABIE SAOUDITE – YÉMEN

Proposition d'un « cessez-le-feu global » soumise à un groupe armé par un Etat-tiers intervenant militairement dans un conflit armé

2021/3.38 – Le 22 mars 2021, après six ans presque jour pour jour depuis son intervention armée au Yémen, l'Arabie saoudite proposa un « cessez-le-feu global dans tout le pays sous la supervision des Nations Unies » au groupe armé yéménite Ansar Allah, autrement connu sous l'appellation courante des « Houthis » (« L'Arabie saoudite propose un cessez-le-feu aux rebelles houthis », *L'Orient-Le-Jour*, 22 mars 2021). Ce groupe armé a immédiatement refusé cette proposition et un de ses porte-paroles, Mohammed Abdelsalam, aurait affirmé que « l'Arabie Saoudite doit annoncer la fin de l'agression et lever complètement le blocus car mettre en avant des idées discutées depuis plus d'un an n'a rien de nouveau » (« Yémen : l'Arabie saoudite propose un cessez-le-feu aux rebelles Houthis, qui le rejettent », *Franceinfo*, 22 mars 2021). Cet énième épisode du conflit armé au Yémen, souvent qualifié par la presse internationale et certaines organisations internationales et non-gouvernementales d'une des pires crises humanitaires depuis des décennies (D. RICH, « Guerre au Yémen : un drame humanitaire à huis clos », *France24*, 27 janvier 2021), pose des problématiques juridiques liées (i) au phénomène des interventions sur invitation du gouvernement de l'Etat sur le territoire duquel un conflit armé a lieu et (ii) à la capacité de négocier un cessez-le-feu ou un traité de paix.

De la licéité conditionnelle d'une intervention sur invitation. Un très bref retour sur le début et les dates clés du conflit armé au Yémen est nécessaire afin de comprendre l'implication de l'Arabie saoudite dans ces événements. Le Président yéménite Abdrabbo Mansour Hadi [« Président Hadi », dans ce qui suit] avait été élu le 21 février 2012 pour un mandat devant s'étaler jusqu'à janvier 2014. Son élection avait été le fruit d'un compromis, sous l'égide et le parrainage de Riyad, entre lui et l'ancien Président Ali Abdallah Saleh [« Président Saleh », dans ce qui suit] qui ne voulait pas quitter le pouvoir sans certaines garanties de nature politico-sécuritaires. Le mandat du Président Hadi fut néanmoins prolongé jusqu'en février 2015. A de telles tensions entre les clans des présidents Hadi et Saleh s'ajoutait une sorte de conflit armé larvé entre le gouvernement de Sanaa et les Houthis qui, depuis 2004, revendiquaient une répartition plus équitable du pouvoir et des richesses, se sentant marginalisés depuis l'unification du Yémen en 1990.

Les Houthis ayant enregistré de nombreuses avancées opérationnelles et ses forces armées étant en mauvaise posture, le Président Hadi présenta sa démission le 22 janvier 2015. Cette dernière fut ensuite rejetée par le Président du Parlement yéménite, Yahya Ali A Raie. Le Parlement lui-même devait statuer sur cette démission le 25 janvier 2015 mais la séance fut reportée. Le 31 janvier 2015, alors qu'il était en résidence surveillée par les Houthis, le Président Hadi annonça « refuser de renoncer » à sa démission sous la menace des armes. Le 21 février 2015, après que le Parlement eut officiellement refusé sa démission, le Président Hadi quitta la capitale yéménite Sanaa pour la ville d'Aden. Il ne tarda pas à y annoncer qu'il était le « Président en exercice », qu'il « renonçait à présent à démissionner » - en d'autres termes, qu'il retirait sa démission -, et que les actions des Houthis étaient « nulles et non avenues ». Il envoya même le 24 février 2015 une lettre au Parlement l'informant qu'il renonçait à démissionner. Enfin, le 25 mars 2015, des membres de son entourage annoncèrent que le Président Hadi avait quitté Aden et il fut révélé plus tard qu'il se rendit en Arabie Saoudite sous une escorte des Forces armées saoudiennes. Lui et son gouvernement resteront en exil à Riyad jusqu'à novembre 2015.

Le Président Hadi aurait adressé une lettre aux dirigeants des Etats membres du Conseil de Coopération du Golfe le 24 mars 2015, alors qu'il se serait trouvé en Arabie Saoudite, demandant à ces derniers, « sur la base du principe de légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et sur la base de la Charte de la Ligue arabe et du traité de défense arabe conjointe, à fournir un soutien immédiat par tous les moyens nécessaires, y compris une intervention militaire, pour protéger le Yémen et son peuple contre l'agression continue des Houthis et dissuader l'attaque prévue de se produire à tout instant contre la ville d'Aden et le reste des régions du Sud [...] » (voir Annexe 1 : la traduction libre de cette lettre de l'arabe au français).

Nous notons que :

- Premièrement, cette lettre ne semble pas avoir été rendue publique dans sa forme originale et les seules versions disponibles sont des retranscriptions qui se retrouvent en ligne dans des médias régionaux ou locaux, pour la totalité d'entre eux aux capitales étatiques et non indépendants ;

- Secondement, les dates exactes de la fuite du Président Hadi et de l'envoi de sa lettre demeurent incertaines et ne peuvent être établies par une analyse indépendante des faits.

Or, l'Opération « Tempête décisive », lancée par l'Arabie saoudite dirigeant une coalition militaire composée d'un nombre limité d'Etats – Emirats Arabes Unis, Bahreïn, Jordanie, Qatar, Maroc, Egypte, Koweït, Soudan – débuta la nuit du 25 mars 2015, le lendemain de l'envoi de la supposée lettre du Président yéménite. Une telle proximité entre la date d'envoi de la lettre et celle du déclenchement des opérations de la coalition militaire et la présence du Président Hadi sur le territoire saoudien lors de l'envoi de cette lettre posent la question de savoir si l'invitation yéménite fut librement émise par son auteur ou si elle fut un subterfuge pour conférer une couverture légale à ce qui serait autrement qualifié d'agression ? En tout état de cause, si cette lettre fut librement rédigée, approuvée et envoyée par le Président Hadi, ce dernier avait-t-il la capacité d'émettre une telle invitation ?

« That consent may validate an otherwise wrongful military intervention into the territory of the consenting state is a generally accepted principle » (David Wippman, *Duke Journal of Comparative and International Law*, « Military Intervention, Regional Organizations, and Host-State Consent », 1996, Vol. 7, p. 209). La licéité d'une telle intervention sur invitation dépendra néanmoins de l'identité de l'autorité qui l'émet et de la nature de la demande soumise à l'Etat intervenant et de la forme que cette demande a adopté.

(1) La doctrine admet qu'un gouvernement reconnu internationalement et qui « controls the political apparatus and most of the territory of the State » a l'autorité nécessaire pour inviter un Etat tiers à intervenir militairement sur son territoire (L. HENKIN, « Use of Force : Law and U.S. Policy », in R. V. *Might, International Law and the Use of Force*, 1991, 2^{ème} édition, p. 63). La Cour internationale de justice affirma aussi dans l'Affaire Nicaragua de 1986 qu'une telle invitation est en général « allowable [...] at the request of the government of a State » (CIJ, Affaire Nicaragua, 1986, p. 127). Néanmoins, dans le cas yéménite, la démission puis la renonciation de cette démission par le Président Hadi brouille l'analyse. En effet, devons-nous le considérer comme étant Président en exercice lors de la rédaction de cette lettre ou, au contraire, comme un Président démissionnaire et donc plus à même d'émettre une telle requête ? Deux interprétations des

faits de l'espèce sont possibles à ce niveau de l'analyse : la première interprétation consiste à considérer le Président Hadi comme ayant eu l'autorité nécessaire pour émettre son invitation puisqu'il adressa une lettre au parlement le 24 février 2015, presque un mois jour pour jour avant la date de la lettre, lui annonçant qu'il renonçait à démissionner ; la seconde interprétation consiste à considérer le Président Hadi comme n'ayant pas eu l'autorité nécessaire pour émettre son invitation puisque son gouvernement ne semble pas avoir eu le contrôle du « political apparatus and most of the territory of the State » à la date d'envoi de l'invitation.

De plus, le consentement émis par le représentant du Yémen risque d'être perçu comme ayant été émis sous la contrainte. Un faisceau d'indices – exposé plus haut et qui inclut la date et le lieu d'envoi de la lettre du Président Hadi – semblent en effet valider cette thèse. Or, l'article 51 de la Convention de Vienne sur les Traités dispose que « l'expression du consentement d'un Etat à être lié par un traité qui a été obtenue par la contrainte exercée sur son représentant au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre lui est dépourvue de tout effet juridique ». Reste néanmoins à savoir si une telle opération – la requête d'une intervention armée et l'acceptation de cette dernière – constitue un traité en droit international. La doctrine internationaliste en la matière reste indéterminée. Néanmoins, de telles requêtes et leur acceptation sont en général suivis d'accords militaires qui organisent les interventions à venir. De tels accords semblent quant à eux jouir du statut de traité internationaux.

(2) Quant à sa nature, la demande ne peut consister à requérir de l'intervenant de commettre un crime international – un génocide contre une partie de son peuple par exemple ou le soutien à une politique d'apartheid ou de colonisation – et doit présenter une demande claire et certaine – et non une quelconque insinuation. Le Rapport du Comité Spécial sur le Problème de la Hongrie, GAOR, dans sa 11^{ème} session suite à l'intervention de l'URSS en Hongrie en 1956 affirma par exemple que « *the act of calling in the forces of a foreign State for the repression of internal disturbances is an act of so serious a character as to justify the expectation that no uncertainty should be allowed to exist regarding the actual presentation of such a request by a duly constituted Government* ». Cette condition de clarté permet aussi à l'Etat intervenant de se prémunir contre toute accusation ultérieure de violation de l'article 20 des Articles sur la responsabilité internationale des Etats, ce dernier disposant que « le consentement valide de l'Etat à la commission par un autre Etat d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier Etat pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement ». L'invitation yéménite semble respecter ces conditions. Premièrement, la lutte armée organisée par les Houthis ne semble pas être une lutte de libération nationale ou contre un quelconque apartheid. L'invitation émise par le Président Hadi n'est en outre pas celle de commettre un crime international. Enfin, cette lettre est rédigée de façon claire et émet nettement la demande du gouvernement yéménite et son besoin de soutien militaire. Sur sa nature donc, l'invitation yéménite semble être valable.

La capacité de négocier un cessez-le-feu ou un traité de paix. Les récents développements au Yémen mettent aussi en exergue la problématique de la capacité à négocier – à offrir et accepter – un cessez-le-feu. L'Arabie Saoudite agissant au Yémen suite à la demande supposément émise par le Président yéménite, est-elle compétente pour soumettre cette offre de cessez-le-feu ? Le Président Hadi n'est-il pas la seule autorité compétente en la matière ?

Répondre à de telles questions nécessite de distinguer entre un cessez-le-feu et un traité de paix. Un cessez-le-feu est une « cessation des hostilités à partir d'un moment déterminé et pour une durée limitée ou illimitée » (J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, 2001, p. 160). Au contraire, un traité de paix prend en général la forme d'un texte écrit signé par des parties à un conflit armé et qui a pour but de mettre fin aux hostilités pour une durée illimitée.

Or, la proposition saoudienne faite aux Houthis utilise le terme « cessez-le-feu global », brouillant donc l'étendue de l'accord qu'elle tenterait de conclure avec le groupe armé yéménite. S'agit-il d'un cessez-le-feu, dans son sens le plus strict, ou d'une sorte de proposition de conclure une paix plus durable ? Dans le cas où l'Arabie Saoudite entendait ne proposer qu'un cessez-le-feu, Riyad semble avoir la capacité nécessaire pour un tel acte, les forces saoudiennes étant impliquées directement sur le terrain des hostilités – sans toutefois qu'un tel cessez-le-feu entre Riyad et les Houthis implique ou oblige automatiquement les autres Parties à la coalition, et la coalition elle-même, à faire partie de cet arrangement.

Néanmoins, si Riyad entendait proposer la conclusion d'une paix, un acte de nature juridique différente qu'un simple cessez-le-feu, il semblerait qu'une telle proposition ne soit licite que si elle émane du gouvernement légal de l'Etat sur le territoire duquel le conflit armé a lieu – en l'occurrence, le gouvernement yéménite. L'imposition d'un traité de paix à un Etat ayant invité un autre à intervenir militairement sur son territoire serait en effet une violation du principe de non-intervention (« Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats », Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1981, A/RES/36/103).

PH. B.-N.

BIÉLORUSSIE

Déroutement d'un aéronef civil. Le droit aérien international face à ses lacunes

2021/3.39 – Le 23 mai 2021, le vol commercial Ryanair FR4978 reliant Athènes (Grèce) à Vilnius (Lituanie) a été intercepté par un aéronef militaire, alors qu'il se trouvait au-dessus de l'espace aérien biélorusse. Passées les premières minutes de confusion, il a rapidement été rapporté dans les médias que cette interception était motivée par la volonté d'arrêter Roman Protassevitch, opposant politique au régime du Président biélorusse Alexandre Loukachenko. L'appareil se trouvait, en effet, à seulement 83 km de sa destination finale lorsqu'il a été dérouté vers l'aéroport de Minsk, situé à 170 km de là. Les informations relayées par la presse ont initialement été contradictoires, certains médias faisant état d'une bagarre éclatée entre des membres d'équipage et des passagers, qui se révéleront être des agents des services de sécurité biélorusses, affirmant qu'une bombe se trouvait à bord (v. par ex., « La Biélorussie dérouté un vol Ryanair pour arrêter un opposant qui se trouvait à bord », *Le Parisien*, 23 mai 2021). Cette allégation de menace d'attentat à la bombe a, par la suite, été reprise et a justifié, pour les autorités biélorusses, l'envoi d'un chasseur MiG-29 qui, s'il est resté à distance raisonnable de l'appareil civil, lui a néanmoins intimé l'ordre de se dérouter vers l'aéroport de Minsk. Le commandant de bord n'a eu d'autre choix que celui d'obtempérer et les fouilles de l'appareil, réalisées dans ce même aéroport, ont révélé que l'alerte à la bombe n'était pas fondée, car aucun

engin explosif n'a été retrouvé. Alors que les passagers ont été finalement autorisés à rembarquer dans l'appareil pour se rendre vers leur destination finale, Roman Protassevitch et au moins une autre personne l'accompagnant ont été contraints de rester en Biélorussie, l'opposant étant arrêté par les autorités de ce pays. Il reste à ce jour en détention et est depuis lors « passé aux aveux » (v. par ex. « Ce que l'on sait sur le détournement d'un avion par la Biélorussie pour arrêter un opposant », *L'Express*, 25 mai 2021).

Les condamnations des dirigeants occidentaux ont été pratiquement unanimes. Angela Merkel a notamment déclaré que « *we have seen a forced landing that led to the arrest [...]. All other explanations for the landing of this Ryanair flight are completely implausible* » (« *Angela Merkel says Belarus' story "completely implausible"* », *Deutsche Welle*, 24 mai 2021). Jean-Yves Le Drian a pour sa part qualifié cette action d'« inacceptable », alors que le Premier ministre polonais fustigeait un « terrorisme d'Etat » (« Biélorussie : un avion Ryanair forcé à atterrir à Minsk pour permettre l'arrestation d'un opposant », *RTBF*, 23 mai 2021). Dans le brouhaha politico-médiatique qui s'en est suivi, l'interception a reçu diverses qualifications, notamment de « détournement » pour les uns (« La Biélorussie en accusation après le détournement d'un avion de Ryanair », *Le Figaro*, 25 mai 2021) ou de « piraterie d'Etat » pour les autres (« Détournement d'un vol Ryanair : Breton accuse la Biélorussie de "piraterie d'Etat" », *Le Parisien*, 31 mai 2021). Les critiques ont non seulement porté sur les motivations apparemment politiques de cette intervention, mais également sur la mise en danger potentielle des passagers. Elles ont surtout révélé au plus grand nombre une évidence pour les spécialistes du secteur aérien : les vols internes au marché intérieur de l'Union européenne restent, sous l'angle du droit international, des vols internationaux pouvant emprunter des portions d'espace aérien situées au-dessus du territoire d'Etats tiers, avec les risques d'interférences politiques que cela peut impliquer. C'est pourquoi, très rapidement, l'Union européenne s'est saisie du dossier. Le Conseil européen, dans ses conclusions des 24 et 25 mai 2021 faisant suite à une réunion extraordinaire, a ainsi exigé « que Raman Pratashevitch et Sofia Sapega soient immédiatement libérés, et que leur liberté de circulation soit garantie » et demandé « à tous les transporteurs établis dans l'UE d'éviter le survol de la Biélorussie » (Conseil, 25 mai 2021, Réunion extraordinaire du Conseil européen (24 et 25 mai 2021) – Conclusions, EUCO 5/21, 6 pp., pp. 2-3). L'Union a par la suite imposé, le 21 juin 2021, une nouvelle série de sanctions à l'encontre du régime biélorusse (voy. les Règlements (UE) 2021/996, 2021/997, 2021/999, 2021/1030 et les Décisions (PESC) 2021/1001, 2021/1002, 2021/1030 et 2021/1031), dans le sillage des mesures déjà adoptées depuis 2012 (voy. la Décision 2012/642/PESC) et renforcées à la suite des élections présidentielles contestées d'août 2020. Elle a également, entre-temps, interdit l'accès à l'espace aérien européen aux transporteurs biélorusses, en insérant un article 2 bis à la décision 2012/642/PESC qui dispose que :

« 1. Les Etats membres refusent à tout aéronef exploité par des transporteurs aériens biélorusses, y compris en tant que transporteur contractuel, la permission d'atterrir sur leur territoire, d'en décoller ou de le survoler, conformément à leurs dispositions réglementaires et législatives nationales et dans le respect du droit international, en particulier les accords pertinents dans le domaine de l'aviation civile internationale.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas en cas d'atterrissage d'urgence ou de survol d'urgence.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas dans le cas où l'Etat membre ou les Etats membres concernés déterminent qu'un atterrissage, un décollage ou un survol est nécessaire à des fins humanitaires ou à toute autre fin compatible avec les objectifs de la présente décision. En pareil cas, l'Etat membre ou les Etats membres concernés informent les autres Etats membres et la Commission ».

L'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) a, pour sa part, décidé d'ouvrir une enquête à la fin du mois de mai 2021. Elle prévoit de publier un rapport officiel pour le mois de septembre de cette même année, alors qu'un rapport préliminaire circule actuellement auprès des gouvernements. Cela souligne, sur le terrain du droit, la première urgence : établir les faits de manière certaine, avant même de pouvoir envisager les conséquences juridiques de l'intervention contestée.

De prime abord, toutefois, force est de constater que ce qui s'est passé dans le ciel biélorusse a toutes les apparences de l'acte illicite, nonobstant les nombreux errements de la presse et des responsables politiques à l'heure de qualifier les faits. Quand bien même la majorité des commentateurs a employé le terme de « détournement », celui-ci semble dans tous les cas inapproprié au regard des notions employées en droit aérien. Dans les instruments internationaux relatifs à l'aviation civile, le détournement est normalement le fait d'un individu qui se livre à un acte de piraterie aérienne, ou pour reprendre la terminologie officielle introduite pour la première fois par la Convention de Tokyo de 1963, à un acte de « capture illicite d'aéronef » (article 11). Or, la Convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs définit clairement cette infraction comme étant le fait de « toute personne qui, à bord d'un aéronef en vol, (a) illicitement et par violence ou menace de violence s'empare de cet aéronef ou en exerce le contrôle ou tente de commettre l'un de ces actes, ou (b) est le complice d'une personne qui commet ou tente de commettre l'un de ces actes » (article 1^{er}). Dans le cas du vol FR4978, il pourrait certes être argué que les agents des services de sécurité biélorusses ont tenté de « prendre le contrôle » de ce vol pour l'obliger à se dérouter vers Minsk. Toutefois, une telle interprétation contreviendrait à l'interprétation classique de ces instruments internationaux, pour lesquels la notion de prise de contrôle implique généralement de « prendre les commandes » ou de tenter de le faire (V. de manière générale, R. H. MANKIEWICZ, « Capture et déroutements illicites d'aéronefs », *AFDI*, 1969, n° 15, pp. 462-489), ce qu'ils n'ont de toute évidence pas essayé. De surcroît, ce n'est pas la bagarre, avérée ou non, qui a justifié le déroutement de l'appareil, mais bien les indications données par les autorités biélorusses et l'intervention de la chasse militaire. N'étant pas, par définition, à bord du vol Ryanair, le pilote du MiG-29 et ses actions ne nous semblent pas relever de la qualification de « capture illicite d'aéronefs » ou de « détournement ». En revanche, l'appareil a bel et bien été « dérouté », dans la mesure où sa trajectoire a été modifiée sur ordre des autorités biélorusses. La question fondamentale sur le terrain du droit concerne donc la licéité de l'interception et du déroutement subséquent au regard du droit international.

Au-delà des formules outrées employées par les responsables politiques et les médias, il convient d'insister sur le principe cardinal du droit aérien international, à savoir le principe de souveraineté aérienne « complète et exclusive » conformément à l'article 1^{er} de la Convention de Chicago de 1944. De ce principe découle l'ensemble du droit international de l'aviation civile : l'Etat considéré peut autoriser ou non les appareils à survoler son territoire, définir les conditions applicables et il peut aussi décider dans

certaines conditions de l'interception des aéronefs. En d'autres termes, l'interception d'un aéronef civil par les autorités de l'Etat survolé n'est pas *ipso facto* contraire au droit international public, lequel reconnaît justement sa souveraineté sur l'espace aérien « surjacent » à son territoire. Plus spécifiquement, le droit de survoler, sans y atterrir, le territoire d'un Etat n'est pas consacré par la Convention de Chicago, laquelle n'a pas entendu consacrer le « droit de passage inoffensif » que l'on retrouve notamment en droit de la mer. Ce droit est, certes, octroyé de manière multilatérale en vertu de l'accord dit « de transit » adopté le même jour que la Convention de Chicago (Accord relatif au transit des services aériens internationaux, signé à Chicago le 7 décembre 1944), mais la Biélorussie ne figure pas parmi les Etats signataires dudit accord. Par voie de conséquence, les droits de survol de ce pays sont régis par des accords bilatéraux. Dans le cas d'espèce, il ne fait aucun doute que le vol FR4978 était autorisé à survoler l'espace aérien biélorusse, la violation de la frontière aérienne n'ayant jamais été invoquée par cet Etat. Il convient toutefois d'insister sur le fait que, dans l'hypothèse où un tel droit de survol n'aurait pas été octroyé, la Biélorussie aurait été entièrement dans son bon droit à l'heure d'intercepter et de dérouter l'aéronef en question, au nom justement de sa souveraineté. De la même manière, lorsque le droit de survol est accordé, l'interception de vols civils par des aéronefs militaires reste permise, notamment lorsque l'Etat survolé a établi des « zones interdites » (Convention relative à l'aviation civile internationale, art. 9).

En dehors du cas spécifique des zones interdites, l'article 3 *bis*, b) de la Convention de Chicago dispose sans ambiguïté que « chaque Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, est en droit d'exiger l'atterrissage, à un aéroport désigné, d'un aéronef civil qui, sans titre, survole son territoire ou s'il y a des motifs raisonnables de conclure qu'il est utilisé à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention; il peut aussi donner à cet aéronef toutes autres instructions pour mettre fin à ces violations ». Cet article 3 *bis* ayant été adopté après le précédent dramatique du vol KE 007 abattu par la chasse soviétique à proximité des îles Kouriles (voy. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « L'affaire de l'accident du Boeing 747 de Korean Airlines », *AFDI*, 1983, vol. 29, pp. 749-772 ; G. GUILLAUME, « La destruction, le 1^{er} septembre 1983, de l'avion des Korean Airlines (vol KE 007) », *RFDAS*, 1984, vol. 38, n° 3, pp. 215-227 et M. G. FOLLIOU, « Décisions unilatérales et recours à la force, une tendance inquiétante dans les relations aériennes internationales », *RFDAS*, 1986, vol. 40, n° 3, pp. 323-335, p. 327), il prévoit néanmoins des conditions strictes pour qu'une telle interception soit autorisée. L'article 3 *bis*, a) dispose, en effet, que « les Etats contractants reconnaissent que chaque Etat doit s'abstenir de recourir à l'emploi des armes contre les aéronefs civils en vol et qu'en cas d'interception, la vie des personnes se trouvant à bord des aéronefs et la sécurité des aéronefs ne doivent pas être mises en danger. Cette disposition ne saurait être interprétée comme modifiant de quelque manière que ce soit les droits et obligations des Etats en vertu de la Charte des Nations Unies ». Dans la mesure où l'article 3 *bis* opère un renvoi à la Charte des Nations Unies, les Etats peuvent toujours se prévaloir du droit de légitime défense de l'article 51 de la Charte, face à un acte d'agression, mais la réaction doit être nécessaire et proportionnée. Par voie de conséquence, i) l'interception d'un aéronef civil n'est pas interdite par le droit aérien international, mais ii) elle ne peut intervenir qu'en présence de motifs raisonnables laissant penser que l'appareil constitue un danger et, iii) elle ne doit pas conduire à mettre en danger la sécurité des personnes se trouvant à bord. Quant au dernier aspect, l'Annexe 2 à la Convention de Chicago prévoit à sa norme 3.8.1 que « l'interception des aéronefs civils sera régie par des règlements et directives administratives appropriés émis par les Etats

contractants » tenant « dûment compte des dispositions de l'Appendice 1, section 2, et de l'Appendice 2, section 1 » de ladite Annexe. L'Appendice 1 détaille les signaux devant être employés par l'aéronef intercepteur comme par celui qui est intercepté, alors que l'Appendice 2 précise les conditions dans lesquelles doivent se dérouler les interceptions. Il est ainsi indiqué que « l'interception des aéronefs civils ne sera entreprise qu'en dernier ressort » (point 1.1. a) et uniquement pour « déterminer l'identité de l'aéronef, à moins qu'il soit nécessaire de remettre l'aéronef sur sa trajectoire prévue, de lui indiquer la direction à suivre pour sortir des limites de l'espace aérien national, de le conduire hors d'une zone réglementée ou de lui ordonner d'atterrir à un aérodrome désigné ». L'aéronef intercepté n'a, pour sa part, pas le choix : il doit « suivre les instructions de l'aéronef intercepteur » (point 2.1.a). Dès lors, une interception visant à ordonner à un aéronef d'atterrir sur un aérodrome désigné, comme cela s'est passé dans le cas du vol Ryanair, n'est pas dans l'absolu contraire au droit aérien international, sous réserve que les motifs justifiant cette décision soient raisonnables.

C'est bien entendu sur le terrain du caractère raisonnable du détournement que l'essentiel des débats juridiques va se dérouler, une fois que les faits auront été attestés de manière certaine. Si les autorités biélorusses apportent la preuve incontestable de la réalité de l'alerte à la bombe – au-delà du seul e-mail apparemment reçu postérieurement à l'interception de l'aéronef (voy. « Vol Ryanair 4978 : Les limites de la Convention de Chicago », *Le blog du club des juristes*, 2 juillet 2021) –, leur action pourra être considérée comme licite au regard du droit aérien international. Dans l'hypothèse où la Biélorussie aurait agi de bonne foi, sur le fondement d'éléments tangibles et crédibles, elle apparaîtrait totalement en droit d'ordonner à l'aéronef de se détourner vers l'aéroport de Minsk : les autorités ont en effet fait état d'une menace formulée par le Hamas, selon laquelle la bombe serait déclenchée à son arrivée à Vilnius. Dans un tel cas de figure, le détournement vers Minsk pourrait sembler raisonnable, afin justement d'éviter Vilnius, et ce ne serait que par un (mal)heureux hasard que les autorités de ce pays auraient appréhendé à cette occasion des personnes recherchées. Il a en effet été rapporté qu'après avoir été débarqués, les passagers ont été soumis à des formalités de contrôle menées par la police aux frontières. Cela déplacerait certes le débat sur le terrain de la légitimité des incriminations retenues à leur égard, mais le droit aérien international est sur ce point impuissant, à l'exception peut-être de l'article 4 de la Convention de Chicago qui dispose que « *chaque Etat contractant convient de ne pas employer l'aviation civile à des fins incompatibles avec les buts de la présente Convention* ». De plus, s'agissant d'un vol international, l'Annexe n° 9 à la Convention de Chicago précise que les passagers doivent être considérés comme en transit et ne pas avoir à subir de contrôles par la police aux frontières (norme 3.54), mais uniquement « *lorsque des installations appropriées le permettent* ». Or, il y a fort à parier que la Biélorussie soutienne que lesdites installations n'étaient pas disponibles et/ou prévues. En d'autres termes, si un motif raisonnable ayant conduit au détournement de l'appareil est finalement établi, les autres arguments tirés du droit aérien international se révéleront pour le moins ténus, pour ne pas dire inefficaces. En revanche, si les preuves apportées sur le terrain de la menace d'attentat à la bombe se révèlent insuffisantes, l'interception devrait être considérée comme contraire au droit aérien international, au regard de l'article 3 bis de la Convention de Chicago et de son Annexe 2 plus particulièrement. De surcroît, dans l'hypothèse où la Biélorussie aurait agi *bona fide*, mais sur la base d'informations erronées, se trouverait inéluctablement posée la question de la responsabilité pénale de la personne ayant communiqué cette fausse alerte à la

bombe. La Convention de Montréal sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale dispose en effet que « commet une infraction pénale toute personne qui illicitement et intentionnellement : [...] communique une information qu'elle sait être fausse et, de ce fait, compromet la sécurité d'un aéronef en vol » (article 1^{er}, e). Mais encore faudrait-il pouvoir identifier l'auteur de l'alerte à la bombe, sans exclure que celui-ci ne soit pas un terroriste, mais plutôt un agent gouvernemental. Dans ce dernier cas de figure, le droit aérien international serait, de nouveau, bien impuissant.

En l'absence de certitude quant à certains éléments factuels, l'illicéité de l'intervention des autorités biélorusses ne peut être affirmée de manière définitive, nonobstant les nombreux soupçons suscités par le déroulement de cette affaire. De nombreuses zones d'ombre subsistent, lesquelles sont révélatrices des lacunes mêmes du droit aérien international. Construit autour du principe de souveraineté aérienne, il n'envisage que trop peu les situations où ce sont les Etats eux-mêmes qui attentent au bon déroulement des opérations de transport aérien international. Alors même que l'OACI diligente actuellement une enquête, de sérieux doutes peuvent être exprimés quant à ses éventuelles conséquences, dans l'éventualité où les agissements biélorusses seraient effectivement considérés comme incompatibles avec le droit aérien international. A l'instar des mesures adoptées par l'Union européenne, les sanctions internationales risquent fort de se révéler inefficaces. L'on voit mal comment la communauté internationale pourrait contraindre la Biélorussie à libérer Roman Protassevitch et ses accompagnants au seul moyen du droit aérien. La procédure de règlement des différends, prévue à l'article 84 de la Convention de Chicago, reste hautement politique et, en cas d'appel, la Biélorussie n'a toujours pas reconnu la compétence de la Cour internationale de justice. De manière générale, qu'il nous soit permis de douter de la volonté même de cet Etat de se soumettre à la procédure de règlement des différends. Quelle en serait la sanction ? Une potentielle suspension de ses droits de vote à l'Assemblée de l'OACI, conformément à l'article 88 de la Convention de Chicago. Cette menace serait-elle suffisante pour forcer un Etat à libérer des opposants politiques ? Cela semble plus qu'incertain. De plus, ce pays est déjà largement en autarcie, car tourné presque exclusivement vers son voisin russe. Les sanctions économiques ne peuvent que marginalement affecter ses échanges et des restrictions en termes de relations aériennes peuvent se révéler dangereuses sur le long terme. Il ne faut en effet pas perdre de vue que les rédacteurs de la convention de Chicago ont pensé le droit aérien comme un moyen d'« aider à créer et à préserver entre les nations et les peuples du monde l'amitié et la compréhension ». Si sont adoptées des sanctions conduisant à isoler plus encore ce pays, la principale victime n'en sera pas le régime, mais bien sa population. En cela, le déroutement du vol Ryanair FR4978 peut apparaître comme un coup de maître de la part d'Alexandre Loukachenko. Le message envoyé aux opposants politiques exilés est particulièrement terrifiant : leur présence dans l'Union européenne n'est pas un gage de leur soustraction aux griffes du pouvoir de Minsk. De plus, si les Occidentaux fustigent une action à leurs yeux illégale, ils disposent de très peu de moyens de contrainte à l'égard du régime biélorusse, mettant au jour leur impuissance. Enfin, en adoptant des sanctions, ils isolent plus encore ce pays, au risque de conforter un régime qui repose justement sur le contrôle de sa population.

V.C.

CHINE

**Objets et débris spatiaux :
responsabilité et rentrée incontrôlée dans l'atmosphère**

2021/3.40 – L'étape principal du lanceur *Long March 5B*, l'élément clé du programme spatial chinois chargé de placer en orbite le premier module de la future station spatiale chinoise, s'est désintégré au-dessus de l'océan Indien, le dimanche 9 mai 2021, au terme d'une semaine de suspens largement médiatisée (« Le premier étage de la fusée chinoise Longue-Marche finit sa course dans l'océan Indien », *Courrier international* du 9 mai 2021). Si l'amerrissage de cet objet de 21 tonnes n'a provoqué aucun dommage au cours de sa chute incontrôlée, il n'est pas sans pertinence au regard du droit international. Soulevant la question de la responsabilité internationale, il est l'aspect visible d'un enjeu aussi complexe qu'inquiétant, appelant des réponses juridiques effectives et urgentes : celui de la maîtrise et de la réduction des débris spatiaux.

La République populaire de Chine est tenue au respect du Traité de l'espace de 1967 dont l'adhésion date de 1983 et de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (ST/SPACE/11), ratifiée l'année suivante. Ladite Convention, en étendant les dispositions du Traité de l'espace, introduit un double système de responsabilité internationale fondé sur le lieu de survenance du dommage, et ce en dépit de l'absence problématique de délimitation entre l'espace extra-atmosphérique et l'espace aérien sous-jacent (B. CHENG, *Studies in International Space Law*, Oxford University/Clarendon Press, 1997, pp. 600-601). Elle distingue ainsi les dommages causés dans l'espace extra-atmosphérique de ceux causés à la surface de la terre et aux aéronefs en vol. Cette « responsabilité pour risque tout à fait inhabituelle que seuls les caractères intrinsèques de l'activité de lancement d'engins spatiaux peuvent expliquer » (J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Convention sur l'internationalisation de l'espace », *AFDI*, vol. 13, 1967, p. 640) est dérogoire des règles classiques de la responsabilité internationale à plusieurs titres. En plus de significativement élargir la portée de l'imputabilité des comportements en matière spatiale aux personnes physiques et morales de droit privé, c'est l'Etat de lancement qui engage directement sa responsabilité, possiblement *in solidum* dans le cas où ils seraient multiples, garantissant ainsi une réparation effective des victimes. En effet, un Etat est qualifié d'Etat de lancement dès lors qu'il procède ou fait procéder au lancement d'un objet spatial, ou si son territoire ou ses installations servent à ce dernier. En l'espèce, la République populaire de Chine était l'unique Etat de lancement de Long March 5B, en plus d'en être l'Etat d'immatriculation.

Le régime de responsabilité pour les dommages causés à la surface terrestre et dans l'espace aérien - qui nous intéresse en l'espèce - apparaît d'autant plus protecteur, faisant écho aux préoccupations de l'ensemble de la communauté internationale, en pleine guerre froide, face à une technologie nouvelle et dangereuse et aux dommages irréversibles. Ainsi et contrairement à la responsabilité pour les dommages causés dans l'espace, la responsabilité est absolue : seule la preuve du dommage, manifestation extérieure de l'acte préjudiciable, suffit pour créer, avec la causalité, le fondement juridique de la responsabilité internationale et ainsi présenter une demande en réparation, selon une procédure diplomatique particulière qui écarte la condition d'épuisement des voies de recours internes (article XI). En outre, le droit positif de l'espace laisse en marge l'aspect répressif et ne porte une attention particulière qu'à la seule forme compensatoire de la

sanction, par une formule vague et relative contenue à l'article XII de la Convention de 1972, qui n'est pas sans soulever de questionnements. Si le principe qui prévaut est celui de la *restitutio in integrum*, l'étendue matérielle de l'indemnisation est « déterminée conformément au droit international et aux principes de justice et d'équité ». En l'absence de consensus sur un tel montant, l'une des parties intéressées peut demander la constitution d'une Commission de règlement des demandes. Toutefois, la question de l'efficacité d'un tel mécanisme, et finalement la question plus large du régime de responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, reste à prouver : le seul précédent, l'écrasement du satellite nucléaire soviétique Cosmos 954 sur le territoire canadien en 1978, fut réglé par accord entre l'URSS et le Canada sans fournir de lignes directrices concernant les dommages indemnifiables en vertu de la Convention (J.A. BURKE, « *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects: Definition and Determination of Damages After the Cosmos 954 Incident* », *Fordham International Law Journal*, Vol. 8, 1984, p. 281). En outre, il est d'autant plus difficile de questionner l'efficacité du régime de responsabilité que la probabilité que des dommages soient causés à la surface terrestre ou dans l'espace aérien est faible, la Terre étant majoritairement couverte d'océans. Toutefois une hausse des cas de chutes destructives est à craindre, corrélée à la croissance du nombre d'objets spatiaux déployés dans l'espace et celle, conséquemment exponentielle, de leurs débris. En atteste la récente chute d'un morceau de 17 tonnes de la fusée chinoise *Long March 5*, dans l'océan Pacifique, dont les débris ont au passage abîmé quelques bâtiments d'un village de Côte d'Ivoire.

Si ce régime de responsabilité internationale apparaît très protecteur des victimes des dommages causés par des objets spatiaux, force est de constater qu'il demeure silencieux face à la présente situation, celle d'une chute d'un objet spatial sur terre (ou en mer) qui ne cause aucun dommage au sens de la définition posée à l'article premier de la Convention de 1972. Le dommage y est défini comme « la perte de vies humaines, les lésions corporelles ou autres atteintes à la santé, ou la perte de biens d'Etat ou de personnes, physiques ou morales, ou de biens d'organisations internationales intergouvernementales, ou les dommages causés auxdits biens ». Ainsi, au vue de cette définition, la Chine n'engage nullement sa responsabilité pour la chute de son lanceur spatial, alors même que cette chute ne fut pas sans incidence, polluant des océans devenus de véritables poubelles de débris spatiaux.

Face à ce silence, on peut se demander si la Convention de 1972 pourrait tenir compte des dommages à l'environnement. La réponse demeure controversée et met en exergue les lacunes de ce régime de responsabilité, bien que l'analyse des législations nationales spatiales des Etats révèle une tendance à une interprétation large de la notion de dommage telle que posée par la Convention de 1972. Ainsi, à l'argument selon lequel l'article IX du Traité de l'espace autorise l'application des principes de droit international de l'environnement à l'espace en indiquant que les Etats parties « procéderont à [l']exploration [de l'espace et des corps célestes] de manière à éviter les effets préjudiciables de leur contamination ainsi que les modifications nocives du milieu terrestre résultant de l'introduction de substances extraterrestres », il est rétorqué qu'il convient de conserver une approche restrictive, conforme à l'intention originale des rédacteurs du Traité de l'espace. Focalisée sur l'interférence environnementale portant préjudice au droit de tout Etat d'explorer et d'utiliser l'espace à des fins scientifiques, elle exclurait

l'interférence environnementale à la surface terrestre (M. ALVARENGA DOS SANTOS, « *International Responsibility and Liability of States* », in *Fifty years of Space Law*, Brill Nijhoff, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, Vol. 21, 2020, p. 237). Cependant, l'adoption par les rédacteurs de la Convention de 1972 d'une définition vague et ouverte du terme « dommage » pose la question de savoir si l'adoption d'une interprétation évolutive est concevable, autrement dit si les rédacteurs avaient l'intention de faire évoluer le terme au gré des évolutions technologiques et des créations de nouvelles formes de dommages et d'objets spatiaux non imaginés.

En tout état de cause, on peut se demander si un tel débat sera tranché, à terme, par l'émergence de normes coutumières internationales. Traduisant une prise de conscience des conséquences d'activités dangereuses d'un Etat, le « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses », adopté par la Commission du droit international en 2006 (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2)) réaffirme les principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, et exige des Etats qu'ils indemnisent « les victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses se déroulant sur leur territoire ou relevant de leur juridiction ou de leur contrôle », le terme « dommage » comprenant les dommages résultant d'une atteinte à l'environnement. En outre, les dommages à l'environnement sont explicitement mentionnés dans quelques législations nationales spatiales, à l'image de la réglementation brésilienne de 2002 (article 4, « Aprova o Regulamento sobre procedimentos de autorização para a operação de lançamento espacial no território brasileiro », Portaria AEB n° 5 de 21/02/2002) et dans des instruments internationaux énoncés ci-dessous, observés par une part croissante d'Etats en dépit de leur force juridique non-contraignante.

Longtemps omise, au point même de n'être défini dans aucun des textes spatiaux onusiens (l'objet spatial désignant « également les éléments constitutifs d'un objet spatial, ainsi que son lanceur et les éléments de ce dernier »), l'épineuse question des débris spatiaux suscite au sein de la communauté internationale un intérêt aussi grandissant que le syndrome -dit Kessler- de collision en chaîne qui la caractérise. L'enjeu des débris spatiaux, définis comme tous les objets, fragments ou éléments d'objets produits par l'homme, sur orbite autour de la Terre ou rentrant dans l'atmosphère, qui ne sont pas opérationnels (A/AC.105/C.1/L.260, p.5) met en exergue les lacunes du *corpus juris spatialis* actuel. Certes, quant aux conséquences, le régime de responsabilité posé dans la Convention de 1972 est très protecteur des victimes, mais en amont, et contrairement au droit aérien, aucune instance internationale, mesure ou standard technique de conception ni de contrôle n'est prévu. Seule est posée l'obligation de notification, au Secrétaire général des Nations Unies, des informations relatives au lancement d'un objet spatial, et ce, « dans toute la mesure du possible ».

Face à ces lacunes des réponses techniques, les Directives de 2002 relatives à la réduction des débris spatiaux établies par le Comité de coordination interinstitutions sur les débris spatiaux (A/AC.105/C.1/L.260), ont pris le pas sur des réponses juridiques, parmi lesquelles les Lignes directrices du CUPEEA aux fins de la viabilité à long terme des activités spatiales. Adoptées en 2019 au terme de longues négociations, ces dernières visent « à contribuer au développement de pratiques et de cadres de sécurité nationaux et internationaux pour la conduite des activités spatiales, tout en permettant une certaine

souplesse dans l'adaptation de ces pratiques et cadres aux spécificités des pays » (Rapport du CUPEEA, Soixante-deuxième session, 12-21 juin 2019, A/74/20, Annexe II).

L'amerrissage de la partie du lanceur chinois du 9 mai 2021 s'inscrit indéniablement dans cette problématique majeure des débris spatiaux, plus particulièrement celle de la rentrée incontrôlée de l'objet spatial dans l'atmosphère, tant décriée en l'espèce par les Etats de la communauté internationale, au premier rang desquels, sur toile de fond idéologique, les Etats-Unis d'Amérique. Le CUPEEA, dans ses lignes directrices, s'est saisi de cet aspect, préconisant la mise en place de procédures de communication, encourageant la coopération « en vue de renforcer les capacités dans le domaine de la surveillance des rentrées incontrôlées d'objets spatiaux », ou encore l'application de techniques de conception « pour limiter les risques associés aux fragments d'objets spatiaux qui résistent à la rentrée incontrôlée » (Ligne directrice B.9, A/74/20, Annexe II, pp. 69-71). Toutefois, ces mesures ne servent que de référence aux Etats dans l'élaboration de cadres réglementaires nationaux régissant les activités spatiales nationales : dépourvues de force juridique contraignante, elles laissent toute discrétion aux Etats de s'y conformer ou non, sans engager leur responsabilité internationale. Le recours à des normes juridiques non-contraignantes sur ce point n'est qu'un ultime témoignage du blocage normatif qui prévaut depuis l'adoption de l'Accord sur la Lune, ratifié par quatorze Etats uniquement, en 1982. En effet, un consensus sur des normes juridiques contraignantes relève du parcours du combattant, dans un domaine d'activités sensible et hautement stratégique.

Cependant, l'adoption par un nombre croissant d'Etats de mesures concrètes pour réduire la quantité de débris spatiaux interroge sur l'émergence à terme d'une nouvelle pratique, contribuant sinon à l'émergence d'une coutume internationale, au moins au développement du droit international (Rapport du Sous-Comité juridique sur les travaux de sa cinquante-huitième session tenue à Vienne du 1er au 12 avril 2019, A/AC.105/1203, §193). Un tel sujet ne manquera pas d'être remis sur la table des négociations et appréhendé sur le plan juridique avec l'augmentation du nombre de débris spatiaux mais aussi avec l'avis exprimé par certaines délégations au CUPEEA d'examiner notamment la compétence des Etats et leur contrôle sur les objets spatiaux immatriculés (Rapport du CUPEEA, Soixante-deuxième session, 12-21 juin 2019, A/74/20, §232).

S.M.

CIRDI – CNUDCI

Adoption d'un code de conduite pour les arbitres

2021/3.41 – L'arbitrage d'investissement traverse depuis quelques années une crise existentielle liée à certaines critiques portant à la fois sur ses fondements, sa raison d'être mais aussi sur le comportement de certains arbitres. Conscient que la survie du mécanisme était peut-être en jeu, le principal centre d'arbitrage en la matière (le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements – CIRDI – rattaché à la Banque mondiale) s'est associé à la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI), dont le règlement d'arbitrage est fréquemment utilisé dans des litiges investisseur-Etat, pour proposer un code de conduite à destination des membres des tribunaux arbitraux. Après une première version en mai 2020, une seconde fut publiée le 21 avril 2021. Si de nouvelles modifications ne sont pas à exclure avant une

adoption définitive, il semble que cette dernière version dessine tout de même les lignes principales de ce qui devrait être le document final.

Le champ d'application en est relativement large puisqu'il s'applique aussi bien aux arbitres, membres de comités *ad hoc* (en charge de connaître des recours en annulation contre les sentences dans le cadre du CIRDI) mais aussi aux « juges », qui renvoient aux membres des mécanismes permanents – à l'instar de ceux que l'Union européenne tente actuellement d'intégrer dans ses accords d'investissement. A cet égard, le code anticipe avec raison une évolution possible, voire probable, du règlement des différends entre investisseurs et États qui semble sortir d'une logique purement arbitrale pour se rapprocher du modèle judiciaire caractérisé par la permanence de la formation de jugement. Il est donc intéressant de voir un code s'appliquer à des dispositifs qui n'existent pas encore. En bonne logique, les « candidats », entendus comme les personnalités en cours de désignation en qualité d'arbitre, sont également couverts par les obligations fixées par le code.

Sur le fond, les obligations imposées sont assez classiques et portent naturellement en premier lieu sur l'indépendance et l'impartialité. Pour l'heure, elles sont rédigées en des termes assez larges et prévoient simplement que les arbitres ne doivent pas être influencés d'une quelconque manière par les parties ou leurs conseils ou recevoir la moindre instruction en lien avec leur mission. Il s'agit donc, dans l'ensemble, de s'assurer qu'aucun élément extérieur au tribunal autre que les prétentions et arguments des parties ne puisse jouer dans le processus de décision.

Le code de conduite aborde également l'une des questions majeures en matière d'arbitrage d'investissement : celle de du cumul des rôles (expert, conseil ou arbitre) par certaines mêmes personnes. Sur ce point toutefois, le débat n'est pas tranché car en l'état, deux possibilités demeurent prévues : le principe est celui de l'interdiction faite à l'arbitre d'intervenir comme conseil ou expert mais il demeure une incertitude sur le point de savoir si cette interdiction vaut dans l'absolu – l'arbitre devrait alors s'abstenir de toute autre mission pendant son mandat – ou si elle doit être limitée aux litiges « impliquant le même contexte factuel et au moins une des mêmes parties ou une de leur filiale, société affiliée ou entité mère » (article 4). Pour l'heure l'introduction de cette précision est en discussion et l'enjeu est de taille. D'un côté, si l'on comprend qu'un arbitre ne saurait évidemment agir comme conseil dans une affaire en lien avec celle qu'il lui est demandé de trancher, aller vers une interdiction générale emporte le risque de se défaire de l'un des avantages majeurs de l'arbitrage, qui tient à la possibilité de faire appel à des personnes particulièrement expérimentées en fonction du litige dont il est question. Il pourrait sembler regrettable de se passer des services d'un arbitre très au fait d'un secteur économique s'il se trouve impliqué comme conseil dans une affaire dans le même secteur, mais sans lien aucun avec les parties au litige. Dans le même temps, il est certain qu'un rôle de conseil ou d'expert suppose de défendre des positions tranchées, ce qui n'est pas forcément le meilleur des gages d'impartialité. La recherche du juste équilibre n'est pas chose facile et le fait que la rédaction ne soit pas encore définitive sur ce point atteste du caractère délicat de la problématique. La tendance, assurément, est à la régulation mais une interdiction totale serait peut-être contre-productive.

Le code fait également état d'un certain nombre d'obligations classiques (diligence, probité, intégrité, compétences), interdit naturellement les communications privées avec une partie après la nomination de l'arbitre et fait également référence, de façon tout à fait pertinente, à l'exigence de disponibilité. Il ne faut pas en effet oublier que les arbitres sont

au service des parties et que la célérité de la procédure est à leur avantage. En particulier, lorsque le litige porte sur une opération économique de grande envergure (ce qui est souvent le cas en matière d'investissement), l'interruption ou la perturbation des opérations par le déroulement d'un arbitrage peut conduire à des pertes très importantes. A cet égard, qu'un arbitre soit tenu d'être disponible est la moindre des exigences et l'intégration de cette mention doit être saluée. C'est là aussi sans doute une manière d'introduire indirectement un levier de diversification des arbitres : à nommer systématiquement les mêmes personnalités, leur disponibilité se réduit en effet mathématiquement, de sorte que le recours à des arbitres moins sollicités peut s'avérer nécessaire eu égard à l'exigence de disponibilité.

Le code comporte également une obligation de divulgation de l'ensemble des liens de nature à compromettre l'indépendance des arbitres, qu'il s'agisse de liens avec les parties, bien sûr, mais aussi avec les autres arbitres, avec les conseils ou avec un éventuel tiers financeur. A cet égard, le code vient introduire une exigence de transparence de plus en plus prégnante dans l'arbitrage d'investissement.

De manière générale, le document tel qu'il a été publié n'innove pas fondamentalement sur le fond mais présente l'indiscutable mérite de formaliser un certain nombre d'exigences plus ou moins posées par la jurisprudence récente. De fait, l'on ne peut nier notamment une tendance de ces dernières années à une accélération des annulations de sentences pour des raisons liées à l'indépendance ou l'impartialité des arbitres et l'introduction d'un véritable code de conduite permettra sans doute à l'avenir, en anticipant ce type de préoccupation, de moraliser l'arbitrage d'investissement tout en réduisant le risque d'annulation pour ce motif.

On pourra simplement regretter qu'en l'état, le code de conduite ne s'applique qu'aux litiges développés sur le fondement des traités et non à ceux qui se déploieraient à partir d'une loi nationale de protection des investissements ou d'un contrat (v. le commentaire de l'article 1, n°13). C'est là, assurément, un manque. Mais le texte n'étant pas définitif, il est probable que l'extension à l'ensemble des arbitrages devrait avoir lieu si le projet ne veut pas manquer sa cible. En tout état de cause, cette initiative est le signe d'une vraie prise de conscience de tout un milieu, pour le meilleur. La collaboration de la CNUDCI et du CIRDI est d'ailleurs à relever, signe que des institutions « concurrentes » peuvent se serrer les coudes lorsque leur avenir peut sembler en partie en jeu.

A.D.N.

CORÉE DU SUD – CORÉE DU NORD – ETATS-UNIS

De la K-pop à la marche militaire

2021/3.42 – En 2018, les relations entre les deux Corées semblaient s'être apaisées après des décennies de conflit latent et d'incidents diplomatiques sinon militaires. Depuis le 27 juillet 1957, date de signature de l'*Armistice de Panmunjom* entre les deux Etats et les Nations Unies, le Nord et le Sud n'ont jamais signé d'accord de paix. Cet armistice, faisant office de cessez-le-feu, fut même dénoncé le 27 mai 2009 lors de la première crise nucléaire nord-coréenne, cette dernière estimant n'être plus liée par celui-ci.

Le 30 mars 2013, celle-là même alla plus loin en annonçant le retour de « l'état de guerre » avec la Corée du Sud. Depuis les années 2010, plusieurs soldats nord-coréens y avaient fui. Afin de provoquer le Nord, Séoul installa alors des haut-parleurs diffusant les

bulletins de santé des déserteurs blessés, mais en rémission grâce aux soins prodigués au Sud, ainsi que de la K-pop.

Durant plusieurs années, c'est donc un mélange de pop musique coréenne, d'informations et d'incitations à la désertion qui est diffusé en direction de la Corée du Nord. Le système utilisé permet au son de se propager jusqu'à vingt kilomètres à l'intérieur du territoire ennemi.

Etonnamment, la pop est devenue un instrument classique d'action idéologique à l'encontre de la Corée du Nord. Dans le psychanalytique film *L'interview qui tue !* (Evan GOLDBERG & Seth ROGEN, 2014), un journaliste fait dire à Kim Jong-un, en larmes, qu'il « n'a plus besoin de son père » et qu'il est « un homme fort » pendant qu'il chante le titre *Firework* de Katy Perry, le tout filmé et retransmis en direct sur tout le territoire. Plus tôt dans le film, le Chef suprême avait déjà confessé à l'animateur américain se sentir comme Katy Perry : « *like a plastic bag, drifting through the wind, wanting to start again...* ». Le film, s'achevant par l'assassinat du leader du Nord, avait provoqué un scandale diplomatique.

Piratage des systèmes informatiques de Sony (propriétaire du studio à l'origine du film), communiqués de presse assassins de la part régime (« Ces cinéastes vulgaires, appâtés par quelques dollars jetés vers eux par des conspirateurs, ont sali la dignité et la conscience du cinéma en osant produire et réaliser un tel film. En conséquence, ils doivent être sévèrement punis. [...] Pitoyables sont les Etats-Unis, cherchant désespérément à affaiblir l'autorité de notre République, pourtant plus puissante chaque jour, avec un film minable, alors qu'aucune pression ou menace n'a jamais fonctionné contre nous », cité par R. SOUBROUILLARD, « Pyongyang attaque : panique à Hollywood ! », *Marianne*, 20 décembre 2014) ; et enfin, lettre adressée à Ban Ki-moon, alors secrétaire général sud-coréen des Nations Unies, par le représentant permanent de la Corée du Nord à ladite organisation internationale (« Autoriser la production et la distribution d'un film mettant en scène l'assassinat du chef d'Etat d'un pays souverain doit être considéré comme un encouragement non-déguisé au terrorisme ainsi que comme un acte de guerre. [...] Les Etats-Unis doivent immédiatement prendre les mesures appropriées afin d'interdire une telle production et distribution ; sinon quoi, ils se rendraient responsables d'encourager et de financer le terrorisme », cité in « Pyongyang proteste à propos d'un film US », *Le Figaro*, 9 septembre 2014).

La population nord-coréenne a par la suite vu 80 000 DVD du film être largués sur son territoire par des ballons lancés près de la frontière par Lee Min-Bok, un nord-coréen réfugié en Corée du Sud. Min-Bok estimait, en 2015, nécessaire d'offrir un accès au film à ses anciens compatriotes.

En 2017, les relations entre la Corée du Nord et les Etats-Unis s'apaisent. Sans doute « grâce » au pouvoir égalisateur de l'atome, obtenu après une série de chantages conventionnels. En 1985, la Corée du dessus avait rejoint le Traité de non-prolifération par lequel elle s'engageait à ne pas développer l'arme atomique en échange d'un accès au nucléaire civil. Mais dès ces années-là, la communauté internationale (en particulier les Etats-Unis), estime qu'il s'agit d'un détournement d'attention : l'intention sous-jacente serait bien la recherche de l'arme nucléaire. Le 21 octobre 1994, Pyongyang, par l'Accord de Genève, renonce facticement à son programme nucléaire clandestin en contrepartie de garanties économiques. A l'arrivée, ce seront trois engagements internationaux de démantèlement de leur programme nucléaire militaire qui seront pris par la Corée du Nord,

toujours en échange de contreparties. Les recherches en la matière n'ayant jamais cessé, le régime annonce, en mai 2017, être capable d'atteindre le sol américain avec ses ogives nucléaires. Cette « remise à niveau atomique » sera sans doute à l'origine du rapprochement entre Donald Trump et celui qu'il surnommait avant cela « Rocket Man »... Soit une nouvelle provocation liée à la musique pop : Kim Jong-un n'est plus identifié à Katty Perry, mais à Elton John.

L'année suivante, les relations se détendent également avec la Corée du Sud. Le 27 avril 2018, les deux Etats signent la « Déclaration de Panmunjeom pour la paix, la prospérité et l'unification de la péninsule coréenne ». Ils s'y engagent à cesser leurs activités hostiles ainsi qu'à signer un traité de paix mettant, enfin, un terme à la Guerre de Corée. Afin d'apaiser les tensions avant la rencontre, Séoul avait eu un geste diplomatique et symbolique fort : cesser les diffusions de musique pop coréenne en direction du Nord.

Fini la K-pop à la frontière, donc. Seule y résonne encore l'engagement bilatéral non-tenu d'un traité de paix qui devait être signé en 2018. Pour abriter le sommet de rapprochement historique, avait été construit, en territoire nord-coréen, le bureau des relations intercoréennes ou bureau de Kaesong. Depuis lors, il abritait les réunions de rapprochement des deux Corées.

Seulement voilà : depuis les trois sommets de 2018, les relations entre les deux pays se sont considérablement dégradées. Officiellement, le régime du Nord explique que c'est à cause de l'envoi de tracts hostiles en territoire nord-coréen par des dissidents réfugiés au Sud. Malgré l'engagement de poursuites judiciaires à l'encontre des groupes à l'origine de ces envois afin d'empêcher « la fenêtre du dialogue se refermer », les Kim ont acté la détérioration des relations intercoréennes. C'est Kim Yo-jong, la sœur jamaïcaine du leader nord-coréen, qui est chargée de matérialiser la fin des relations diplomatiques. En juin 2020, elle déclare : « Dans peu de temps, l'inutile bureau de liaison entre le Nord et le Sud sera complètement détruit au cours d'une scène tragique ». Le 16 du mois, elle fait procéder à l'explosion du bureau de Kaesong.

Depuis, le barrage de haut-parleurs transfrontaliers a été rallumé, mais dorénavant, ce sont des messages de propagande qui sont diffusés. Le 19 avril 2018, le New York Times titrait : « A Quiet Arms Race Is Rapidly Heating Up Between the Two Koreas » (Choe SANG-HUN). Pour combler sa lacune en matière de dissuasion nucléaire, le Sud a récemment dévoilé le KF-21 Boramae. Ce nouvel avion de combat développé par la Corée du Sud elle-même (aidée de l'Inde) lui coûte près de huit milliards de dollars. Est aussi en négociation l'acquisition de plusieurs douzaines des derniers hélicoptères de combats américains, ainsi que des missiles d'interception des engins nucléaires nord-coréennes.

En réaction, le Nord a menacé d'équiper d'ogives ses missiles militaires à courte portée afin de les rendre difficiles à intercepter. Et finalement, le régime a décidé d'aller plus loin dans cette nouvelle course aux armements. Il a fait la démonstration de ses capacités en lançant un missile balistique test équipé d'une ogive de 2,5 tonnes.

Ainsi, la marche militaire a remplacé la K-pop. Son volume est faible. Pas son tempo.

R.C.

ETATS-UNIS

Levée des sanctions à l'encontre du personnel de la Cour pénale internationale

2021/3.43 – Un peu moins d'un an après le renforcement des sanctions adoptées par le prédécesseur du nouveau Président Joe Biden, celui-ci a décidé de les lever le 2 avril 2021 (Communiqué de presse du Secrétaire d'Etat Antony J. Blinken, « Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court », 02/04/2021).

Accueillie par le Secrétaire général des Nations Unies ainsi que par la Cour elle-même, doit-on voir dans cette décision l'acceptation de la compétence de cette dernière pour les actes commis par les forces états-uniennes et israéliennes en Afghanistan ainsi qu'en Palestine ? (Communiqué du porte-parole du Secrétaire général des Nations Unies, « On the Revocation of the Executive Order on Blocking Property of Certain Persons Associated with the International Criminal Court », 02/04/2021 ; Communiqué de presse de la CPI, « La CPI se félicite de la décision du Gouvernement des Etats-Unis mettant fin aux sanctions et aux restrictions de visa pour des membres du personnel de la Cour », 03/04/2021) Le communiqué de presse accompagnant la révocation de l'ordre présidentiel 13928 justifie la mesure en insistant sur l'inefficacité des sanctions pour atteindre l'objectif qu'elles s'étaient fixées. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause le motif de leur adoption : l'administration du Président Biden « continue à être en désaccord avec les actions entreprises par la Cour pénale internationale relativement aux situations afghanes et palestiniennes » (nous traduisons).

Après avoir rappelé son attachement à l'état de droit, à l'accès à la justice ainsi qu'à l'engagement de la responsabilité des personnes ayant commis des atrocités de masse, le communiqué insiste sur l'importance du rôle des Etats-Unis dans le développement des juridictions pénales internationales. Ne souhaitant pas rompre avec ce *leadership* qui aurait offert à l'histoire des « jugements équitables rendus par des tribunaux internationaux », la nouvelle administration préfère discuter avec les « parties prenantes » afin de participer à la réforme de la Cour.

La question se pose alors de savoir dans quelles directions les propositions de réforme se dirigent. Le communiqué de presse est à cet égard elliptique : il est simplement énoncé que les propositions devraient « aider la Cour à prioriser ses ressources et à réaliser sa mission principale, celle de servir de juridiction de dernier recours aux fins de punir et dissuader la réalisation de crimes atroces » (nous traduisons). Apparaît alors clairement la critique selon laquelle la Cour, en poursuivant ses enquêtes en Afghanistan et en Palestine, ne réaliserait pas sa mission principale telle qu'identifiée par les Etats-Unis. Ce à quoi la juridiction internationale répond en rappelant que « [d]ans l'accomplissement de son mandat judiciaire indépendant et impartial, la Cour agit strictement dans le cadre du Statut de Rome, et en tant que Cour de dernier ressort, d'une manière complémentaire aux juridictions nationales » (v. cette *Chronique*, 2020/3-4.45 pour une analyse de la compétence de la Cour).

Si le communiqué de presse du 2 avril 2021 laissait percevoir une remise en cause des sanctions comme outil de politique extérieure, la logique semble pourtant inchangée depuis l'investiture du Président Biden. La levée des sanctions vénézuéliennes, par exemple, n'est envisagée qu'à la condition que des « mesures concrètes » en faveur d'élections libres soient entreprises par l'actuel Président Maduro (« *U.S. sees Venezuela's Maduro 'sending signals' to Biden administration* », *Reuters*, 4 mai 2021). La révocation

des sanctions imposées à Cuba, et renforcées par Donald Trump peu de temps avant sa défaite aux élections, n'est pas non plus envisagée malgré une pression des démocrates en ce sens (« U.S. House Democrats urge Biden to revert to Obama-era Cuba detente », *Reuters*, 3 mars 2021).

Enfin, à propos des sanctions iraniennes imposées en violation de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien, celles-ci sont toujours en vigueur. Le Président Joe Biden a néanmoins réalisé un pas vers le rétablissement de l'Accord enterriné par la résolution 2231 (2015) du Conseil de sécurité, en se déclarant prêt à lever les sanctions contraires à cette résolution (*Reuters*, « U.S. prepared to lift sanctions inconsistent with Iran nuclear deal », 07/04/2021). Davantage encore, dans une lettre datée du 18 février 2021, le gouvernement des Etats-Unis a notifié le Conseil de sécurité du retrait des lettres envoyées par le Président Donald Trump qui prévoyaient le rétablissement des sanctions onusiennes à l'encontre de l'Iran, autrement connu sous le nom de sanctions *snapback* (S/2021/158). Si ces efforts sont bienvenus, il nous faut remarquer que le retrait actuellement envisagé ne concerne que les sanctions contraires à l'Accord de Vienne et non pas celles qui sont contraires au droit international des droits de l'homme (voyez cette *Chronique*, n°2020/1.6).

Les premiers mois de l'administration Biden signent un retour vers le multilatéralisme : la levée des sanctions à l'encontre du personnel de la Cour pénale internationale ainsi que la reprise des discussions avec celle-ci en témoignent. Difficile cependant d'y voir, pour l'heure, une remise en cause des sanctions économiques adoptées par Donald Trump et continuées par le Président Joe Biden.

J.-B. D.

ETATS-UNIS - RUSSIE

Nouvelles sanctions américaines contre la Russie

2021/3.44 – Le 15 avril 2021, le 46^e Président des Etats-Unis Joe Biden a signé un décret instituant de nouvelles sanctions contre la Russie – *Executive Order on Blocking Property with Respect to Specified Harmful Foreign Activities of the Government of the Russian Federation* (ci-après, le « décret » ou le « décret présidentiel »). En déclarant une urgence nationale, le décret présidentiel vise à répondre à la « menace inhabituelle et extraordinaire pour la sécurité nationale, la politique étrangère et l'économie des Etats-Unis » que constituent certains actes malveillants imputés au Gouvernement russe. Sont visés en particulier les activités cybernétiques malveillantes, l'interférence dans une élection aux Etats-Unis ou dans un autre gouvernement étranger, les actions ou politiques qui sapent les processus ou institutions démocratiques aux Etats-Unis ou à l'étranger, la corruption transnationale, l'assassinat ou l'infliction d'autres dommages corporels à un citoyen américain ou à un ressortissant d'un allié ou d'un partenaire des Etats-Unis, mais aussi les activités qui compromettent la paix, la sécurité, la stabilité politique ou l'intégrité territoriale des Etats-Unis, de leurs alliés ou de leurs partenaires. Sont mentionnées, enfin, les transactions ou opérations trompeuses ou structurées visant à contourner toute sanction instituée par les Etats-Unis, y compris par l'utilisation de monnaies ou d'actifs numériques ou l'utilisation d'actifs physiques (v. le préambule du décret).

Comme l'indique le communiqué de la Maison blanche, « le décret envoie le signal que les Etats-Unis imposeront des coûts de manière stratégique et économique à la Russie si elle continue ou intensifie ses actions internationales déstabilisantes ». Les nouvelles sanctions unilatérales américaines annoncées à peine deux jours après la conversation téléphonique entre le Président Biden et le Président Poutine portent interdiction pour les institutions financières des Etats-Unis d'acheter directement la dette russe, des mesures de restriction pour un nombre de personnes physiques et juridiques et l'expulsion de dix diplomates russes. Pour le Président américain, les nouvelles sanctions constitueraient une réponse « proportionnelle » aux actions russes (*BBC*, 16 avril 2021), remarque qui laisse penser que Joe Biden cherchait probablement à défendre la légalité des nouvelles mesures au regard du droit international en se référant au principe de proportionnalité des contre-mesures posé à l'article 51 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (ci-après, « Projet d'articles »).

La riposte de la Russie à ces mesures aussitôt déclarées « illégales » ne s'est pas faite attendre. Dès le lendemain de la sortie du décret de Joe Biden, le ministère des Affaires étrangères russe a annoncé le renvoi des diplomates américains et la limitation de la pratique de délivrance de visas diplomatiques. Comme l'a affirmé Vladimir Poutine lors du récent forum international économique de Saint-Petersbourg, les sanctions américaines contre la Russie (dénommées « antirusse » dans la presse russophone) restent « un mystère » pour la partie russe. Pour le Président russe, il faut en chercher l'explication uniquement dans « la conjoncture politique interne » des Etats-Unis (*Izvestiya*, 4 juin 2021). Lors de la rencontre avec le Président Biden au sommet de Genève, le Président Poutine a nié, sans surprise, toute responsabilité de la Russie dans les cyberattaques dont l'avait accusé la partie américaine, mais aussi dans l'empoisonnement du leader de l'opposition russe Alexei Navalny (*BBC*, 17 juin 2021).

La plupart des sanctions américaines de la dernière décennie ont été dirigées contre la Russie et des entités russes en raison de leurs activités liées à l'annexion de la Crimée de 2014 (v. principalement les *Executive Orders* 3660, 13661, 13662 et 13685, ainsi que le *Countering Russian Influence in Europe and Eurasia Act*). Les Etats-Unis ont également institué des sanctions visant à répondre aux violations des droits de l'homme (notamment sur le fondement du *Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act* et de l'*Executive Order 3818*) et à l'usage des armes chimiques (v. le paquet de sanctions du 27 août 2019 à la suite de l'empoisonnement des époux Skripals et le paquet de sanctions du 2 mars 2021 à la suite de l'empoisonnement d'Alexei Navalny). Des entités russes se sont également vu appliquer des sanctions secondaires par le Gouvernement américain pour avoir enfreint le régime des sanctions en Corée du Nord, en Syrie et au Venezuela. Notons toutefois que l'administration Biden a levé les sanctions américaines contre l'achèvement de la construction en mer Baltique du gazoduc Nord Stream 2 dont les effets extraterritoriaux – incontestablement contraires au droit international – auraient été particulièrement sensibles pour les entreprises européennes (v. par exemple l'étude de la direction générale des Politiques externes de l'Union du Parlement européen, *Extraterritorial sanctions on trade and investments and European responses*, novembre 2020).

Le nouvel éventail de sanctions américaines prend comme principale cible la dette publique russe. En effet, la directive publiée par le Bureau de contrôle des actifs étrangers du Trésor chargé d'administrer les sanctions (*Treasury's Office of Foreign Assets Control* ou OFAC) sur le fondement du décret interdit aux institutions financières américaines de

participer au marché primaire des obligations émises après le 14 juin 2021 par la Banque centrale de la Fédération de Russie, le Fonds national de la richesse de la Fédération de Russie ou le ministère des Finances de la Fédération de Russie, et proscrit, en outre, aux institutions financières américaines de prêter des fonds à ces trois entités. Les interdictions existantes concernant certaines opérations sur la dette souveraine russe en place depuis août 2019 se trouvent ainsi élargies. Tout en prévoyant une nouvelle interdiction, la directive contient un avertissement pour la Russie : le Gouvernement fédéral se voit investi du pouvoir d'élargir les sanctions sur la dette russe. Aujourd'hui, les banques étrangères ou entreprises d'investissements ne sont pas (encore) concernées par la mesure d'interdiction des sanctions et les institutions financières américaines ne sont pas interdites de participer au marché secondaire de la dette russe.

Le décret présidentiel annonce également une batterie de mesures bloquant et interdisant toute opération portant sur des biens ou des intérêts dans les biens de toute personne dont il est établi qu'elle est responsable ou complice ou qu'elle s'est livrée ou a tenté de se livrer à l'un des actes énumérés pour le compte ou au profit, directement ou indirectement, du Gouvernement de la Fédération de Russie (l'art. 1 (a) du décret). Est interdit l'apport de toute contribution ou fourniture de fonds, de biens ou de services par, à ou au profit de toute personne dont les biens et intérêts patrimoniaux sont bloqués en vertu du décret et la réception de toute contribution ou fourniture de fonds, de biens ou de services de la part d'une telle personne (l'art. 2 du décret). Il s'agit des sanctions dites primaires car elles visent les biens et intérêts dans des biens qui se trouvent aux Etats-Unis, qui y entreront par la suite, ou qui sont ou entreront par la suite en possession ou sous le contrôle d'une *United States person*. Le lien territorial ou personnel avec les Etats-Unis doit ainsi être établi. Notons toutefois que ce lien de rattachement personnel est défini de façon extrêmement large. L'OFAC indique que le terme « *US person* » couvre non seulement les citoyens américains et les étrangers résidents permanents, mais aussi toutes les entités aux Etats-Unis, toutes les entités constituées en société aux Etats-Unis et leurs succursales étrangères, ainsi que les filiales étrangères détenues ou contrôlées par des sociétés américaines. La présence d'une seule personne de nationalité américaine au sein de la direction d'une entreprise non-américaine non implantée aux Etats-Unis pourrait suffire à établir le lien personnel avec les Etats-Unis et soumettre ainsi la société étrangère aux sanctions américaines (v. P. DEGHANI, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2018-4, p. 22).

Le lien de rattachement à la Russie des actes malveillants énumérés dans le préambule du décret est défini de façon large. Sont visés non seulement les hauts fonctionnaires du Gouvernement central russe ou ses subdivisions et instruments, les dirigeants et les cadres supérieurs de toute entité dont les actions peuvent être attribuées au Gouvernement russe, mais aussi les personnes ayant apporté de l'aide matérielle, financière ou technologique au soutien de l'accomplissement des actes listés ou de toute personne dont les biens et les intérêts dans les biens sont bloqués en vertu du décret. Le décret désigne également les personnes détenues ou contrôlées par, ou ayant agi ou prétendu agir pour ou au nom, directement ou indirectement, de la Fédération de Russie ou de toute personne dont les biens et intérêts dans les biens sont bloqués en vertu de ce décret. Aussi, les conjoints et les enfants majeurs de toute personne dont les biens et les intérêts dans les biens sont bloqués en vertu du décret se voient appliquer la même mesure de sanction. Enfin, comme

d'autres sanctions américaines existantes, le décret s'applique à toute personne, indépendamment de sa nationalité, qui assiste les entités et les personnes sanctionnées. Ainsi, le fait pour une personne d'entretenir des relations commerciales avec les personnes désignées directement en tant que sujets des sanctions sur la *Specially Designated Nationals Blocked Persons List* (communément appelée *SDN List*) fait courir le risque pour cette personne d'être soi-même désignée comme SDN.

De façon inédite, les Etats-Unis ont accusé spécifiquement le service de renseignement extérieur russe (le SVR), d'avoir été responsable de la vaste campagne de cyber espionnage qui a exploité la plate-forme SolarWinds Orion et d'autres infrastructures informatiques, en donnant aux cybercriminels un accès potentiel à 16 000 réseaux informatiques gouvernementaux et privés. Ainsi, des représentants des services de renseignement russes ont été expulsés, et le Trésor a désigné six entreprises technologiques russes qui fournissent un soutien au cyber programme des services de renseignement russes.

Le Trésor a, en outre, sanctionné 32 entités et individus menant des tentatives dirigées par le Gouvernement russe pour influencer l'élection présidentielle américaine de 2020, ainsi que d'autres actes de désinformation et d'ingérence. Huit autres personnes et entités ont été sanctionnées pour avoir été associées à l'occupation de la Crimée et aux actes de répression commis par la Russie sur la péninsule. On remarquera notamment que la liste des entités et des individus désignés comme faisant l'objet du décret de blocage ne répertorie pas uniquement les ressortissants russes, comme en atteste la présence sur cette liste de plusieurs ressortissants et entreprises pakistanais. Il faut mentionner toutefois que seuls les ressortissants russes et les entités organisées selon le droit russe font l'objet des sanctions en raison de leur responsabilité ou complicité dans la coupure ou la perturbation de l'approvisionnement en gaz ou en énergie de l'Europe, du Caucase ou de l'Asie (l'art. 1 (c) du décret).

Les sanctions unilatérales américaines instaurées sur le fondement du décret présidentiel se présentent comme des contre-mesures jouant un double rôle d'exécution – en vue d'inciter la Russie à poursuivre le dialogue avec les Etats-Unis – et de répression – par l'affectation des intérêts économiques russes (v. S. SUR, « Techniques de mise en œuvre du droit international », dans J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., p. 219). Sans se prononcer sur l'interaction de ces contre-mesures avec le système de sécurité collective, il convient de noter qu'il s'agit des réactions dirigées contre la Russie en raison de la commission de certains faits internationalement illicites : l'ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat par les efforts visant à compromettre la tenue d'élections, les actes de cybercriminalité et de corruption transnationale, diverses violations des droits de l'homme en répression des dissidents, les actes contraires à la sécurité de l'approvisionnement énergétique, ainsi que la violation de l'intégrité territoriale des Etats. Si on part de la présomption que ces violations sont effectivement établies et qu'elles sont attribuées à la Russie, on peut considérer que la première condition de légalité des contre-mesures posée par l'article 49(1) du Projet d'articles est remplie.

Néanmoins, en droit international, les contre-mesures doivent, en principe, être prises par l'Etat qui est lésé par le fait internationalement illicite de l'Etat cible (l'art. 49(1) du Projet d'articles). Si les sanctions américaines visent surtout à répondre aux actes dus aux Etats-Unis individuellement au sens de l'article 42(a) du Projet d'articles, le décret présidentiel entend également couvrir les « intérêts » des Etats-Unis entendus au sens large

(v. le communiqué de la Maison blanche), à savoir les activités illicites liées à l'immixtion dans l'élection et la cybercriminalité dirigées contre les alliés et partenaires des Etats-Unis, les violations des droits des dissidents russes commises en dehors du sol russe, l'interruption de la fourniture de gaz à l'Europe, au Caucase ou à l'Asie, mais aussi la violation de la sécurité et de l'intégrité territoriale des Etats et régions « importants pour la sécurité nationale des Etats-Unis ». Rappelons à ce titre que la première liste du Trésor américain comporte les noms de huit individus et entités associés à l'occupation russe de la Crimée. Comme pour les sanctions prises contre la Russie par l'Union européenne, le Royaume-Uni, l'Australie et le Canada après l'annexion de la péninsule en 2014, il s'agirait ici des contre-mesures dites collectives qui viseraient à protéger un intérêt collectif d'un groupe – la Communauté transatlantique – ou même de la collectivité internationale dans son ensemble (v. l'art. 48(1) du Projet d'articles). La légalité de ces mesures pourrait alors être questionnée, dans la mesure où le droit international n'autoriserait, dans ce cas, que les mesures de rétorsion – de nature licite (v. l'art. 54 du Projet d'articles). On peut, enfin, se poser la question de la proportionnalité de ces sanctions unilatérales, essentiellement économiques, au préjudice subi, au sens de l'article 51 du Projet d'articles.

Avec le décret du 15 avril 2021, les Etats-Unis se sont dotés d'un instrument juridique supplémentaire d'envergure – même si a priori dépourvu de vocation extraterritoriale – pour exercer une pression économique sur la Russie, qui continue à nier toute responsabilité en droit international. Reste à savoir si ces nouvelles sanctions unilatérales américaines, qui s'inscrivent dans la longue lignée des contre-mesures dont la légalité est incertaine, pourront interrompre le dialogue de sourds auquel les observateurs ont désormais l'habitude d'assister.

N.C.

ETATS-UNIS – SYRIE – IRAN

Frappe militaire ciblée des Etats-Unis en Syrie du 25 février 2021

2021/3.45 – Le 27 février 2021, la représentante américaine aux Nations Unies notifie au Président du Conseil de sécurité le fait que les Etats-Unis ont réalisé une frappe militaire ciblée dans l'est de la Syrie (J. N. STEFANELLI, « *U.S. Notifies U.N. of Military Strike in Syria* », *American Society of International Law*, 2 mars 2021). Il est précisé dans la notification que les Etats-Unis ont agi en exercice de leur droit de légitime défense en réponse à « an escalating series of threats and attacks by iran-supported non-State militia groups ». C'est ainsi, selon le gouvernement américain, une action défensive ciblée contre une infrastructure utilisée par un groupe paramilitaire irakien appuyé par l'Iran (le Kataeb Hezbollah principalement), responsable d'attaques récentes contre le personnel américain et étant engagé dans la préparation de futures attaques. Tout en rappelant que le Président Biden « *will act to protect American and Coalition personnel* », le porte-parole du Pentagone affirme que l'action a été menée « *in a deliberate manner that aims to de-escalate the overall situation in both eastern Syria and Iraq* » (I. ALI, P. STEWART, « *U.S. air strikes in Syria target Iranian-backed militia – Pentagon* », *Reuters*, 26 février 2021).

Le fait présenté comme étant à la source de la riposte en légitime défense américaine est constitué par l'attaque à la roquette menée le 15 février 2021 à l'aéroport d'Erbil au nord de l'Irak contre les forces menées par les Etats-Unis. Cette attaque a causé la mort de

deux personnes dont un entrepreneur civil américain ainsi que huit blessés. C'est l'offensive menée à l'encontre des Etats-Unis la plus meurtrière depuis plus d'un an dans la région, s'inscrivant ainsi dans une escalade des violences entre la superpuissance occidentale, l'Iran et certaines milices chiïtes lui étant liées (M. GAINS, A. WILLIAMS, S. SMITH, « *Iraq rocket attack kills contractor, wounds U.S. service member* », *NBC News*, 16 février 2021).

Il n'était initialement pas clairement établi qui était l'auteur de l'attaque d'Erbil, les Etats-Unis ayant dans un premier temps mentionné leur intention de collaborer avec le gouvernement irakien dans la recherche des responsables (M. GAINS, A. WILLIAMS, S. SMITH, *op.cit.*). Au départ, les Etats-Unis n'ont ainsi pas explicitement relié l'attaque d'Erbil à l'Iran ou à une milice lui étant associée. Cependant, même si le Kataeb Hezbollah n'a pas revendiqué l'attaque, les Etats-Unis n'ont pas tardé à imputer à cette organisation la responsabilité de l'acte (« Syrie : des frappes américaines tuent 22 miliciens pro-Iran », *Courrier international*, 26 février 2021). Ainsi, alors qu'après la frappe américaine du 25 février, la milice pro-iranienne a explicitement rejeté son implication dans l'attaque d'Erbil, les Etats-Unis ont quant à eux confirmé le lien entre les deux permettant dès lors de justifier leur riposte (V. ROMO, « *U.S. Launches Military Airstrikes Against Iranian-Backed Militants In Syria* », *National Public Radio*, 25 février 2021). Subsiste donc encore aujourd'hui une forme d'indétermination quant à la responsabilité réelle de la milice sur l'attaque d'Erbil ayant déclenché une réponse étasunienne. Par ailleurs, les dommages causés par cette dernière n'ont pas été clairement établis, la télévision officielle du régime syrien évoquant le fait que « *the strikes were conducted at dawn against several targets near the Syrian-Iraqi border* », et si un officiel irakien évoque le fait que « *at least one fighter had been killed and four others were wounded* », une source issue d'un hôpital proche du lieu visé évoque quant à elle la mort de 17 personnes (I. ALI, P. STEWART, *op. cit.*). Selon l'Observatoire syrien des droits humains, les pertes humaines s'élèvent au nombre de 22 miliciens tués ainsi que de nombreux blessés potentiels ; quant aux dégâts matériels ils consistent essentiellement en la destruction de camions de munitions (« *Death toll update | 22 militiamen of Iraqi Hezbollah and Iraqi Popular Mobilization Forces in US strikes on Syria-Iraq border* », *Syrian Observatory For Human Rights*, 26 février 2021). Cependant, aucune source indépendante n'a confirmé le nombre de victimes et l'étendue des dégâts.

Cette action, qui est la première action militaire connue réalisée par le Président Biden, prend place dans le contexte de la coalition menée par les Etats-Unis ayant débutée en 2014 sous le nom *Inherent Resolve* et ayant pour objectif initial de lutter contre Daesh en Irak et en Syrie (<https://www.inherentresolve.mil/>). Ainsi, son objet originare n'est pas de lutter contre les milices iraniennes mais force est de constater que, depuis la déliquescence de l'Etat islamique, cet élément est devenu une part non négligeable de son activité (pour un exposé détaillé du rôle de la coalition dans la lutte contre Daesh voir O. Corten « *The Military Operations Against the 'Islamic State' (ISIL or Da'esh) – 2014* » in O. Corten, T. Ruys, A. Hofer (dir.), *The Use of Force in International Law. A Case-Based Approach*, Oxford University Press, 2018, pp.875-877).

Même si, conformément à la politique de désengagement américain au Moyen-Orient, le nombre de personnels américains présents dans la région a fortement diminué (L. C. BALDOR, R. BURNS, Q. ABDUL-ZAHRA, « *Biden: Strikes in Syria sent warning to Iran to 'be careful'* », *Associated Press News*, 27 février 2021), les Etats-Unis mènent

depuis fin 2019 des frappes multiples contre le Kataib Hezbollah présent en Irak et Syrie et responsable de plusieurs attaques à la roquette contre la coalition menée par Washington (« *US carries out airstrike against Iranian-backed militia in Syria in Joe Biden's first military action* », *ABC News*, 26 février 2021). Toujours est-il que concernant l'action du 25 février, les Etats-Unis se sont refusés à frapper directement le territoire irakien pour choisir d'attaquer un complexe situé juste au-delà de la frontière syrienne, cela afin d'éviter tout problème diplomatique avec l'Irak dont le gouvernement est considéré comme « a key partner in the continuing efforts against ISIS ». A l'inverse, le régime syrien n'est quant à lui pas en odeur de sainteté auprès de l'administration américaine tout en étant également un précieux allié pour le régime de Téhéran (H. COOPER, E. SCHMITT, « *U.S. Airstrikes in Syria Target Iran-Backed Militias That Rocketed American Troops in Iraq* », *The New York Times*, 25 février 2021 mis à jour le 3 Mars 2021). La proximité entre l'Iran et la Syrie est d'autant plus importante que ces deux Etats s'apportent un soutien mutuel en matière de défense et d'économie face à des sanctions américaines importantes comme en témoigne un accord bilatéral de défense conclu en juillet 2020 (« Téhéran et Damas renforcent leur coopération face aux pressions de Washington », *The Times of Israël* reprenant l'*AFP*, 8 juillet 2020). Ce n'est de fait pas la première fois que cette milice est la cible des Etats-Unis (voir par ex. S. J. FRANTZMAN, « *US airstrikes target Kataib Hezbollah in Iraq and Syria* », *The Jerusalem Post*, 30 décembre 2019) et les rapports entre les deux se sont détériorés corrélativement à la dégradation des relations américano-iraniennes. En effet, l'Iran apporte un soutien financier, militaire et politique à des groupes armés idéologiquement proches et ayant connu un réel essor suite à leur rôle dans la guerre contre l'Etat islamique en Irak et en Syrie (B. DARAGHI, « *'At least 22 killed' after President Biden orders first military strike* », *The Independent*, 26 février 2021). Ainsi, dans le cadre politique américain, les récentes frappes en Syrie sont interdépendantes de la confrontation avec le pouvoir de Téhéran.

A cet égard, il est indéniable que ces relations se sont fortement détériorées sous la présidence Trump. En effet, les Etats-Unis ont adopté une approche de plus en plus hostile à l'Iran depuis le retrait étasunien de l'Accord de Vienne sur le nucléaire iranien du 14 juillet 2015 avec pour point d'orgue l'assassinat de Qassem Soleimani en Irak, numéro deux du régime iranien en janvier 2020 (sur ce sujet voir par ex. M.E. O'CONNEL, « *The Killing of Soleimani and International Law* », *EJIL :Talk !*, 6 janvier 2020) certains qualifiant même la politique américaine de « pression maximale » contre l'Iran, pression n'ayant pas vraiment fait ses preuves jusqu'à présent (I. WARDE, « *L'administration Biden face au legs des années Trump. Dialogue tendu entre Washington et Téhéran* », *Le Monde diplomatique*, avril 2021, p.11).

L'Iran lui-même adopte une posture assez intransigeante au regard des rares et mesurées mains tendues de l'administration américaine en ayant par exemple refusé le 28 février dernier une proposition de discussion informelle avec les pays occidentaux arguant d'un rejet américain de levée des sanctions économiques (L. KENNOUCHE, « *La carte kurde dans le jeu de Joe Biden face à l'Iran* », *The Conversation*, 21 mars 2021). Pourtant, le nouveau Président Biden semblait émettre une réelle volonté de retour au dialogue entre les deux puissances. En effet, les Etats-Unis ont par exemple annulé le 18 février « une proclamation unilatérale effectuée en septembre 2020 par l'administration Trump sur un retour de sanctions internationales contre l'Iran » (M. DAOU, « *Frappes américaines en Syrie : le prudent message de fermeté de Joe Biden à l'Iran* », *France 24*, 26 février

2021). Ainsi, certains observateurs ont pu constater la recherche d'un nouveau « deal » pour que les Etats-Unis reviennent dans l'*Accord* du 14 juillet 2015 alors même que l'Iran semble méconnaître les restrictions qui lui sont imposées par ce même accord (D. DE LUCE, A. WILLIAMS, « *Biden administration says it's ready for nuclear talks with Iran* », *NBC News*, 19 février 2021). Il faut dire que l'assassinat de Soleimani évoqué précédemment reste encore une blessure vive pour le régime de Téhéran. Dès lors, que cela concerne cet assassinat ou la frappe du 25 février, cela ne vise peut-être pas tant la milice en cause que le régime de Téhéran à travers ses agissements en Irak et en Syrie. Le lien entre les deux actions américaines se voit d'ailleurs dans le fait que la frappe au drone qui a tué le général iranien a aussi tué un allié du Kataeb Hezbollah commandant des Forces populaires de mobilisation irakiennes (M. N. SCHMITT, « *President Biden's First Use of Force and International Law* » *Lieber Institute West point*, 1^{er} mars 2021).

Les réactions internationales ont été pour le moins partagées. Ainsi, sans surprise, les ministres des affaires étrangères iranien et syrien ont souligné « *the need of the West to adhere to U.N. Security Council resolutions regarding Syria* » (I. ALI, P. STEWART, *op. cit.*) et la Syrie ira jusqu'à parler de « *cowardly US aggression* » violant le droit international et risquant d'amener à des « *consequences that will escalate the situation in the region* ». Le régime de Téhéran quant à lui, assimilant comme à son habitude Israël et Washington, y voit une « *continuation of constant Zionist regime raids on Syrian soil* » (B. STARR, O. LIEBERMANN, N. GAOUTTE, « *US carries out air strikes in Syria targeting Iranian backed militias* », *CNN*, 26 février 2021). De manière assez prévisible, la Russie – alliée de ces deux Etats – a adopté un ton réprobateur face à l'action américaine notamment car ces derniers ne l'auraient avertie que cinq minutes avant le bombardement afin de laisser le temps – jugé insuffisant par Moscou – aux éventuels soldats russes sur place de partir tout en évoquant plus généralement une illégalité des opérations américaines en Syrie (D. DE LUCE, M. GAINS, C. GUBASH, K. WELKER, « *Biden orders airstrikes in Syria, retaliating against Iran-backed militias* », *NBC News*, 26 février 2021).

Face à ces critiques émanant d'opposants traditionnels à Washington, des appuis à l'action du 27 février se sont aussi manifestés. Ainsi, la France a apporté son soutien aux Etats-Unis, le Quai d'Orsay indiquant que « face à ces attaques inacceptables et que nous avons fermement condamnées, nous nous tenons aux cotés de nos alliés américains » (« Raids américain en signe d'avertissement contre des milices pro-Iran en Syrie », *Le Point*, 26 février 2021). Dans une perspective similaire, le chef du *Foreign Office* britannique a affirmé *via* son compte Twitter que le Royaume-Uni « *supports the US targeted response against militia groups which attack coalition bases in an effort to destabilize the region* » (<https://twitter.com/DominicRaab/status/1365261647854600193>). De même, Israël allié important des Etats-Unis et ennemi historique des régimes iranien et syrien a considéré l'attaque américaine comme étant un signe positif obligeant l'Iran à la retenue dans ses agressions directes ou celles commises par les milices qu'il soutient (« Israël se réjouit des frappes américaines en Syrie : "Biden n'est pas Obama" », *The Times of Israël*, 26 février 2021 ; pour une présentation plus large de la réaction des Etats voir par ex. L-M. DOLY, « Veille sur le conflit syrien », *Geopragma*, du 6 janvier au 25 mars 2021).

Toujours est-il que cette situation n'arrangera pas les relations du triptyque Etats-Unis/Iran/Syrie alors que l'économie de la République islamique est lourdement impactée par le poids des sanctions économiques étasuniennes et que le gouvernement de Damas

peine à durablement restaurer son autorité face à une situation interne pour le moins chaotique (voir par ex. en ce sens la Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires et Coordonnateur des secours d'urgence des Nations Unies sur la situation humanitaire en Syrie SC/14479 en date du 29 mars 2021). Même si l'administration américaine affirme avoir agi « *in a deliberate manner that aims to de-escalate the overall situation in both Eastern Syria and Iraq* », il est difficile d'y voir un événement favorable à une normalisation des relations régionales (B. STARR, O. LIEBERMANN, N. GAOUTTE, *op.cit.*). Dès lors, il semble que les relations américano-iraniennes ne connaissent pas encore de changement de paradigme en dépit du changement d'administration.

Il demeure cependant une différence fondamentale entre l'action ordonnée par le Président Trump et celle menée par le nouveau Président Biden, différence qui tient moins à la dimension géopolitique qu'à l'argumentation juridique.

Alors même que pour l'assassinat au drone de Q. Soleimani, la Maison-Blanche semblait sous-entendre avoir agi en légitime défense sans mentionner cependant explicitement ni son fondement coutumier, ni l'article 51 de la Charte des Nations Unies (*Statement by the Department of Defense* du 2 janvier 2020), l'argumentaire de licéité utilisé pour la frappe du 25 février dernier apparaît bien plus développé.

Ainsi, le 27 février, 48 heures après l'action américaine, est envoyée une lettre de la Maison Blanche aux leaders du Congrès américain (J. BIDEN, « *A Letter to the Speaker of the House and President pro tempore of the Senate Consistent with the War Powers Resolution* », 27 février 2021) qui présente les fondements juridiques de l'action entreprise. Face à cela, nous pouvons premièrement noter que c'est une justification aux fondements multiples qui est mise en place : l'intervention est présentée comme conforme tant d'un point de vue du droit constitutionnel américain que du droit international public.

Concernant l'ordre interne américain, il est énoncé que cette action est « *consistent with my responsibility to protect United States citizens both at home and abroad and in furtherance of United States national security and foreign policy interests, pursuant to my constitutional authority to conduct United States foreign relations and as Commander in Chief and Chief Executive* ». Cela renvoie, comme l'a énoncé le porte-parole à la Défense J. Kirby, à l'autorité constitutionnelle du Président américain issue de l'article 2 de la Constitution lui attribuant la fonction de commandant en chef. C'est d'ailleurs avant tout sur cet aspect de l'argumentation américaine que des critiques politiques internes se sont faites jour. Ainsi, certains démocrates ont pu reprocher à Joe Biden de ne pas avoir consulté les membres du Congrès avant d'agir, ce qui contreviendrait au droit en vigueur en la matière (D. DE LUCE, M. GAINS, C. GUBASH, K. WELKER, *op. cit.*). C'est donc un fondement différent de celui mobilisé par Trump lors de l'assassinat de Soleimani pour lequel était avancée l'autorisation du Congrès à travers l'*Authorization for Use of Military Force Against Iraq Resolution* de 2002. Certains considèrent que c'est parce que le risque d'escalade dans les relations américano-iraniennes est moindre désormais que l'autorisation du Congrès est moins indispensable (R. GOODMAN, « *Legal Questions (and Some Answers) Concerning the U.S. Military Strike in Syria* », *Just Security*, 1^{er} mars 2021) que dans le cas de l'assassinat du général Soleimani. Cela est aussi probablement lié au fait que la frappe n'a pas eu lieu en Irak mais en Syrie et que de ce fait le fondement juridique interne ne pouvait pas être trouvé dans la résolution de 2002.

Cependant, c'est avant tout par le prisme de la légitime défense et l'énoncé normatif s'y rapportant – à savoir l'article 51 de la Charte – que l'action est justifiée. Il faut à cet égard noter qu'il est assez rare de trouver dans le discours américain postérieur aux années 2000 une évocation explicite de l'article 51 comme fondement de la légitime défense ; il est en effet bien plus fréquent d'assister à des justifications fondées sur le concept général et non sur la règle conventionnelle. Ainsi, alors que les Etats-Unis ont invoqué l'article 51 plus de quatre-cent fois entre 1950 et 2018, seules quatre de ces invocations ont pris place durant les vingt dernières années (sur ce point, voir le recensement très complet et instructif réalisé par les membres du *Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict* intitulé *Quantum of Silence: Inaction and Jus ad Bellum*) ; il est d'ailleurs bien plus courant de voir l'article 51 opposé aux Etats-Unis par un Etat tiers qui considère l'action américaine en légitime défense illicite au regard de ce dernier.

Pour rappel, l'article 51 de la Charte énonce qu'« aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité ». Il est ainsi logique, dans une perspective de mobilisation de cet énoncé normatif, que la représentante américaine ait averti le Conseil de sécurité de la frappe du 25 février comme énoncé précédemment. Il faut noter que l'argumentation américaine, non contente de se rapporter à la Charte, se fonde aussi sur les critères coutumiers de nécessité et de proportionnalité en évoquant une « *necessary and proportionate action* ».

Sur la nécessité, cela renvoie à l'idée qu'il n'y a pas d'alternative au recours à la force pour contrer l'attaque armée et que la réponse en légitime défense vise un élément qui permette d'empêcher l'attaque en cours. Cela ne semble pas poser de controverse importante en l'espèce étant donné que le groupe paramilitaire prospère dans une zone peu contrôlée par le gouvernement syrien, mais aussi parce que la structure visée semblait servir de base pour planifier les attaques menées contre Washington. Par ailleurs, et sans doute dans un objectif argumentatif lié à ce critère de nécessité, les Etats-Unis indiquent avoir mené l'attaque « *together with diplomatic measures including consultation with Coalition partners* » (J. N. STEFANELLI *op. cit.*).

Concernant le critère de proportionnalité, la déclaration de la Maison Blanche précitée semble en adopter une conception en décalage avec la notion traditionnelle. En effet, est évoquée une action « *proportionate to the prior attacks* » (*Press Gaggle by Press Secretary Jen Psaki and Homeland Security Advisor and Deputy National Security Advisor Dr. Elizabeth Sherwood-Randall*, 26 février 2021) alors qu'en principe elle s'apprécie au regard de la finalité et non de l'attaque initiale : il ne faut pas utiliser une force supérieure à celle exigée par les circonstances (c'est en tout cas le positionnement de l'Association du Droit International, sur ce point voir *Final Report on Aggression and the Use of Force, International Law Association*, 2018, p.12). En l'espèce, même si la conception de la proportionnalité des Etats-Unis peut sembler erronée, il ne semble pas que l'action en elle-même ait été considérée comme disproportionnée par les différents observateurs tant du champ académique que politique (par ex. même un auteur postulant l'illicéité de l'action ne le fait pas sur le fondement de la proportionnalité : A. A. HAQUE, « *Biden's First Strike and the International Law of Self-Defense* », *Just Security*, 26 février 2021).

Concernant l'attribution des actes, on pourrait douter de la conformité de l'action avec les critères classiques retenus par la Cour internationale de justice (CIJ) sur le droit de légitime défense face à un acteur non étatique qui en principe impliquent que le groupe soit envoyé par l'Etat ou que l'Etat ait réalisé une participation substantielle à l'action initiale (sur ce point voir par ex. O. CORTEN, F. DUBUISSON, V. KOUTROULIS, A. LAGERWALL, *Une introduction critique au droit international*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2017, pp.452-456). En effet, les Etats-Unis semblent avoir ciblé une infrastructure « *used by Iran-supported non-State militia groups* » sans l'attribuer explicitement à un Etat. Cependant, il ne faut pas y voir ici une révolution par rapport à la pratique étatique antérieure. Depuis le 11 septembre 2001, s'est développée l'idée qu'il est possible de recourir à la légitime défense face à des acteurs non-étatiques, idée largement partagée par les Etats occidentaux dans la lutte contre l'Etat islamique. Toutefois, peut se poser la question du lieu de la frappe : ainsi la Syrie n'a pas consenti à l'attaque contre le groupe paramilitaire sur son territoire, il s'agirait donc *a priori* d'une violation de la souveraineté de l'Etat syrien. De ce fait, les Etats-Unis pourraient prendre des actions licites en Irak pour protéger leurs forces présentes sur ce territoire mais ne pourraient pas prendre des actions licites en Syrie pour assurer leur sécurité en Irak (opinion notamment défendue dans A. A. HAQUE, *op. cit.*). Toutefois, afin de justifier cela, les Etats-Unis mentionnent explicitement la doctrine dite des *unwilling and unable States*. Cette doctrine, désormais adoptée par plusieurs Etats mais rejetée par d'autres – notamment la Syrie – (pour une liste des Etats ayant adopté ou rejeté cette doctrine, voir E. CHACHKO, A. DEEKS, « *Which States Support the 'Unwilling and Unable' Test ?* », *Lawfare*, 10 octobre 2016), consiste en la possibilité pour l'Etat victime d'une attaque armée de recourir à la légitime défense contre un groupe infra-étatique sur le territoire d'un autre Etat si ce dernier ne veut pas ou ne peut pas empêcher les actes illicites de ce groupe alors qu'il a l'opportunité de le faire (sur ce point voir par ex. A. DEEKS, « *'Unwilling or Unable': Toward a Normative Framework for Extra-Territorial Self-Defense* », *Virginia Journal of International Law*, vol 52, n°3, 2012, p.483). Cet argument demeure assez commun dans le registre discursif des Etats occidentaux (il a par exemple été mobilisé dans la lutte contre l'Etat islamique, sur cet aspect voir O. CORTEN, T. RUYS, A. HOFER (dir.), *op. cit.* p.889) et cette continuité interprétative se manifeste d'ailleurs dans le fait que la lettre envoyée au Président du Conseil de sécurité contient une référence explicite à une lettre de même nature envoyée en 2014 et évoquant déjà cette doctrine (S/2014/695).

Se pose aussi la question de la temporalité de l'action, c'est-à-dire le fait que l'action en légitime défense ne doive pas intervenir avant l'attaque armée (sauf à se rattacher à la doctrine de la légitime défense préventive) ni après que cette attaque armée soit terminée (immédiateté). L'action américaine répondant à une action déjà réalisée, il n'est pas ici question de légitime défense préventive. Cependant, concernant le critère de l'immédiateté, la question peut se poser lorsque la Maison blanche indique que « *when threats are posed, [the President] has the right to take an action at the time and in the manner of his choosing* » (*Press Gaggle by Press Secretary Jen Psaki op. cit.*). Cela pourrait donc supposer que le gouvernement américain considère pouvoir agir alors même que l'attaque en cause est terminée depuis un certain laps de temps, ce qui dénote avec la conception traditionnelle de la légitime défense. Toutefois, certains auteurs ont défendu l'idée que l'action à l'origine du recours à la légitime défense est composée d'une série d'attaques formant une « campagne » (en ce sens voir. T. RUYS, *"Armed Attack" and Article 51 of the UN Charter*, Cambridge University Press, 2011). Dans ce cas, la légitime

défense est possible tant que cette campagne perdure, ainsi le Kataeb Hezbollah ayant possiblement encore l'intention de frapper les Etats-Unis, la légitime défense demeure possible (M. N. SCHMITT, *op. cit.*). Cette conception de l'attaque armée n'est pas nouvelle dans le discours étasunien et peut se retrouver dès les années 1990 comme l'attestent plusieurs précédents (R. GOODMAN, *op. cit.*). Cette idée, bien que n'étant pas mentionnée explicitement en l'espèce semble présente en filigrane dans la notification à l'ONU en évoquant le fait que le groupe est « engaged in ongoing planning for future such attacks ». Ainsi, inévitablement la question de la licéité de cette action américaine notamment au regard de l'article 51 a suscité des désaccords au sein de la doctrine américaine où l'on peut trouver des argumentaires en faveur de la licéité de l'action (R. GOODMAN, *op. cit.*) ou au contraire arguant de son illicéité (A. A. HAQUE, *op. cit.*).

Toujours est-il que contrairement à l'administration précédente, un effort de transparence et de justification juridique est à relever ; alors même que Trump ne se rattachait généralement qu'au droit constitutionnel américain dans le cas de frappes en Syrie en 2017 (R. KHEEL, « DOJ: Syria strikes not war in 'constitutional sense' », *The Hill*, 1^{er} juin 2018 ; voir aussi le *Memorandum Opinion for the Counsel to the President* du 31 mai 2018 sur les « April 2018 Airstrikes Against Syrian Chemical-Weapons Facilities ») ou même de l'assassinat de Soleimani (S. M. KIM, « The White House has formally notified Congress of the Soleimani strike », *The Washington Post*, 5 janvier 2020), Biden pour sa première action militaire officielle semble chercher une légitimité dans le texte même de la Charte des Nations Unies. Cela apparaît alors comme une forme de continuité de ses différentes déclarations avançant un retour du multilatéralisme dans la politique juridique extérieure américaine. Cela pourrait être vu comme un signe positif pour les tenants du formalisme juridique car c'est *a priori* renforcer la portée du texte que de s'en servir pour justifier une action. Ainsi, alors même que Donald Trump ne recourait que peu au droit pour justifier ses actions (sur ce point, voir la première partie de l'étude de O. HATHAWAY, « Reengaging on Treaties and Other International Agreements (Part I) : President Donald Trump's Rejection of International Law », *Just security*, 2 octobre 2020), Biden semble renouer avec notre si familière légitimité législative. Par ailleurs, justifier officiellement un acte sur un fondement légal c'est aussi donner l'*opinio juris* de son Etat et de ce fait cela entraîne une modulation, même indirecte, du droit. Ainsi, tant que Biden fondera ses actes en droit, « his administration will continue to use – and shape – international law in justifying such acts » (D. HELGESON, « The Biden Doctrine ? : The February 25 Airstrike in Syria, Article 51, and the Future of International Law in the Biden Administration », *California Law Review*, mai 2021). En l'espèce, en recourant à la doctrine des *unwilling or unable States* et en validant implicitement l'idée d'un droit de légitime défense en cas de « campagne », la nouvelle administration américaine renforce peut-être davantage certaines interprétations – n'étant pas directement issues de l'article 51 – du droit de légitime défense que ne le faisait son prédécesseur en se refusant à se fonder sur le droit. Autrement dit et pour reprendre le célèbre ouvrage de J. AUSTIN, parfois dire c'est faire.

A.B.

ETHIOPIE

**Conflit armé du Tigré :
échec d'un cessez-le-feu
et implications juridiques de la crise humanitaire**

2021/3.46 – Le 28 juin 2021, au terme de près de huit mois de conflit armé, le Gouvernement fédéral éthiopien annonça un cessez-le-feu unilatéral au Tigré, Etat fédéré du nord-est de l’Ethiopie, frontalier de l’Erythrée, du Soudan et des régions éthiopiennes de l’Afar et d’Amhara. Cette annonce devait répondre aux préoccupations de la communauté internationale concernant l’ampleur de la crise humanitaire relative à ce conflit armé. Elle survint à un moment critique, alors que les forces de défense du Tigré (FDT), fidèles au Front de libération du peuple du Tigré (FLPT), regagnaient peu à peu du terrain dans cette région. Les 27 et 28 juin, les FDT reprenaient en effet la plupart des villes du Tigré. Le 28 juin, les forces gouvernementales quittaient précipitamment Mekele, la capitale régionale, reprise dans la foulée par les FDT. Les Nations Unies et l’Union africaine se félicitèrent de l’annonce du cessez-le-feu unilatéral, tout en précisant qu’elle ne pouvait que constituer une première étape vers un retour durable à la stabilité (CSNU, 8812^e séance, vendredi 2 juillet 2021, S/PV.8812). Pour leur part, les FDT posèrent leurs conditions à un cessez-le-feu bilatéral, qui n’a finalement pas été conclu à ce jour. Ces conditions se rapportant en grande partie aux antagonismes initiaux ayant précipité la crise du Tigré, il convient de rappeler le contexte initial d’émergence de ce conflit armé interne éthiopien.

Le conflit armé du Tigré est symptomatique de la crise que traverse le droit constitutionnel éthiopien, marquée par une remise en cause du fédéralisme ethnolinguistique. Cette forme particulière de fédéralisme étatique fut adoptée par l’Assemblée constituante de 1994, largement dominée par la coalition politique issue de l’ancien Front démocratique révolutionnaire du peuple éthiopien (FDRPE), qui avait renversé le gouvernement de la junte militaire du Négus rouge (Derg ou « Gouvernement militaire provisoire de l’Ethiopie socialiste ») au pouvoir entre septembre 1974 et mai 1991. Le fédéralisme ethnolinguistique fut la forme constitutionnelle de l’Etat choisie pour satisfaire l’exigence d’une représentation nationale unitaire, respectueuse des spécificités identitaires des composantes de la population nationale. Ce souci d’équilibre était guidé par les principes de la démocratie représentative, au sein de laquelle le peuple – organe institué – est censé choisir ses représentants, dont le mandat se rapproche en pratique de celui impératif. Dans les Etats multi-ethniques et multinationaux, cette recherche de l’équilibre doit permettre de stabiliser les institutions publiques et la vie politique en prenant mieux en compte les intérêts des diverses composantes de la population.

Le territoire national éthiopien est ainsi divisé en neuf régions ou Etats fédérés appelés *kililoch*, auxquelles s’ajoutent deux circonscriptions urbaines fédérales au statut spécial appelées *astedader akababiwach* : la capitale nationale Addis Abeba, et Dir Dawa. Ces circonscriptions sont constitutionnellement représentatives d’une nation, d’une nationalité ou d’un peuple, comme en témoigne leur dénomination. Le Tigré est ainsi le *kilil* représentatif du peuple tigréen. Le parlement fédéral éthiopien est bicaméral. La chambre basse est constituée par le Conseil des représentants des peuples. Ses 547 membres sont élus pour un mandat de cinq ans au scrutin uninominal majoritaire à un tour dans près de 550 circonscriptions. La Chambre haute, appelée le Conseil de la fédération, représente les nations, nationalités et peuples des Etats fédérés. Ses 153 membres sont élus pour cinq

ans à la proportionnelle : chaque nation ou peuple y est représenté par au moins un membre et gagne un siège supplémentaire par million d'individus qui le compose. Les membres du Conseil de la fédération sont élus par leurs parlements fédérés respectifs, appelés Conseils d'Etat, qui restent libres de déterminer le mode de suffrage applicable à cette élection. Si les Oromo ou les Amhara représentent chacun environ 30% de la population nationale, les tigréens n'en représentent qu'une petite portion – de l'ordre de 5%. En dépit de ce handicap numérique, leur rôle militaire dans le renversement du Derg en 1991 fut fondamental et la place du FLPT au sein FDRPE centrale. Entre 1994 et 2018, le fédéralisme ethnolinguistique avait permis au Tigré et au FLPT de dominer la politique éthiopienne.

Cependant, en avril 2018, Abiy Ahmed, homme d'Etat oromo, accédait aux fonctions de Premier ministre sans passer par les urnes. Il fut désigné par la coalition politique du FDRPE en remplacement de Haïlemariam Desalegn, dont la légitimité fut entamée par le mouvement de contestations populaires de 2015 et 2016. Abiy Ahmed reçut le Prix Nobel de la Paix en 2019 au regard de ses efforts pour formaliser la paix entre l'Éthiopie et l'Erythrée. Il fut effectivement à l'initiative de la « Déclaration conjointe de paix et d'amitié » signée à Asmara le 9 juillet 2018, en déclarant accepter les termes de l'accord d'Alger de décembre 2000 et appliquer la décision de la Commission du tracé de la frontière entre l'Erythrée et l'Éthiopie du 13 avril 2002 concernant la délimitation de la frontière entre les Etats (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXV/83-195.pdf). Les dispositions de la déclaration conjointe prévoient notamment que les deux Etats travailleront à forger une coopération politique, économique, sociale, culturelle et sécuritaire étroite au bénéfice de leurs populations. Sur le plan sécuritaire, la décision du gouvernement fédéral de modifier la composition du Commandement militaire du Nord a constitué le point critique précipitant les hostilités entre l'armée nationale et le FLPT. Le Commandement militaire du Nord est en effet le plus important des quatre commandements régionaux de l'armée nationale éthiopienne. Dominé par le FLPT et basé dans le Tigré, ce commandement régional joua un rôle clé dans la guerre entre l'Éthiopie et l'Erythrée. Les ambitions réformatrices d'Abiy Ahmed sont également perçues comme une menace par le FLPT, qui accueille assez mal toute atteinte à l'équilibre politique fondé sur le fédéralisme ethnolinguistique. Le Premier ministre éthiopien fut en effet à l'origine de la fusion de plusieurs partis de l'ancienne coalition FDRPE en décembre 2019, à l'exception notable du FLPT. Cette nouvelle coalition constitua le Parti de la prospérité en vue de préparer les élections législatives de 2021 et à l'issue desquelles il remporta 410 sièges sur 547 en juin 2021. En mai 2020, l'épidémie de Covid-19 encouragea la Commission électorale à repousser à une date indéterminée cette échéance électorale, initialement prévue pour fin août 2020. Une première fois repoussée au 5 juin 2021, les élections furent finalement organisées le 21 juin 2021 (<https://www.reuters.com/world/africa/ethiopia-hold-delayed-elections-june-21-vote-board-2021-05-20/>). Le Parlement fédéral valida ce report des élections législatives en votant l'extension du mandat des élus du parlement fédéral, dont celui d'Abiy Ahmed censé expirer en octobre 2020. Le mandat des élus des Conseils d'Etat fédérés fut étendu par la même occasion (<https://www.france24.com/fr/afrique/20201225-l-ethiopie-fixe-la-date-du-5-juin-2021-pour-ses-elections>). Le FLPT, se sentant de plus en plus isolé politiquement, refusa le report des élections et l'extension des mandats parlementaires. Il déclara en outre maintenir l'organisation des élections législatives pour l'Etat fédéré du Tigré pour le 9 septembre 2020 et refuser de reconnaître la légitimité du gouvernement d'Abiy Ahmed passé l'échéance de son mandat parlementaire le 5 octobre 2020 (<https://www.nytimes.com/2020/09/10/world/africa/>

ethiopia-tigray-elections-abiy-crisis.html). 152 des 190 sièges étaient mis au vote lors des élections législatives du Tigré. Tous furent remportés par le FLPT au terme d'une élection marquée par un fort taux de participation, de l'ordre de 97% des inscrits. Les 38 sièges restants devaient être redistribués proportionnellement entre les cinq partis politiques représentés au Conseil d'Etat tigréen. En réponse, le gouvernement fédéral déclara ces élections nulles et non avenues et décida la réaffectation des ressources budgétaires fédérales initialement allouées au Tigré. Pour finir, le 3 novembre 2020, le Parlement fédéral qualifia le FLPT de groupe terroriste dont les activités devaient être considérées comme illicites et criminelles, conformément aux dispositions de la Proclamation No. 1176/2020 relative à la Prévention et suppression des crimes terroristes (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0387_EN.html).

Si ces événements précipitèrent le conflit armé du Tigré, une note de l'*International Crisis Group* du 5 novembre 2020 suggère que cette issue était prévisible. Alors que le FLPT avait prévenu que des coupes budgétaires défavorables au Tigré seraient assimilables à un « acte de guerre », le prix Nobel de la paix avait, dès le 2 novembre, subtilement suggéré aux autorités publiques tigréennes de « se préparer à la guerre ». Depuis plusieurs semaines, les deux camps semblaient accepter cette éventualité, glissant sur la pente de la surenchère belliqueuse et précipitant les événements en mobilisant les troupes sur la frontière méridionale du Tigré (<https://www.crisisgroup.org/africa/horn-africa/ethiopia/ethiopia-clash-tigray-getting-ceasefire-and-national-dialogue>). Dans une allocution télévisée du 4 novembre 2020, Abiy Ahmed annonça que des bases militaires des forces de défense nationales éthiopiennes (FDNE) furent attaquées à Mekele et Dansha par les FDT. Le lendemain, consécutivement au lancement d'une opération militaire contre le FLPT, l'état d'urgence était déclaré par le gouvernement éthiopien pour une durée de six mois. Le 8 novembre, le Parlement fédéral adoptait l'acte de dissolution du Conseil d'Etat tigréen.

Après huit mois de conflit armé, le Tigré demeurait sourd aux encouragements à accepter un cessez-le-feu « complet et immédiat », formulés par le Secrétaire général adjoint aux affaires politiques et à la consolidation de la paix du DPPA, ou par le Secrétaire général adjoint par intérim aux affaires humanitaires et coordinateur des secours d'urgence par intérim du BCAH (CSNU, 8812^e séance, vendredi 2 juillet 2021, S/PV.8812). Certaines conditions ont, en effet, été posées par le FDT après que le gouvernement fédéral eut annoncé un cessez-le-feu unilatéral le 28 juin 2021. Le gouvernement autoproclamé du Tigré a en particulier énoncé cinq exigences : 1) le retrait des forces armées éthiopiennes de l'Amhara et érythréennes du territoire tigréen, tel qu'il était délimité avant le commencement du conflit armé ; 2) l'accès de l'aide humanitaire au territoire tigréen ; 3) le rétablissement des infrastructures de service et de communication détruites au cours du conflit ; 4) l'établissement d'une commission d'enquête onusienne indépendante chargée d'enquêter sur les atteintes aux droit international humanitaire et les crimes internationaux perpétrés dans le cadre de ce conflit armé ; et enfin 5) la reconnaissance du gouvernement et du Conseil d'Etat tigréens « démocratiquement élus » en septembre 2020 et la fin des coupes budgétaires fédérales pour le Tigré (<https://www.teneo.com/app/uploads/2021/07/Ethiopia-Tigrays-Turning-Point.pdf>).

L'ensemble de ces réclamations témoigne de l'ampleur de la crise humanitaire qui caractérise ce conflit armé interne. Les sources disponibles soulignent que les forces armées régulières basées dans la région de l'Amhara et la milice Amhara Fano auraient commis des exactions au cours du conflit et ont expulsé violemment les habitants tigréens

de leurs terres situées sur la frontière occidentale du Tigré. Elles avaient aussi repris possession d'une grande partie des territoires perdus par l'Amhara au bénéfice du Tigré en 1991. La participation aux hostilités de forces armées régulières érythréennes – mais aussi somaliennes – a été établie par le Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme en Erythrée, Mohamed Abdelsalam Babiker, dans son rapport du 12 mai 2021 (A/HCR/47/21). Le rapport fait état de frappes aériennes indiscriminées menées par les forces armées éthiopiennes et érythréennes contre des infrastructures civiles de plusieurs villes tigréennes, faisant de nombreuses victimes civiles. L'arrivée consécutive des troupes érythréennes et éthiopiennes dans ces villes au début des hostilités se serait accompagnée de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ces violations, « commises par toutes les parties au conflit contre des civils », auraient consisté en « des exécutions sommaires, des arrestations arbitraires, des violences sexuelles et des pillages généralisés de marchés, d'hôpitaux, de laboratoires et d'habitations ». Il semblerait que les forces érythréennes et somaliennes aient également adopté de tels comportements illicites dans la ville d'Aksoum, inscrite sur la liste du patrimoine mondial de l'Unesco depuis 1980. La ville aurait été pilonnée aveuglément par l'artillerie érythréenne et les hôpitaux de la ville auraient été le spectacle d'exécutions sommaires, de pillages et de destructions. Des allégations de violences sexuelles et sexistes, ou encore de viols collectifs utilisés comme armes de guerre, ont été rapportées par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP, *Résolution sur la mission d'enquête dans la région du Tigré*, CADHP/Res. 482 (EXT.OSXXXII) 2021). En janvier 2021, 1,7 millions de personnes avaient fui le Tigré et 60 000 personnes s'étaient réfugiés au Soudan voisin. En mai 2021, 4,5 millions de personnes – l'essentiel de la population du Tigré – avait besoin d'une aide humanitaire d'urgence (A/HCR/47/21). Ces besoins colossaux sont notamment dus à la famine qui sévit dans cette région en raison de la neutralisation des infrastructures de communication et la destruction de celles de transports, compliquant l'acheminement des denrées de première nécessité par l'aide humanitaire. Il est en effet remarquable que l'annonce d'un cessez-le-feu unilatéral par le gouvernement fédéral éthiopien survint concomitamment à la destruction de certaines infrastructures de transport au Tigré, comme le pont de Tekezé le 1^{er} juillet 2021. Selon la représentante des Etats-Unis au Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU), l'aggravation des conditions d'accès au Tigré pour les travailleurs humanitaires serait davantage le signe de l'établissement d'un « état de siège », plutôt que d'un cessez-le-feu (S/PV.8812). La capacité à circonscrire au maximum les mouvements des FDT était cependant une priorité du gouvernement fédéral éthiopien, qui craignait que les combattants tigréens ne recherchent le soutien logistique du Soudan voisin. Cet Etat frontalier pourrait effectivement trouver là un moyen de contraindre l'Ethiopie à transiger sur la démarcation de la frontière du triangle d'el-Fashaga. La fin d'année 2020 fut marquée par des incidents militaires entre les deux Etats dans les zones de Salam Bir et Mahaj, près de la ville soudanaise de Gedaref (« Sudan army reports victories on Ethiopian border », *Dabanga*, 23 Décembre 2020). Le Soudan pourrait, par la même occasion, contraindre l'Ethiopie à transiger également sur le « barrage de la renaissance », dont la seconde phase de remplissage est en cours.

En plus de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève, se sont plusieurs dispositions du Protocole II de 1977 sur la protection des victimes des conflits armés non internationaux qui semblent avoir fait l'objet de violations au regard des faits rapportés. Les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commises au Tigré, si elles

devaient être confirmées, soulèveraient des questions de responsabilité interétatique au regard des Articles de la Commission du droit international de 2001 (CDI). Se poserait notamment la question de l'imputation au gouvernement fédéral éthiopien des exactions qui auraient été commises par les membres de la milice Amhara Fano au Tigré (article 8 des Articles de la CDI). Si pour l'heure il ne peut s'agir que de spéculations, il paraît difficile d'exclure la possibilité qu'une certaine qualification juridique de ces exactions puisse emporter l'engagement de la responsabilité internationale de l'Ethiopie dans des circonstances similaires à celles de l'affaire *Gambie c. Myanmar* portée devant la Cour internationale de justice (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*). Se posera également la question de l'imputation des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commises par les forces armées érythréennes et somaliennes dans le conflit. Faut-il considérer ces forces armées étrangères comme étant mises à la disposition de l'Etat éthiopien, au sens de l'article 6 des Articles de la CDI ? Il faudrait alors pouvoir établir un « lien fonctionnel » entre ces contingents armés étrangers et les autorités de l'Etat éthiopien. Toutefois, il ne faut pas exclure que la participation de l'Erythrée aux hostilités puisse être présentée comme une modalité d'application de la « Déclaration conjointe de paix et d'amitié » du 9 juillet 2018. Evidemment, les violations rapportées soulèvent la question connexe de l'engagement de la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs et commanditaires.

La qualification juridique du comportement des parties au conflit est fondamentale à sa résolution, qui ne peut se limiter à la tenue d'élections démocratiques, comme l'ont rappelé les membres du CSNU au cours de leur séance du 2 juillet dernier (CSNU, 8812^e séance, vendredi 2 juillet 2021, S/PV.8812). Les membres du CSNU, mais aussi la CADHP, soulignent en particulier le fait qu'une résolution durable du conflit impliquera nécessairement l'établissement des responsabilités, permettant de traduire les auteurs des violations en justice et de fournir les réparations appropriées et la réhabilitation des victimes (*Ibid.*, CADHP, *Résolution sur la mission d'enquête dans la région du Tigré (...), op. cit.*). A cette fin, deux enquêtes internationales parallèles sont – ou devraient – en ce moment être conduites sous l'égide respectif de l'Union africaine et du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. La Commission d'enquête de l'Union africaine a été créée par une résolution de la CADHP du 7 mai 2021 (ADHP/ Res. 482 (EXT.OS / XXXII) 2021). Basée à Banjul et entrée en fonction mi-juin 2021, elle fait face à l'obstruction du gouvernement éthiopien, qui regrette n'avoir aucun contrôle sur les travaux des cinq enquêteurs. Le gouvernement éthiopien se montre plus conciliant dans le cadre de l'enquête conjointe conduite avec le Haut-Commissariat aux droits de l'homme. Mais le Procureur général de l'Ethiopie, M. Gedion Timothewos, dut redoubler d'efforts pour convaincre le Conseil des droits de l'homme de ne pas adopter de résolution sur le Tigré au cours de la session de juin. L'appel à la mobilisation générale lancé par Abiy Ahmed le 10 août 2021 semble indiquer qu'il entendait gagner du temps pour endiguer la contre-offensive des FDI. Une telle résolution aurait selon lui constituée une ingérence dans les enquêtes en cours menées soit conjointement avec le Haut-Commissariat, soit unilatéralement par le gouvernement éthiopien. Il est peu probable que le gouvernement éthiopien puisse continuer à jouer la montre sans faire naître quelques doutes sur sa volonté d'établir les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire au Tigré. Il faut pourtant rappeler que, selon le Conseil des droits de l'homme, ces violations sont imputables à toutes les parties au conflit.

PH. G.

FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL – BANQUE MONDIALE**Initiative de suspension du service de la dette
des pays les plus vulnérables face à la pandémie**

2021/3.47 – La pandémie de la COVID-19 a mis à rude épreuve les finances publiques de nombreux Etats : avec la baisse de l'activité économique, les recettes se sont taries en même temps que les dépenses se sont multipliées afin d'assurer la fourniture en matériel sanitaire, le financement des dispositifs d'aide, ou encore la prise en charge médicale de la population. Les conséquences économiques et sociales sont particulièrement dramatiques pour les Etats qui étaient déjà les plus vulnérables. Selon la Banque mondiale, avant même le début de la crise sanitaire, la dette publique des pays à revenu faible et intermédiaire représentait plus de 50% de leur PIB, et la moitié des pays éligibles aux ressources de l'Association internationale de développement (IDA) étaient surendettés ou au bord du surendettement. Cela a conduit à une réaction rapide des institutions internationales spécialisées dans les questions monétaires et financières. Ainsi, le 25 mars 2020, le Groupe de la Banque mondiale et le Fonds Monétaire International ont conjointement proposé au G20 une suspension du service de la dette des pays les plus pauvres afin de leur permettre de faire face à la crise. Ces pays représentent un quart de la population mondiale et les deux tiers de la population mondiale vivant dans l'extrême pauvreté. La proposition commune a été adoptée par le Comité monétaire et financier international, organe du FMI, et par le Comité du développement, qui regroupe les conseils des gouverneurs du FMI et de la Banque mondiale en avril 2020. La proposition de suspension a par la suite été soutenue par le Club de Paris et par le G20 dans son communiqué adopté à l'issue de la réunion virtuelle des ministres des Finances et gouverneurs de banques centrales du 15 avril 2020. Le même G20 a accepté la prolongation de l'initiative de suspension jusqu'au 30 juin 2021 dans son communiqué du 14 octobre 2020.

Concrètement, il s'agit d'encourager les créanciers des pays les plus pauvres de suspendre temporairement les paiements au titre du remboursement de la dette. L'objectif est que ces pays puissent mobiliser leurs liquidités afin de lutter contre la crise sanitaire et la crise économique et sociale qui lui est associée. Il ne s'agit pas de la seule initiative prise par les institutions monétaires et financières internationales pour permettre aux Etats les plus pauvres de faire face à la crise sanitaire. Entre autres, une aide d'urgence a été décidée par le FMI, au profit d'une trentaine de pays parmi les plus vulnérables, dont une majorité de pays africains. Cette aide provient du fonds fiduciaire d'assistance et de riposte aux catastrophes (ARC) qui date de 2015 et couvre un éventail large de catastrophes, non limité aux catastrophes naturelles, mais incluant les épidémies à propagation rapide. Ce fonds fiduciaire ARC, dont l'alimentation dépend des contributions des Etats membres, permet au FMI d'accorder un allègement de dette sous forme de dons aux pays bénéficiaires. En février-mars 2015, trois pays touchés par l'épidémie d'Ebola avaient reçu une aide de près de 100 millions de dollars. Mais face à la pandémie de la COVID-19, la mobilisation du fonds fiduciaire ARC a changé d'échelle : en mars 2020, le FMI a entrepris une levée de fonds à hauteur de 1 000 milliards de dollars, qui a d'abord concerné 25 pays pour une durée de 6 mois. Le dispositif a depuis été étendu à 28 pays et renouvelé par période de 6 mois jusqu'en octobre 2021 avec l'accord du Conseil d'administration du FMI. Quant à la Banque mondiale, entre avril et décembre 2020, elle a engagé 19,5 milliards de dollars de financements pour les pays participants à l'initiative de

suspension du service de la dette du G20, dont 6,8 milliards de dollars sous forme de dons n'impliquant aucun remboursement.

Un an plus tard, la pandémie et la crise économique et sociale associée s'éternisant, le FMI et le Groupe de la Banque mondiale ont à nouveau, lors des Réunions de printemps de mars 2021, proposé au G20 de prolonger l'Initiative de Suspension du Service de la Dette (dite « ISSD ») jusqu'à la fin de l'année 2021. Cela a été salué par António Guterres qui avait appelé de ses vœux l'adoption d'un moratoire sur le paiement de la dette, l'allègement d'une partie de la dette, et l'émission de droits de tirage spéciaux au profit des États les plus vulnérables se trouvant en besoin urgent de liquidités. Plus généralement, le Secrétaire général des Nations Unies a appelé à une réforme de l'architecture internationale de la dette. Sur ces questions, il ne dispose d'aucune compétence propre, mais il peut user de l'influence morale que lui procure sa position, en particulier auprès d'institutions spécialisées des Nations Unies comme le sont le FMI et les institutions du Groupe de la Banque mondiale. D'autant que la crise de la dette met en péril la réalisation d'ici à 2030 de nombreux objectifs de développement durable de l'ONU, à commencer par l'élimination de la pauvreté et de la faim dans le monde. On rappellera qu'au sein de l'ONU, l'ECOSOC est compétent pour coordonner les activités des institutions spécialisées et peut leur adresser des recommandations. Le 7 avril 2021, le G20 a accepté pour une dernière fois de prolonger la suspension du remboursement de la dette des pays les plus pauvres.

On voit ainsi intervenir une multitude d'acteurs internationaux, aux statuts et compétences variés, et une chaîne de délibération complexe assez caractéristique du domaine monétaire et financier international. D'un côté, le FMI, organisation qui a pour spécialité les relations monétaires entre États, et de l'autre, le Groupe de la Banque mondiale, qui intervient au soutien de la réduction de la pauvreté et du développement, et qui comprend cinq institutions, chacune fondée sur un traité distinct avec ses États membres et moyens d'action propres. Pour mémoire, ces institutions sont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), créée en 1944 pour assurer la reconstruction d'après-guerre et qui accorde aujourd'hui des prêts et garanties aux pays intermédiaires solvables pour financer des projets de développement ; l'Association internationale de développement (IDA) créée en 1960 et qui octroie des prêts à des taux faibles, voire nuls aux pays les plus pauvres ; la Société financière internationale (IFC) créée en 1956 et qui soutient le secteur privé dans les pays en développement ; l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) étrangers dans les pays en développement qui date de 1988 ; et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) établi en 1966. FMI et Groupe de la Banque mondiale se sont cependant contentés d'émettre une proposition et s'en sont remis à l'accord du G20, composé des ministres des Finances et gouverneurs de banques centrales des vingt principales économies mondiales. Or, le G20 est une institution politique, sans fondement conventionnel, créée en 1999 en vue d'assurer la stabilité financière mondiale. Il procède par le biais de communiqués adoptés par consensus lors de ses sommets : il n'a pas de pouvoir de décision contraignant. Quant à la mise en œuvre de la suspension, elle revient en aval aux institutions qui l'ont proposé : FMI et Banque mondiale.

Cette suspension est fondée sur une demande officielle de chaque État à ses créanciers, mais elle s'accompagne ensuite assez classiquement d'une conditionnalité dont le suivi doit être assuré par le FMI et la Banque mondiale : les États bénéficiaires de la suspension s'engagent à utiliser les ressources ainsi dégagées pour financer une hausse des dépenses sociales, sanitaires et économiques en réponse à la crise. Une telle condition témoigne

d'une évolution, la conditionnalité des institutions de Washington ayant longtemps été orientée vers la réduction des dépenses publiques. Une obligation de transparence est aussi imposée aux Etats bénéficiaires de la suspension, qui doivent communiquer tout engagement financier du secteur public. Enfin, ces Etats supportent une obligation de limiter, pendant la durée de la suspension, leurs emprunts non concessionnels, c'est-à-dire des emprunts n'impliquant pas une part de don suffisant. Cela montre à quel point la dette conduit à un encadrement strict de l'exercice de la souveraineté, quand bien même le consentement des Etats concernés est formellement requis.

Cependant, même avec l'appui du G20, la portée d'une telle initiative interroge compte tenu de la complexité de la dette des Etats concernés. D'emblée la suspension proposée apparaît doublement limitée. D'abord, quant aux Etats qui peuvent en bénéficier puisqu'il s'agit des pays éligibles aux ressources de l'IDA et des pays les moins avancés qui assurent régulièrement le service de leur dette auprès du FMI et de la Banque mondiale. Les pays IDA sont identifiés sur la base d'un critère de pauvreté relative, leur revenu national brut ne devant pas dépasser un seuil préétabli et actualisé annuellement. Les pays les moins avancés sont recensés par l'ONU, la liste étant actualisée tous les trois ans, sur la base des critères du revenu par habitant, du capital humain et de la vulnérabilité économique. Au total, plus de 70 Etats sont couverts par l'initiative. Restent donc exclus de nombreux Etats à revenus intermédiaires qui ont également été gravement impactés par la pandémie, en particulier ceux dont l'économie était très dépendante des activités du tourisme, et qui représentent près de 60% de la pauvreté mondiale. Ensuite, l'initiative est limitée quant aux créanciers entrant dans le champ de la suspension puisqu'il s'agit essentiellement des créanciers publics bilatéraux. La dette publique bilatérale concernée s'élevait à 14 milliards de dollars en 2020. La dette multilatérale n'est pas couverte, autrement dit, ne sont pas inclus les paiements dus au FMI et à la Banque mondiale (ou aux autres banques multilatérales de développement), dont les besoins de financement se sont accrus avec la crise, afin de leur permettre ... d'accorder des prêts à des conditions favorables aux Etats en difficulté. La logique n'est pas évidente. De plus, la dette des Etats est fragmentée non seulement entre créanciers publics, mais aussi créanciers privés. A cet égard, le G20 a bien appelé et même « *fortement encouragé* », selon son communiqué du 14 octobre 2020, les créanciers commerciaux à participer à l'initiative de suspension. Mais, et c'est l'élément central, il faut en toute hypothèse relativiser la portée juridique de l'initiative du G20. L'intervention du G20 s'explique par son pouvoir d'impulsion et d'influence politique, mais celui-ci ne dispose pas du pouvoir de contraindre les Etats ou les particuliers qui disposent d'un contrat de prêt valide de suspendre leur exécution. La suspension reste ainsi dépendante de la bonne volonté de chaque créancier public bilatéral, des créanciers dont les budgets n'ont pas échappé à l'effet désastreux de la pandémie, et de la loi applicable aux contrats de prêt. Du point de vue du droit international, cela interroge sur la possibilité pour de tels créanciers d'user de la suspension pour s'ingérer dans les affaires intérieures des Etats débiteurs. Ainsi, on rappellera que la Chine est le principal créancier public de nombreux pays africains : en mars 2020, sur 365 milliards de dollars de dette publique africaine, 145 milliards étaient dus à la Chine. Or, cette même Chine produit du matériel et un vaccin servant la lutte contre l'épidémie qu'elle peut souhaiter exporter, sans compter ses multiples investissements sur le continent africain.

En pratique, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} mai 2020, l'initiative aurait permis d'alléger la dette de plus de 40 pays, pour un montant total qui s'élèverait à 13 milliards de dollars au 30 juin 2021. Cependant, David Malpass, le Président du Groupe de la Banque mondiale, dans un discours prononcé le 29 mars dernier à la *London School of Economics*, soulignait que les niveaux de suspension souhaités n'ont pas été atteints, car de nombreux créanciers publics bilatéraux n'ont pas participé. Et au-delà des créanciers publics, les créanciers privés ont continué de recevoir intégralement leurs paiements. On rappellera que les suspensions ou rééchelonnements de dette ne sont pas sans risque pour un Etat, même avec le soutien de la communauté internationale. On sait par exemple que plusieurs tribunaux arbitraux ont considéré que les bons du Trésor relevaient de la définition de l'investissement au sens des traités de protection des investissements internationaux et à ce titre pouvaient donner lieu à des réclamations internationales en cas d'expropriation, de traitement discriminatoire, ou contraire aux attentes légitimes des détenteurs de ces bons, par exemple des fonds d'investissement. La plupart des traités ne contenant pas de clauses expresses d'exception, en particulier en cas d'urgence sanitaire, il faut s'en remettre à l'interprétation retenue par chaque tribunal des obligations conventionnelles et espérer qu'elle intègre une marge de manoeuvre suffisante au profit de l'Etat mis en cause. A cet égard, on notera une piste évoquée par David Malpass afin d'inciter davantage les créanciers privés à participer à l'initiative : les Etats pourraient modifier leur législation en matière d'immunités et refuser toute saisie par des créanciers privés refusant de participer à l'initiative de suspension ou à tout autre cadre commun de traitement de la dette auquel ils adhèrent. On pourrait alors s'attendre à ce que les créanciers recherchent l'Etat dont la législation ou la pratique juridictionnelle en matière d'immunités resterait la plus favorable.

Plus généralement, on peut se demander si une suspension temporaire partielle des paiements, soumise à plusieurs renouvellements pour des périodes de six mois, mais vouée à s'arrêter rapidement, est une solution viable à la crise de la dette des pays les plus pauvres : il y a peu de chance d'une reprise économique rapide et suffisante qui permettrait un retour à des niveaux d'endettement plus modérés et une reprise du service de la dette sans risque de faillite. En ce sens, plutôt qu'une suspension, plus de 250 organisations non gouvernementales ont appelé le G20 à décider d'une annulation d'une partie de la dette des Etats concernés. On relèvera qu'une telle annulation se heurterait aux mêmes difficultés que la seule suspension à savoir l'absence de pouvoir de décision du G20, la multitude des créanciers, des lois applicables, et le risque de recours de certains créanciers. On rappellera aussi qu'il n'existe toujours pas de mécanisme international de faillite souveraine. C'est d'ailleurs une autre piste qu'explorent le FMI et la Banque mondiale. Lors des mêmes réunions de printemps de mars 2021, l'idée fut avancée de rechercher des moyens permettant aux pays les plus vulnérables de faire face non seulement à la crise de la dette, mais aussi à la crise écologique, dont ils sont les premières victimes. L'OCDE et l'ONU ont été associées à la réflexion, dont le résultat pourrait être présenté lors du sommet de la COP 26 qui doit se tenir en novembre 2021 à Glasgow. Un échange de dette contre des investissements dans des projets adaptés au changement climatique est notamment envisagé. Là encore un tel outil ne pourra être mobilisé qu'avec l'acceptation des Etats créanciers. Il contribuerait à l'émergence d'une conditionnalité « verte ». En toute hypothèse, une solution à la crise de la dette, aujourd'hui doublée de la crise sanitaire et de la crise environnementale, ne pourra être trouvée qu'au niveau multilatéral en intégrant de nombreuses institutions et en tenant compte du rôle des acteurs privés. La crise de la COVID-19 n'a fait qu'aggraver une crise de la dette préexistante et mis en lumière l'urgence d'y trouver une solution viable. M.F.

FRANCE (GUYANE FRANÇAISE) / SURINAME

**Signature du « Protocole en vue de délimiter la frontière
entre la Guyane française et le Suriname sur le Maroni et la Lawa »
(15 mars 2021)**

2021/3.48 – Est-il encore opportun d'établir des frontières fluviales ? La question peut surprendre, elle n'en a pas moins été posée eu égard aux désavantages et désagréments d'un tel procédé (F. SCHRÖTER, « Les systèmes de délimitation dans les fleuves internationaux », *AFDI*, 1992, p. 962). Car les fleuves, en tant qu'espaces aux contours relativement instables, se prêtent malaisément à la conception d'une frontière comprise comme une ligne fixe de répartition entre territoires. Par ailleurs, en tant qu'ils peuvent également constituer des lieux de vies, la séparation induite par la frontière pourra s'avérer très préjudiciable aux populations y résidant. Ces considérations n'empêchent cependant pas que des fleuves continuent de servir à l'établissement de frontières. En atteste la signature, le 15 mars 2021, du « Protocole en vue de délimiter la frontière entre la Guyane française et le Suriname sur le Maroni et la Lawa »¹. Ce texte témoigne alors de l'« actualité du droit des fleuves internationaux » (B. AURESCU et A. PELLET (dir.), *Actualité du droit des fleuves internationaux*, Paris, Pedone, 2010), au double sens de phénomène pérenne (actuel) saisi par un droit enregistrant à ce sujet quelques évolutions (actualisé).

Contexte. Le protocole s'inscrit dans une séquence longue débutée au XVII^{ème} siècle. Angleterre, France et Provinces-Unies se disputent alors le plateau des Guyanes au nord-est du continent sud-américain. Tous trois conviennent de prendre appui sur les « frontières naturelles » que constituent les fleuves afin de délimiter les zones qu'ils revendiquent (S. GRANGER, « Le Suriname, un Etat atypique d'Amérique du Sud entre Amazonie, Caraïbes... et France », *Diplomatie magazine*, 22 avril 2019). Telle est notamment la fonction assignée au fleuve Maroni séparant les colonies française et hollandaise. L'accord, initialement informel, pour y placer la frontière n'empêche pas que naissent dès le 19^{ème} siècle des tensions entre les deux riverains autour de l'utilisation du fleuve (T. BELLARDIE, « Diplomatie et politique coloniale aux marges de la Guyane française : la France et le Maroni (1848-1892) », *Outre-Mers. Revue d'histoire*, 1997, n°315, pp. 85-106). Elles s'accroissent au début du XX^{ème} siècle, de sorte qu'une clarification de la position de la frontière ainsi que du régime applicable dans cet espace s'imposent. C'est l'objet de la « Convention pour fixer la frontière dans une partie du fleuve frontière » signée à Paris le 30 septembre 1915 (entrée en vigueur le 16 septembre 1916). Ce traité pose, sur le premier point, le principe selon lequel la frontière sera « constituée par la ligne médiane des eaux ordinaires » (article premier) – réservant cependant le sort de trois îles nommément attribuées à titre exclusif aux Pays-Bas (2) et à la France (1) ; sur le second, il consacre entre autres le principe de la liberté de navigation (article 2).

La Convention de Paris ne porte que sur une partie du fleuve Maroni, la plus peuplée, à savoir celle s'étendant de l'extrémité septentrionale de l'île néerlandaise Stoelman à l'extrémité orientale de l'île française Portal. Les discussions entamées dans les années 1930 afin de régler la situation du reste du fleuve ne permettent pas de s'accorder sur un

¹ Le texte du Protocole n'est pas encore publié, dans l'attente de l'achèvement des procédures internes de ratification. L'auteur tient donc ici à remercier la Direction des Amériques et des Caraïbes et la Direction des Affaires juridiques du Ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères pour lui avoir permis d'en prendre connaissance.

texte commun. Elles sont suspendues avec le déclenchement de la Seconde guerre mondiale (P. BLANCODINI, « La frontière Suriname – Guyane française : géopolitique d'un tracé qui reste à fixer », *Géoconfluences*, septembre 2019, <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/dossiers-thematiques/la-frontiere-discontinuites-et-dynamiques/articles-scientifiques/maroni-frontiere-guyane-suriname>). Le contexte de la décolonisation (autonomie puis indépendance du Suriname en 1975) ne s'avère pas propice à la reprise de négociations que rendent impossibles le coup d'état militaire au Suriname (1980) et la guerre civile qui s'ensuit (1986). L'accord de paix signé en Guyane (Kourou) en 1989 puis la fin de la guerre civile (1992) ouvrent la voie à un rapprochement entre Paramaribo et Paris. Il permet le déploiement puis le renforcement d'une coopération transfrontalière, notamment dans le cadre de la lutte contre des activités illégales particulièrement répandues dans la région (orpaillage illégal, trafic de drogue).

Cette coopération semble se satisfaire de l'incertitude concernant le tracé de la frontière jusqu'à l'irruption d'une série d'incidents à l'automne-hiver 2018 (sur cette séquence, voy. : P. BLANCODINI, « Fleuve Maroni : la frontière France-Suriname enfin tracée », *Diplomatie*, n°109, mai-juin 2021, pp. 62-62 ; « Guyane Française – Suriname : le tracé définitif de la frontière officiellement fixé sur 400 km », brève de *Géoconfluences*, mars 2021, <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/actualites/veille/breves/trace-frontiere-france-suriname>). Ils ont précisément pour toile de fond la coopération transfrontalière et pour point de départ la destruction par les autorités françaises de sites d'orpaillages clandestins installés sur des îlots situés sur le Maroni. D'abord silencieuses, les autorités surinamiennes se font par la suite l'écho (février 2019) de la vive émotion exprimée, notamment sur les réseaux sociaux, par une partie de sa population. Le contexte pré-électoral au Suriname, durant lequel le sujet s'invite dans les débats, contribue d'autant plus à crisper les positions que la protestation de Paramaribo s'articule autour d'une remise en cause de la compétence territoriale des autorités françaises à l'égard des îlots concernés, que le Suriname revendique. Ces incidents révèlent alors les failles d'une cartographie IGN accordant, sans cohérence apparente, certaines îles à l'un ou l'autre des riverains ; et réveillent le différend territorial entre tous deux. Les conclusions de l'enquête diligentée par les autorités françaises, concluant à l'appartenance des îlots disputés à la France, exacerbent les tensions.

La décision du Suriname de suspendre la coopération transfrontalière ne s'accompagne cependant pas d'une rupture des discussions. Les travaux de la commission instituée fin 2018 avec pour mission de négocier un nouvel accord se poursuivent. Ils aboutissent, avec une certaine célérité d'ailleurs, à un texte que signent à Paris le 15 mars 2021 le ministre français de l'Europe et des Affaires étrangères (Jean-Yves Le Drian) et le ministre du Suriname des Affaires étrangères, du Commerce international et de la Coopération internationale (Albert R. Ramdin). Ce Protocole portant délimitation de la frontière entre la Guyane française et le Suriname est alors annexé à la Convention de Paris qu'il vient modifier et amender.

Contenu. Le Protocole procède, en premier lieu et pour l'essentiel, à une extension géographique du champ d'application de la Convention de Paris. On l'a vu, celle-ci ne concernait qu'une partie du fleuve Maroni ; dans le Protocole, cette portion devient l'une des quatre sections « de la frontière entre la Guyane française et le Suriname » qu'il identifie (article 1^{er}, « Extension de la Convention de 1915 »). Procédant de l'aval à l'amont, il dénomme « Section 1 » la partie du fleuve Maroni allant de son embouchure dans l'océan Atlantique à l'île Portal – à cet égard, le Protocole renvoie la détermination de la ligne de clôture de l'embouchure à l'« Accord de délimitation maritime entre le

gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Suriname » signé à Paris le 8 novembre 2017 (entré en vigueur au 1^{er} décembre 2018). La « Section 2 » correspond, ensuite, à la portion couverte par la Convention de Paris. La « Section 3 » la prolonge vers l'amont jusqu'à « la jonction des rivières Lawa, Litani et Marouini ». En plaçant ici la frontière sur la Lawa, l'un des affluents du Maroni, le Protocole reprend la solution de la sentence arbitrale rendue le 25 mai 1891 par l'Empereur Alexandre III, dans le cadre du différend entre la France et les Pays-Bas (la France prenait à l'époque position pour un autre affluent du Maroni, le Tapanahoni, position qui lui permettait d'étendre plus à l'ouest son territoire). La « Section 4 », enfin, est située en amont de la jonction des rivières de la Lawa, de la Litani et du Marouini.

Pour cette partie le Protocole ne tranche pas la question, encore non résolue, de la rivière (Litani ou Marouini) sur laquelle placer la frontière (les cartes de la France et du Suriname divergent sur ce point). Cette Section 4 n'est dès lors pas concernée par l'extension géographique de la Convention de Paris que réalise le Protocole du 15 mars 2021, laquelle porte donc uniquement sur les sections 1 et 3 – pour lesquelles « [l]a Convention est déclarée pleinement applicable » (article 1, 6). La portée de cette extension peut en outre, formellement, sembler assez limitée ; elle n'en reste pas moins, sur le fond, réelle. Cela est manifeste si l'on considère ce qui constituait le premier objet de la Convention de Paris, à savoir la détermination de la ligne frontière : d'un côté et sur la forme, le Protocole ne se contente pas de procéder au renvoi de la disposition pertinente dans le texte auquel il est annexé, mais détaille la méthode de détermination pour les sections 1 à 3 (article 2, « Détermination de la frontière ») ; de l'autre et sur le fond, l'article 2 reproduit en substance la disposition ayant le même objet dans la Convention de Paris. Cette inspiration concerne alors tant la méthode générale que la prise en compte des îles.

Sur le premier point, le Protocole reprend le principe consacré dans la Convention de Paris en énonçant que la frontière sera constituée par la « ligne médiane des eaux ordinaires » - entendue « comme une ligne équidistante des rives » (article 2, 1). Le choix de cette méthode est significatif. Quatre options s'offrent classiquement aux riverains souhaitant placer une frontière sur un fleuve international (F. AUMOND, « Les fleuves contigus », *Questions internationales*, n^{os}79-80, mai-août 2016, pp. 72-77) : la double frontière à la rive (aucune souveraineté ou exercice partagé de la souveraineté [*condominium*]) ; la frontière à la rive (souveraineté exclusive de l'un des riverains) ; la ligne médiane (souveraineté de l'un ou l'autre des riverains, en suivant une ligne continue formée des points situés à équidistance des points les plus proches de la rive) ; le *thalweg* (souveraineté de l'un ou l'autre des riverains en suivant, soit, une ligne formée par la succession ininterrompue des points de sonde les plus profonds, soit, le chenal principal utilisé par les bateliers pour descendre le fleuve, soit, la ligne médiane située au niveau du chenal principal). Le constat d'une certaine tendance consistant, dans les traités de délimitation, à privilégier la méthode du *thalweg* pour les fleuves navigables et celle de la ligne médiane pour les autres a alors pu être considéré comme soutenant l'émergence d'une règle coutumière. Le choix d'utiliser la ligne médiane pour le Maroni et la Lawa – tous deux navigables – confirme cependant l'absence d'uniformité de la pratique sur ce point et alimente les doutes quant à l'existence d'une telle règle (L. CAFLISCH, « Essai de typologie des frontières fluviales », *in Actualité du droit des fleuves internationaux*, *op. cit.*, pp. 21-22). Laquelle ne semble pas (encore) d'actualité.

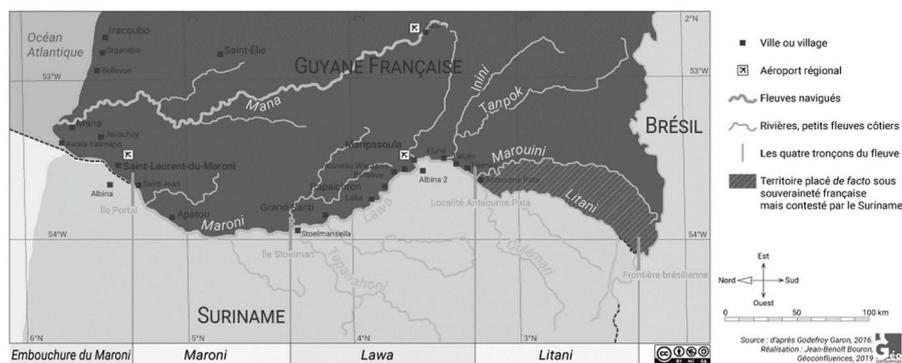
En réalité, les discussions entre Paramaribo et Paris concernant la frontière fluviale paraissent n'avoir pas tant porté sur le choix de cette méthode générale que sur le sort à réserver aux quelques 950 îles présentes dans la partie du fleuve concernée. A ce sujet, le Protocole trouve de nouveau inspiration dans la Convention de 1915 à laquelle il emprunte la distinction entre deux situations. Est tout d'abord posé comme principe l'indexation du rattachement des îles sur le tracé de la ligne frontière du fleuve. Cette méthode prévaut pour l'essentiel des îles, considérées ainsi comme relevant intégralement du territoire de l'un ou l'autre riverain selon qu'elles sont situées, en totalité ou du moins dans leur plus grande partie, à l'ouest (elles sont surinamiennes) ou à l'est (elles sont françaises) de la ligne médiane. Une telle méthode purement géographique fait cependant abstraction de l'élément humain et s'avère par conséquent mal adaptée au cas des îles habitées. Cette considération a donc justifié – et c'est la seconde situation déjà présente dans la Convention de 1915 – des dérogations au principe de l'indexation sur la ligne médiane par l'attribution de certaines îles nommément désignées à l'un ou l'autre Etat (article 2,2).

La présence des innombrables îles sur le fleuve Maroni et sur la Lawa fonde, de manière générale, l'intérêt du Protocole (sur les enjeux liés aux îles fluviales, voy. : Cl. PHILIPPE, « La prise en compte des îles », in *Actualité du droit des fleuves internationaux*, op. cit., pp. 41-51). Il s'observe, déjà, dans leur prise en compte en tant que « circonstances particulières » intervenant dans le tracé d'une frontière au niveau d'un fleuve international. Il participe au-delà d'une certaine « actualisation » de la matière en illustrant le fait que ces circonstances ne sont plus seulement à appréhender à l'aune du critère de la navigabilité (comme l'illustre l'arrêt de la Cour internationale de justice en l'affaire de *l'île de Kassikili/Sedudu* [Bostwana c. Namibie], 13 décembre 1999), mais qu'elles doivent également intégrer, lorsqu'elle est présente, une dimension humaine. En cela, les îles fluviales rejoignent la situation des îles « maritimes » (SFDI Journée de Paris, *Iles et droit international*, Paris, Pedone, 2020). Cette (relative) actualisation des méthodes de délimitation s'accompagne d'une autre, au niveau du procédé de tracé de la frontière, lequel a été en l'occurrence entièrement réalisé numériquement à partir d'un système géodésique international unifié (*International Territorial Reference Frame*). L'Annexe 3 du Protocole, dont l'Annexe « fait partie intégrante » (article 3), reporte ainsi les 2237 coordonnées géographiques permettant de dessiner la ligne frontière. Sa « permanence » (article 3), consacrée de manière générale par le principe (juridique) de l'intangibilité, est ici prolongée par la stabilité du procédé de tracé assurée par sa numérisation.

Prolongements. Pour ce qui est des relations entre la France et le Suriname, la signature du Protocole ne constitue qu'une étape. Déjà, l'entrée en vigueur de cet accord en forme solennelle suppose « l'accomplissement des procédures constitutionnelles requises » pour chacun des signataires (article 8). Ensuite, on l'a indiqué plus haut, il ne couvre pas l'intégralité de la frontière entre les deux Etats. Il leur revient par conséquent d'entamer de nouvelles discussions concernant la délimitation de sa dernière portion (Section 4). En outre, le Protocole n'est qu'un accord de délimitation ; des trois dimensions que revêt le fleuve dans les relations entre riverains (frontière, voie de communication, réservoir de ressources), il n'a pour objet que de régler la première. Pour ce qui est de la deuxième, l'extension du champ d'application *ratione loci* de la Convention de Paris a certes pour conséquence une extension du principe de liberté de circulation, qui couvre désormais la partie allant de l'embouchure du Maroni jusqu'à la jonction entre la Lawa, la Litani et le

Marouini. Reste cependant encore à en définir le contenu et les contours. Ce dont conviennent d'ailleurs les deux parties au Protocole lorsqu'elles évoquent, dans son préambule, la « nécessité de préciser davantage différentes dispositions de la Convention dans un accord frontalier général » puis conviennent, dans son article 4, « de définir, dans un accord-cadre frontalier, des dispositions communes pour la gestion du fleuve et le développement de la zone frontière ». Ce texte devrait ainsi expressément intégrer les enjeux liés à la troisième dimension des relations frontalières entre les riverains, concernant les ressources. A cet égard, il y a lieu de considérer la « Déclaration conjointe portant sur la gestion commune du fleuve Maroni et de la rivière Lawa ainsi que sur le développement commun de la zone frontière » adoptée le même jour que le Protocole comme une première étape. La gestion des ressources, enfin, implique leur protection notamment contre les activités d'exploitation illégale. Tel est l'objet de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale signée également le 15 mars 2021 par le ministre français des Outre-mer (Sébastien Lecornu) et le ministre surinamien des Affaires étrangères, du Commerce international et de la Coopération internationale (Albert R. Ramdin).

Le « Communiqué-conjoint franco-surinamien sur la frontière entre la Guyane française et la République du Suriname » du 15 mars 2021 indique à ce sujet que les ministres de la justice français (Eric Dupond-Moretti) et surinamien (Kenneth Amoksi) se réjouissent de la signature de ce texte « qui permettra de favoriser une coopération efficace et fluide entre les autorités judiciaires françaises et surinamiennes, sur la base d'un cadre garantissant un haut niveau de protection des droits » (<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/suriname/evenements/article/communiqué-conjoint-franco-surinamien-15-03-21>). Ils confirment ce faisant que, pour les trois dimensions du régime juridique applicable sur et aux abords d'un fleuve international (frontière, voie de communications, réservoir de ressources), la dimension humaine doit demeurer une préoccupation majeure. Et elle doit d'autant plus l'être lorsque la première (frontière) peut avoir des incidences sur la vie des populations fluviales. Lesquelles pourront, à défaut, être pleinement justifiées à mettre en doute l'opportunité des frontières fluviales.



Source : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/actualites/veille/breves/trace-frontiere-france-suriname>
F.A.

FRANCE – MALI

**Opération Barkhane : rapport de la MINUSMA
sur l'opération aérienne française près du village de Bounti**

2021/3.49 – La presse française et internationale ne manqua pas de relever l'événement. De manière inédite dans le cadre de l'opération *Barkhane*, un rapport de la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA) fut rendu public le 30 mars 2021, révélant les conclusions d'une enquête interne sur une opération aérienne menée par la France dans le centre du Mali, près du village de Bounti, en janvier de l'année (« L'armée française aurait bien commis une bavure au Mali, selon un rapport de la Minusma », *Le Monde*, 31 mars 2021 ; « French airstrike in Mali killed 19 civilians, U.N. investigation finds », *The Washington Post*, 30 mars 2021 ; « Deaths of 19 civilians in French airstrike in Mali disputed by Paris », *The Guardian*, 30 mars 2021 ; « French air attack in Mali killed 19 unarmed civilians, UN says », *Al Jazeera*, 30 mars 2021 ; « Mali : Barkhane a bien bombardé un mariage à Bounti, selon la Minusma », *Jeune Afrique*, 30 mars 2021). Le 3 janvier en effet, les forces françaises engagées dans l'opération *Barkhane* déployèrent des moyens aériens contre ce que le ministère des Armées indiqua alors être l'un des groupes armés terroristes (GAT) les plus actifs de la région, la *Katiba Serma*, à l'organisation très obscure mais dont le champ d'action pousse jusqu'au Burkina Faso. Depuis plusieurs temps déjà, l'armée française menait contre elle des attaques aériennes et au sol (« Mali: qui est la katiba Serma, cible d'une opération antiterroriste? », *Rfi*, 9 janvier 2019). En l'espèce, et selon les termes du communiqué de presse du ministère des Armées du 7 janvier, « cette action de combat mettant en œuvre un drone REAPER et une patrouille de deux Mirage 2000 a permis de neutraliser une trentaine de GAT. Les éléments disponibles, qu'il s'agisse de l'analyse de la zone avant et après la frappe, comme de la robustesse du processus de ciblage, permettent d'exclure la possibilité d'un dommage collatéral ». Très vite cependant, presse et réseaux sociaux s'émurent d'une éventuelle « bavure » de la France, l'attaque aérienne ayant en réalité visé des convives à un mariage, et non un groupe de terroristes. La présence de quelques djihadistes parmi l'assemblée aurait ainsi trompé la vigilance du Renseignement français (« Questions autour d'une bavure présumée de l'armée française au Mali », *Le Monde*, 6 janvier 2021). Le rapport rendu par la Mission d'enquête de la MINUSMA est à cet égard accablant : la France est accusée de n'avoir pas respecté le principe de précaution, « notamment l'obligation de faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les cibles sont bien des objectifs militaires mais également l'obligation d'évaluer si une attaque est susceptible de causer incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu » (rapport, § 76).

De manière fort opportune, les quelques titres de presse rapportés plus haut se gardent bien d'affirmer ce que la MINUSMA s'interdit elle-même de dire. Si le rapport affiche une certitude sur le lien de causalité entre la frappe française et les 22 victimes recensées au cours de l'enquête, il n'entend établir aucune responsabilité individuelle, ni encore collecter à titre informatif des noms de militaires français suspects de crimes de guerre. Plus fondamentalement, le rapport ne procède à aucune qualification des faits au regard du droit international humanitaire (cf. les « infractions graves » définies par les quatre conventions de Genève et leurs protocoles additionnels) ou du droit international pénal

(cf. not. l'infraction de crime de guerre). Le rapport s'en tient au contraire à son objet assigné, le seul établissement des faits survenu le 3 janvier, recommandant aux autorités maliennes et françaises de mener elles-mêmes un enquête indépendante sur ces faits et « d'enquêter sur les possibles violations du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme et d'établir les différentes responsabilités » (§ 78). Les pouvoirs de la Mission spéciale relèvent davantage du « *fact-finding* » que de l'enquête internationale chargée d'identifier les auteurs des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, telle que les Nations Unies nous y ont habitué depuis la Commission internationale d'enquête pour le Darfour (2004). Rien de tel ici donc, la Mission ayant les caractéristiques d'une commission d'enquête interne des plus classiques.

Compte tenu de cet objectif d'établissement des faits, le format du rapport surprendra aussitôt. Des 35 pages, une fois évacués le résumé des conclusions, le rappel général des faits, la présentation du cadre juridique et méthodologique, les 17 photos jointes en annexes, il ne reste que 8 pages réservées aux analyses de fond (pp. 13-20), ce qui ne laisse pas d'interroger. Eu égard au retentissement de l'affaire, ne mérite-t-elle pas davantage ? Emanation de la MINUSMA, la Mission d'enquête ne peut ignorer que le rapport aura de fortes conséquences politiques : sur la France bien sûr, dont la présence militaire est de plus en plus attaquée dans les médias et réseaux sociaux africains ; sur le Mali, entré alors en négociation avec certains groupes armés djihadistes ; sur la MINUSMA, dont le bilan reste contrasté (pour une appréciation d'ensemble, voir J. FERNANDEZ, « Opération Barkhane : élimination du Mali de Bah Ag Moussa, un succès tactique sur fond d'incertitudes stratégiques ? », cette *Chronique*, 2021/1.10, pp. 77-83). Le soin apporté à l'analyse des faits est de surcroît décisif dans une affaire où, immanquablement, se mêleraient guerre de l'information et guerre aéroterrestre (« La mise en cause de la France dans de la 'guerre informationnelle' en Afrique suscite des remous », *Le Monde*, 26 décembre 2020), d'aucuns ayant remarqué les récits contradictoires de l'événement répandus dans les réseaux sociaux. Dans ces conditions, le caractère pour le moins expéditif du rapport est difficilement compréhensible, surtout que la Mission d'enquête dispose du personnel (15 membres, 2 experts de la police scientifique des Nations Unies, 2 chargés de l'information publique), du temps (2 mois de mission) et des ressources (400 personnes interrogées, 100 entretiens téléphoniques, 150 documents analysés) nécessaires pour apporter des éléments autrement plus détaillés.

La matière à travailler ne manque donc pas. La Mission d'enquête doit plonger dans les faits et jauger ceux avancés par l'armée française qui revendique la « neutralisation » d'un « groupe armé terroriste », composé d'une quarantaine d'hommes adultes regroupés dans une zone isolée. La description est celle d'un groupe armé organisé, tel qu'entendu en droit des conflits armés non internationaux. Il est identifié comme tel ici « compte tenu du comportement des individus, des matériels identifiés ainsi que du recoupement des renseignements collectés ». Pour la France, il y a là assurément un « groupe » appartenant à un groupe armé terroriste, occupé à planifier une attaque, conclusion à laquelle s'oppose précisément le rapport d'enquête. La Mission conclut au contraire à la célébration d'un mariage, regroupant des convives parmi lesquels il faut effectivement compter cinq membres du groupe armé terroriste, ce qui n'enlève rien à la nature « civile » du regroupement. La frappe française ayant frappé « majoritairement » des civils, le rapport fait en conséquence état « des préoccupations importantes quant au respect des principes de la conduite des hostilités » (§ 60) et rappelle aux armées françaises le caractère strict

des conditions par lesquelles les civils peuvent perdre le bénéfice de la protection contre les attaques (§§ 64 et s.), dans un exposé qui fait fidèlement écho à la position très arrêtée du Comité international de la Croix-Rouge (voir N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, 2010, pp. 43 et s.).

Au reste, dans sa réaction à la publication du rapport (par communiqué de presse du 30 mars 2021), le ministère des Armées n'entend pas discuter ces points de pur droit. Le débat se concentre bien plus sur les faits et sur la méthode ayant présidé à leur relevé. Or, les positions de la Mission d'enquête et de la France semblent sur ce point irréconciliables. D'un côté, la France dénonce des conclusions fondées sur des « témoignages locaux [...] jamais retranscrits, l'identité des témoins n'[étant] jamais précisée tout comme les conditions dans lesquelles ces témoignages ont été recueillis », rendant « [...] impossible de distinguer les sources crédibles des faux témoignages d'éventuels sympathisants terroristes ou d'individus sous influence (y compris la menace) des groupes djihadistes ». De l'autre, la Mission d'enquête y oppose ses propres constatations, sachant qu'« aucune information sur les éléments et renseignements probants dont disposait la Force Barkhane n'a été communiquée à la MINUSMA » (§ 62). Partant, on sent les parties dans une impasse. La France se fonde sur ses observations militaires, obtenues « en temps réel » grâce à un drone *Reaper* et d'autres « renseignements » que l'on comprend être fournis de manière classique (après observation au sol ?) par la Direction du renseignement militaire, là où la Mission d'enquête attend de la France qu'elle ait identifié « toutes » (§ 68) les personnes ciblées comme des membres du groupe armé terroriste – assénant à cet égard qu'« il semble difficile dans les circonstances (une heure et demi d'observation) que la partie responsable de l'attaque ait pu déterminer que *tous* les participants au rassemblement étaient membres d'un groupe armé organisé » (§ 69, nous soulignons). Autant d'exigence s'entend sur un plan théorique, où chaque individu est présumé *ut singuli* être un civil ; mais dans un contexte opérationnel où il faut combattre des groupes armés terroristes agiles et véloces sur un territoire aussi vaste que l'Europe, pouvait-on raisonnablement exiger davantage ? Ce n'est pas qu'il faille aveuglément compter sur les seuls drones, qui n'ont et ne seront jamais une source absolument fiable de renseignement (voir sur ce point les observations de R. MIGNOT-MAHDAVI, « Frappe de Bounti : la France conduit-elle des « frappes signatures » au Sahel ? », *Le Revue des Droits de l'Homme*, avril 2021, <https://doi.org/10.4000/revdh.11718>). Toutefois, attendre des forces armées étatiques une vérification *individu par individu* n'a guère de sens, et fait même porter sur les armées un poids irréaliste, poids qui donne certainement un avantage dangereux aux groupes armés terroristes. Le principe de précaution exige d'ailleurs que les belligérants fassent tout ce qui est « pratiquement possible » – selon les propres mots du rapport (§ 76) – pour vérifier que les cibles sont bien des cibles militaires. A l'impossible nul n'est tenu, même en droit des conflits armés.

Au demeurant, sans images ou vidéos communiquées par la France elle-même (pas même quelques clichés en réaction au rapport), il faut s'en remettre aux affirmations unilatérales et généralistes des deux parties. Le rapport de la Mission d'enquête règle la question de la nature de l'événement (un mariage ou un regroupement de terroristes) en un peu moins d'une page, évacuant d'un trait les éléments fournis par la France, sans même aborder ou discuter trois points factuels troublants qui ne cessent alors d'agiter la presse : pourquoi ce mariage, dans un lieu aussi inhabituel, n'offrait « ni musique, ni danse, ni

signes extérieurs et manifestes festifs » (§ 43), ainsi que l'admet le rapport lui-même ? Pourquoi l'hypothèse d'un hélicoptère volant à basse altitude, défendue par des témoins dans la presse, n'est-elle pas discutée, fût-ce pour l'écarter ? Pourquoi l'ONG Médecin sans frontière a-t-elle indiqué avoir pris en charge des victimes blessées par balle, ce que relève également le rapport (§ 27) ? Les silences du rapport ne peuvent que frustrer un lecteur obligé d'aller chercher dans la presse des éléments plus approfondis de discussion (not., « Un carnage, deux versions : témoignages après les frappes meurtrières de Bounti, au Mali », *France Inter*, 2 février 2021 ; « Mali : à Bounti, 3 bombes, 19 morts et 2 versions », *Libération*, 8 janvier 2021 ; « Bombardement de Bounti au Mali : la version de l'armée française contestée », *Franceinfo*, 2 février 2021).

Il était pourtant certain que le lecteur du rapport scruterait ces points, de même qu'il voudrait connaître, au moins d'une manière générale, le contenu des témoignages de première main (par ex., la retranscription en annexe de témoignages anonymisés). L'influence déterminante que jouent ces témoignages sur l'établissement objectif des faits n'a pas besoin d'être soulignée ici, quatre pages du rapport étant d'ailleurs consacrées à la méthodologie d'enquête. Il est vrai que, même limitée à l'établissement des faits, la Mission d'enquête n'est pas dispensée du respect des standards généraux d'enquête valables au sein des Nations Unies, notamment en matière d'évaluation et de vérification des informations (ONU, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « Commissions d'enquête et missions d'établissement des faits sur le droit international des droits de l'homme et le droit humanitaire international – Orientations et pratiques », New York/Genève, 2015, pp. 40 et s.). Une rigueur toute particulière est de surcroît attendue dans une affaire aussi complexe que celle d'un bombardement aérien en temps de conflit armé, dans une zone reculée et rongée par le djihadisme : sans nul doute l'affaire requiert-elle de solides moyens de quasi-police judiciaire (en témoigne la présence au sein de l'équipe de deux experts de la police scientifique des Nations Unies), quoique d'importants « défis » soient signalés (§§ 17-18), en particulier le « climat de pression médiatique et politique caractérisé par des déclarations variées et controversées, notamment dans la presse et sur les réseaux sociaux et ayant eu un impact à la fois sur la crédibilité de certaines sources et leur protection » ; à cela s'ajoute par exemple le « risque de manipulations de certaines sources ». De telles difficultés ne semblent pas dissuader la Mission d'enquête d'utiliser les procédés habituels d'enquête, parmi lesquels la visite des lieux, qui conduit certes l'équipe à parcourir « au moins 12 km à pied » (§ 11), mais qui n'est organisée à Bounti qu'à partir du 25 janvier, soit plus de 20 jours après la frappe. Le contexte sécuritaire impose sûrement alors de patienter et de procéder aussi tardivement aux constatations matérielles. La Mission semble néanmoins regretter de ne pouvoir conclure « à la présence de carcasses de motos brûlées, ni d'armes qui auraient été détruites, ni à des douilles ou des munitions » (§ 50), apportant ainsi un démenti aux affirmations des ministères français et maliens de la Défense relatives à la présence de djihadistes venus en motos. Or, plus de 20 jours après cette frappe aérienne menée dans une zone contrôlée par des groupes terroristes particulièrement bien ancrés dans la population, espérait-elle vraiment trouver sur les lieux des indices aussi accablants pour ces groupes ?

Au-delà des constatations matérielles que la configuration du terrain rendait pour le moins incertaines, la Mission d'enquête aurait à s'appuyer essentiellement sur des témoignages individuels, collectés en l'espèce grâce à « des entretiens présentiels individuels avec au moins 115 personnes ainsi qu'avec 200 personnes lors des réunions

groupées et [...] plus d'une centaine d'entretiens téléphoniques, y compris avec les victimes et les membres de leurs familles » (§ 13). Si des précautions semblent prises (dans certains cas la sécurité des témoins obligerait la Mission d'enquête à « relocaliser » les témoins le temps de l'entretien), il règne tout de même un pêle-mêle inquiétant, le rapport ne fournissant aucun indice méthodologique permettant de savoir si une hiérarchie entre les modes de témoignage est établie, et si la Mission d'enquête départage les témoignages individuels de première main des entretiens en groupe ou obtenus par téléphone. Cette situation n'est d'ailleurs pas sans rappeler le mode opératoire de certaines commissions onusiennes d'enquête, en particulier la Commission internationale indépendante d'enquête sur la République arabe syrienne, qui admet le caractère probant des témoignages obtenus par téléphone ou par visioconférence – ce que toute juridiction pénale serait récalcitrante à accepter. Dès lors, la prudence est de mise lorsqu'il faut considérer les conclusions du rapport sur la présence supposée de civils participant à un mariage. On se doute que les témoignages – surtout collectifs ou apportés par les familles des victimes – seraient déformés par le soutien ou la crainte de djihadistes, venus sur zone apparemment après l'attaque (« Bombardement de Bounti au Mali : la version de l'armée française contestée », *France info*, 2 février 2021). Certaines ONG maliennes, spécialisées en droits de l'homme, l'avouent elles-mêmes : « Nous pensons que l'enquête est très crédible. Mais dans ces zones, il existe une autre réalité. Si vous dites la vérité aujourd'hui, demain vous êtes mort. Il n'y a pas de protection. L'Etat n'arrive pas à assurer la protection des personnes et des biens » (« Attaque de Bounty, encore des zones d'ombres », *Deutsche Welle*, 31 mars 2021).

On l'aura compris, le rapport de la Mission d'enquête de la MINUSMA soulève plus d'interrogations qu'elle n'en résout, et force à espérer, conformément d'ailleurs à ses souhaits, qu'une enquête plus poussée soit menée par une autorité investie de pouvoirs d'instruction judiciaire. Viendra-t-elle de la Cour pénale internationale, saisie de la situation au Mali ?

L.T.

FRANCE – SYRIE

Enquêtes et poursuites judiciaires intentées en France à l'égard des crimes de guerre et crimes contre l'humanité commis en Syrie

2021/3.50 – A l'heure du onzième anniversaire du début du conflit syrien qui a entraîné d'innombrables exactions commises par les groupes gouvernementaux, anti-gouvernementaux et terroristes, « l'heure de la justice » est-elle enfin d'actualité ? (C. MAIA, « Syrie : après dix années d'exactions, l'heure de la justice », *Le Club des juristes*, *blog.leclubdesjuristes.com*, 15 mars 2021).

Les récentes poursuites judiciaires intentées contre les auteurs ou complices présumés de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité commis en Syrie devant différents tribunaux européens, en Allemagne, Suisse, Suède ou en France, offrent, à cet égard, une lueur d'espoir aux victimes. Ces actions judiciaires intentées devant les tribunaux d'États tiers, au titre de leur compétence universelle ou extraterritoriale, demeurent d'ailleurs actuellement le seul recours possible face à l'impuissance de la Cour pénale internationale (S. MAUPAS, « L'impunité en Syrie, le grand échec de la Cour pénale internationale », *Le Monde.fr*, 27 octobre 2016), dont la saisine est bloquée par les vetos russe et chinois au

Conseil de sécurité (« Syrie : le Conseil de sécurité rejette un projet de résolution sur une saisine de la CPI », ONU Info, 22 mai 2014) alors qu'il s'agit du seul mécanisme d'activation possible de la Cour en l'absence de ratification du Statut de Rome par la Syrie.

Pour contourner la paralysie de la justice pénale internationale et l'absence de tribunal *ad hoc* pour la Syrie, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, le 21 décembre 2016, une résolution – coparrainée par la France –, créant un « Mécanisme international, impartial et indépendant chargé de faciliter les enquêtes sur les violations les plus graves du droit international commises en République arabe syrienne depuis mars 2011 et d'aider à juger les personnes qui en sont responsables » (Doc. ONU, A/RES/71/248, 21 décembre 2016, § 4). Sa mission consiste, en coopération avec la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, à « recueillir, regrouper, préserver et analyser les éléments de preuve attestant de violations du droit international humanitaire, de violations du droit des droits de l'homme et d'atteintes à ce droit, et de constituer des dossiers en vue de faciliter et de diligenter des procédures pénales équitables, indépendantes et conformes aux normes du droit international devant des cours ou tribunaux nationaux, régionaux ou internationaux, qui ont ou auront compétence pour connaître de ces crimes conformément au droit international » (*ibid.*). C'est dans ce contexte qu'à la suite de l'arrivée de ressortissants syriens sur leur territoire, certains Etats européens ont pris le nécessaire relais de la justice pénale internationale défaillante, en mettant en œuvre leur responsabilité première de poursuivre les criminels internationaux devant leurs juridictions nationales sur le fondement d'une compétence extraterritoriale (compétence personnelle passive) ou de la compétence universelle qui permet aux juridictions de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'une infraction internationale particulièrement grave de le poursuivre et, le cas échéant, de le juger, indépendamment du lieu de commission du crime, de la nationalité de la victime ou de l'auteur de l'infraction (K. KALECK, P. KROKER, « Syrian Torture Investigations in Germany and Beyond : Breathing New Life into Universal Jurisdiction in Europe ? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, n°1, 2018, pp. 165-191). Ces Etats agissent en liaison avec le réseau européen de points de contact entre Etats membres de l'Union européenne créé en 2002 (Conseil de l'Union européenne, « Décision du 13 juin 2002 portant création d'un réseau européen de points de contact en ce qui concerne les personnes responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre », 2002/494/JAI, *JO*, L167, 26 juin 2002, pp. 1-2), destiné à accroître la coopération entre Etats pour échanger des informations sur les enquêtes et poursuites concernant ces crimes internationaux et à coordonner ainsi la répression.

Cette mise en place d'équipes communes d'enquêtes a notamment permis l'arrestation, le 12 février 2019, d'anciens membres des services de renseignements syriens par les polices allemande et française : Anwar Raslan et Eyad Al-Gharib en Allemagne et Adulhamid A. en France (T. WIEDER, M. ZERROUKY, « Crimes contre l'humanité : trois Syriens arrêtés en France et en Allemagne », *LeMonde.fr*, 14 février 2019). Elle a conduit à l'ouverture en Allemagne, le 23 avril 2020, du premier procès historique relatif aux exactions commises par le régime de Bachar-Al-Assad intenté au titre de la compétence universelle : les deux suspects ont été inculpés de complicité de crimes contre l'humanité en raison de leur implication dans les actes de torture et mauvais traitements commis dans le centre de détention des services de renseignements généraux, Al-Khatib, connu sous le nom de « Branch 251 », du ressort de la zone de Damas. Le 24 février 2021, la Haute Cour

régionale de Coblenz a condamné Eyad Al-Gharib à 4 ans et six mois de prison pour complicité de crimes contre l'humanité pour meurtres et torture (T. WIEDER, « En Allemagne, le procès historique des tortures dans les prisons du régime syrien », *LeMonde.fr*, 23 avril 2020 ; K. MARIAT, « Quand l'Allemagne redonne ses lettres de noblesse à la compétence universelle », *dalloz-actualite.fr*, 17 mars 2021). Le second accusé est actuellement poursuivi pour crimes contre l'humanité pour la mort de 58 personnes et la torture de 4 000 détenus. Le procès de cet ancien colonel devrait durer jusqu'à fin octobre 2021 (« Allemagne : verdict historique dans le premier procès des exactions du régime syrien », *LeFigaro.fr*, 24 février 2021).

La France connaît également plusieurs enquêtes et procédures judiciaires liées au conflit syrien. Les investigations et poursuites y afférentes sont menées par le Pôle spécialisé « Crimes contre l'humanité, crimes et délits de guerre » créé en 2011 au sein du Tribunal judiciaire de Paris et rattaché depuis au Parquet national antiterroriste, qui centralise les poursuites en la matière. En 2013, l'Office central de lutte contre les crimes contre l'humanité, les génocides et les crimes de guerre (OCLCH), service de police judiciaire, compétent pour diligenter des enquêtes pénales sur les génocides, crimes contre l'humanité, crimes et délits de guerre, tortures et disparitions forcées et point de contact de la France pour les échanges dans le cadre de la coopération policière internationale, a parallèlement été créé. S'agissant des dossiers syriens, les juridictions françaises fondent généralement leur compétence sur le chef de la compétence personnelle passive, liée à la nationalité française ou double nationalité franco-syrienne des victimes ou sur le fondement de la compétence universelle. Contrairement à l'Allemagne où l'exercice de la compétence universelle n'est pas conditionné, la mise en œuvre de la compétence universelle en France s'avère circonscrite et est conditionnée à la présence de l'auteur présumé de l'infraction sur le territoire (crimes de torture ou disparitions forcées) ou, de manière contestable, par la « résidence habituelle » du suspect sur le territoire français pour ce qui concerne les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ou le crime de génocide (article 689-11 du Code pénal). La poursuite des crimes ne peut au surplus être exercée qu'à la requête du Procureur de la République antiterroriste et si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de cette personne.

En 2014, les révélations de l'enquête dite « César », du nom d'un ancien photographe militaire syrien, exfiltré sous ce pseudonyme, qui s'est enfui de Syrie en 2013 et qui a révélé 55000 photographies de corps de détenus torturés dans les geôles du régime entre 2011 et 2013, ont permis d'alimenter les preuves s'agissant des exactions commises par le régime de Bachar Al-Assad. En septembre 2015, le Quai d'Orsay – sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale qui oblige toute autorité publique à transmettre à la justice les informations en sa possession si elle a connaissance d'un crime ou d'un délit – a saisi le Procureur de la République. Dans ce contexte, le Parquet de Paris a ouvert une enquête préliminaire en 2015 pour actes de torture, crimes contre l'humanité et complicité de crimes commis en Syrie entre 2011 et 2013. L'enquête « César » a notamment permis au Parquet de prendre connaissance de l'arrestation d'un père et de son fils, Mazen et Patrick Dabbagh, respectivement conseiller principal d'éducation à l'Ecole française de Damas et étudiant à la faculté de lettres et sciences humaines de Damas. Les deux individus avaient été arrêtés en 2013 par des officiers relevant des services de renseignements de l'armée de l'air syrienne. Après avoir été transférés et détenus à la prison de al-Mezzeh, connue comme un centre de torture du régime, ils n'avaient plus donné signe de vie et ont

été déclarés morts par le régime en 2018 (« Exactions en Syrie. Trois hauts responsables visés par la justice française », *Ouest-France.fr*, 5 novembre 2018). Après le dépôt d'une plainte contre X par le frère et oncle des disparus, Obeïda Dabbagh, la *Fédération internationale des droits de l'homme* (FIDH) et la *Ligue des droits de l'homme* (LDH), une information judiciaire a été ouverte en octobre 2016 pour « disparitions forcées et actes de torture ». Les investigations sont menées par des juges d'instruction du Pôle crimes contre l'humanité et crimes de guerre. *In casu*, les juridictions françaises se fondent sur la compétence personnelle passive, les deux victimes ayant la double nationalité franco-syrienne.

Trois mandats d'arrêts internationaux ont également été délivrés en 2018 par le Parquet de Paris à l'encontre de hauts représentants de l'Etat, membres des services de renseignements syriens présumés responsables de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, d'actes de torture et de disparitions forcées. Ces mandats visent Jamil Hassan, ancien chef des renseignements de l'armée de l'air de 2009 à 2019, Ali Mamlouk, ancien chef des renseignements syriens devenu chef du bureau de la sécurité nationale et Abdel Salam Mahmoud, directeur de la branche de Bab Touma (Damas) du service de renseignements de l'armée de l'air. (« Exactions en Syrie. Trois hauts responsables visés par la justice française », *Ouest-France.fr*, 5 novembre 2018). Ces mandats ont été décernés pour complicité d'actes de torture, de disparitions forcées, de crimes contre l'humanité, de crimes et de délits de guerre.

L'arrestation en France d'Abdulhamid A. en février 2019 a conduit à sa mise en examen à Paris pour complicité de crimes contre l'humanité et à l'ouverture d'une information judiciaire pour actes de torture, crimes contre l'humanité et complicité de ces crimes sur le fondement de la compétence universelle des juridictions françaises à l'égard de ces crimes (« Un Syrien soupçonné de crimes contre l'humanité arrêté en France », *LeMonde.fr*, 13 février 2019).

Enfin, une plainte avec constitution de partie civile pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre a été déposée le 1^{er} mars 2021 auprès du Tribunal judiciaire de Paris par trois ONG syriennes : le *Centre syrien pour les médias et la liberté d'expression* (SCM), *Open Society Justice Initiative* (OSJI) et *Syrian Archive* (S. MAUPAS, « Une plainte pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre déposée en France après des attaques chimiques en Syrie », *LeMonde.fr*, 2 mars 2021). La plainte vise d'anciens membres du régime syrien accusés d'avoir perpétré des attaques chimiques menées au gaz sarin, à Douma et à Adra, dans la Ghouta orientale, en août 2013, en violation de traités internationaux auxquels la Syrie est partie (Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'usage des armes chimiques et sur leur destruction de 1993). Afin que la justice puisse démêler l'écheveau de la chaîne de commandement et des responsabilités et caractériser les éléments constitutifs des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, les ONG ont récolté les témoignages de survivants et de militaires ayant déserté l'armée ainsi que des photos des victimes. La plainte a été déposée au titre de la compétence personnelle passive, l'une des victimes des attaques chimiques de la Ghouta possédant la double nationalité franco-syrienne. Une autre plainte concernant ces mêmes attaques ainsi que celle perpétrée dans la ville de Khan Sheikhoun en avril 2017 a été déposée en Allemagne (Entretien de Mazen Darwish, Président du Centre syrien pour les médias et la

liberté d'expression. Propos recueillis par A. AREFI, *Le Point.fr*, 3 mars 2021). Le dépôt parallèle de cette plainte en France se justifie par la nationalité française des victimes ou par leur double nationalité ou par la possible résidence en France des suspects, nécessaire pour déclencher l'exercice de la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité.

Les exactions commises en Syrie ne résultent pas uniquement d'individus : des entreprises peuvent aussi se rendre complices de ces crimes. Des plaintes ont ainsi été déposées devant les prétoires français à l'encontre de l'entreprise Lafarge accusée de complicité de crimes contre l'humanité en Syrie. Il est reproché à l'entreprise d'avoir versé, entre 2011 et 2015, par l'intermédiaire de sa filiale (*Lafarge Cement Syria*), près de 13 millions d'euros à des organisations terroristes – dont l'organisation Etat islamique – en échange de laissez-passer pour ses salariés et les camions transportant son ciment, afin de maintenir l'activité d'une usine du groupe dans le nord du pays (A. MICHEL, « Lafarge en Syrie : question autour des responsables », *Le Monde*, 23 septembre 2017, p. 16). En septembre 2016, le Ministère de l'Economie a déposé plainte contre l'entreprise en raison de la violation par le groupe de l'interdiction d'acheter du pétrole décrétée par l'Union européenne au titre de sanctions contre le régime de Bachar al-Assad, ce qui a conduit à l'ouverture d'une enquête préliminaire par le Parquet de Paris. Parallèlement, en novembre 2016, deux ONG (*Sherpa* et le *Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme*), rejointes par la suite par la *Coordination des Chrétiens d'Orient en danger*, ont déposé une plainte contre le groupe. Le 9 juin 2017, le Parquet de Paris a ouvert une information judiciaire pour « financement d'une entreprise terroriste » et « mise en danger de la vie d'autrui ». Le 1^{er} décembre 2017, le directeur de la sûreté du groupe, Jean-Claude Veillard et deux anciens directeurs de la filiale syrienne, Bruno Pescheux et Frédéric Jolibois, ont été mis en examen pour ces mêmes faits. Par la suite, le 28 juin 2018, le groupe Lafarge a été mis en examen, en tant que personne morale, pour « complicité de crimes contre l'humanité », « financement d'une entreprise terroriste », « mise en danger de la vie » d'anciens salariés et « violation d'un embargo ». Le 7 novembre 2019, la Cour d'appel de Paris a cependant annulé la mise en examen du groupe pour « complicité de crimes contre l'humanité » (« Lafarge en Syrie : la justice annule les poursuites pour "complicité de crimes contre l'humanité" », *LePoint.fr*, 7 novembre 2019). La Chambre de l'instruction a, à cet égard, fait valoir que la seule intention du groupe était la poursuite de l'activité de la cimenterie ce qui ne permettait pas de considérer que Lafarge avait adhéré à un plan concerté visant à éliminer une population par des attaques généralisées et systématiques, élément requis pour que la complicité de crimes contre l'humanité puisse être retenue. Les mises en examen pour financement du terrorisme, violation d'un embargo et mise en danger de la vie d'autrui ont cependant été maintenues. Différents pourvois ont été déposés contre cette annulation par des associations et des parties civiles. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée à l'heure où ces lignes sont écrites, mais l'Avocat général a préconisé le rejet du pourvoi.

Les différentes plaintes et actions judiciaires menées en France, et plus largement en Europe, contre les exactions commises en Syrie présentent le mérite d'ouvrir une brèche dans l'impunité totale qui a longtemps entouré la commission de ces crimes et illustrent un renouveau de la compétence universelle, seul recours possible pour les victimes syriennes (L. BOURGUIBA, « Les crimes commis en Syrie dans les prétoires allemands : de l'échec de la justice universelle au renouveau de la compétence universelle de tribunaux

européens », *Confluences Méditerranée*, 2020/4, n°115, pp. 63-74). Si la portée effective de ces actions s'avère certes limitée en raison des conditions d'exercice de la compétence universelle et parce que les plus hauts dirigeants continuent d'échapper à la justice, le mouvement judiciaire initié en Allemagne, relayé par la France et par d'autres Etats européens qui refusent que leur territoire serve de refuge aux criminels internationaux, offre néanmoins un signal d'espoir important pour les victimes en quête de justice (S. MAUPAS, « Le long combat contre l'impunité des criminels du régime », *Le Monde*, 14-15 mars 2021, pp. 10-11).

I.M.

IRAK

Visite apostolique du Pape François (5-8 mars 2021)

2021/3.51 – A l'été 2019, lorsque le Pape François annonça son intention de se rendre dans un Irak encore meurtri par Daesh et par la guerre de 2003, nul ne semblait s'inquiéter des conditions de sécurité toujours critiques : ni Rome, qui tenait à reconforter et à encourager les chrétiens d'Irak ; ni Bagdad, qui voulait par-là montrer la solidité de son appareil sécuritaire et diplomatique. Ce fut en définitive le coronavirus qui obligea le Souverain Pontife à repousser son voyage aux premiers mois de l'année 2021. L'épidémie mondiale – et non Daesh – parvint ainsi à perturber le cours d'un voyage hautement symbolique, même si, une fois le Pape dûment vacciné, rien n'empêcherait plus l'avion d'Alitalia marqué aux armes du Saint Père d'atterrir à Bagdad (« Des roquettes frappent une base de la coalition antidjihadistes en Irak avant la visite du pape », *Le Monde*, 3 mars 2021).

Agenda religieux et agenda politique. Pour le Vatican, le voyage était particulièrement pressé. L'invasion américaine de 2003 puis les persécutions de Daesh contre les chrétiens d'Irak avaient provoqué l'exode de plus de la moitié de cette minorité religieuse, sans que la situation actuelle (notamment l'assassinat de l'archevêque de Mossoul en 2019) n'incitât au retour. Le Saint-Siège ne tenait donc pas à ce que l'histoire se répète. En 2000, Jean-Paul II n'avait pu se rendre en Irak à cause des tensions de plus en plus fortes entre Washington et Bagdad, le Pape se contentant d'un « voyage spirituel » depuis Rome. L'annulation de ce voyage avait laissé un goût amer au Saint-Siège, si bien que le Pape François voulut surmonter toute difficulté pour mener à bien cette visite, entourée de nombreux symboles : visite de la cité d'Ur, lieu de naissance du patriarche Abraham ; visite à la communauté chrétienne de Qaraqosh, ville martyre des exactions de Daesh ; prière avec les communautés yézidiennes sabéennes, minorités monothéistes elles-aussi victimes du groupe terroriste ; messe à Erbil, capitale du Kurdistan irakien autonome (Programme officiel du voyage, <https://www.vatican.va/content/francesco/fr/travels/2021/outside/documents/papa-francesco-iraq-2021.html>).

Les autorités irakiennes ne pouvaient qu'approuver l'initiative, surtout qu'elle conduirait le Pape François à rencontrer les plus hautes autorités civiles et religieuses du pays. Le Pape serait accueilli à l'aéroport par le premier ministre, puis par le Président de la République en son palais présidentiel. Il serait également reçu à Najaf – ville sainte chiite – par le grand ayatollah Sistani, et à Erbil par le gouverneur du Kurdistan irakien. Ainsi conçue, la venue du Pape François ne pouvait qu'avoir la bénédiction de Bagdad, laquelle prouverait son aptitude au dialogue politique et religieux avec l'Occident. Surtout,

l'ancienne Mésopotamie rendrait compte aux médias d'un autre visage que celui trop souvent distribué : non plus celui des clichés faits de *Marines* américains, de roquettes *katyoucha*, d'attentats aveugles et de drapeaux noirs islamistes, mais celui d'un Etat multiconfessionnel, berceau de la Bible, puisant sa source dans la plus haute antiquité.

C'est peu dire que l'Irak soignerait tout particulièrement cette rencontre. L'Irak ? Un certain Irak plutôt : un Irak chiite et kurde, et non pas sunnite, aucune autorité sunnite majeure n'ayant été visitée par le Pape François – non sans provoquer un certain ressentiment parmi une population sunnite trop souvent associée à l'ère Saddam Hussein, et marginalisée depuis 2003 au profit de la majorité chiite (« Impair. Les sunnites, oubliés de la visite du pape François en Irak », *Courrier international*, 3 mars 2021). Et même au niveau chiite, la visite du Pape François fut habilement préparée par les autorités irakiennes. D'aucuns notèrent la rencontre à Najaf entre le Pape François et l'ayatollah Sistani, cette grande figure du chiisme irakien à la posture politique très marquée, qui affiche depuis longtemps ses distances (à la fois politiques et spirituelles) vis-à-vis l'Iran de l'ayatollah Khamenei. Il est certain, de ce point de vue, que les symboles politiques ne manqueraient pas d'égrener le parcours du Saint Père.

Un voyage sans conséquence juridique ? En lui-même, le voyage du Pape François en Irak ne devait avoir aucune signification juridique internationale, la visite se voulant avant tout apostolique, à dimension spirituelle donc, et non pas politique. On ne peut toutefois s'empêcher de remarquer la distance prise (imposée ?) entre le Pape François et la présence politique et religieuse du chiisme pro-iranien en Irak. Au regard de l'agenda du pape, cette distance pourrait confirmer la volonté des autorités centrales irakiennes de se libérer de la tutelle exercée de fait par l'Iran sur l'Irak, tutelle imposée au besoin par la force grâce à ces innombrables mais puissantes milices qui parsèment le territoire mésopotamien, du sud chiite au nord kurde. Visiblement, la présence iranienne en Irak n'est aujourd'hui plus reçue aussi favorablement qu'elle ne l'était à partir de 2003, lorsque l'administration américaine comptait sur la communauté chiite pour évincer les affidés sunnites du régime de Saddam Hussein. Durant une décennie, ni l'administration Bush, ni encore l'administration Obama (Biden étant conseiller pour les affaires moyen-orientales), ne voulurent se passer de l'allié iranien ; la guerre contre Daesh confirma s'il le fallait le caractère décisif de la présence de l'Iran, à vrai dire la seule puissance capable de mener des opérations armées contre l'organisation terroriste.

Au reste, le pouvoir central irakien peina très rapidement à contenir les milices pro-iraniennes, ces « proxys » de Téhéran qui, confiantes dans leur hégémonie, n'hésitèrent pas à défier ouvertement les Etats-Unis – y compris à coup de roquettes lancées contre les bases irakiennes abritant les forces américaines engagées dans la lutte contre Daesh. Entre les tirs de roquettes et les répliques américaines, la fin de l'année 2019 fut particulièrement critique. Elle révéla d'une part l'hostilité acharnée de l'administration Trump à l'égard l'Iran, et d'autre part la puissance des milices pro-iraniennes, plus spécialement les *Kataeb Hezbollah* fondées par le général Soleimani, chef de corps des forces paramilitaires iraniennes *Al-Qods*, tué par une frappe américaine aux abords de l'aéroport de Bagdad en janvier 2020. L'affaire opposa certes en premier plan les Etats-Unis et l'Iran, mais elle n'alla pas sans aggraver les tensions bilatérales entre l'Irak et l'Iran, surtout que la frappe américaine intervint dans un contexte de forte contestation populaire de l'emprise iranienne sur l'Irak. Signe que cette emprise n'était pas aussi acquise que Téhéran pouvait le penser, la multiplication des

manifestations était le fait d'une partie de la communauté chiite irakienne, aussi distante vis-à-vis de Téhéran que ne l'était son *leader*, l'ayatollah Sistani.

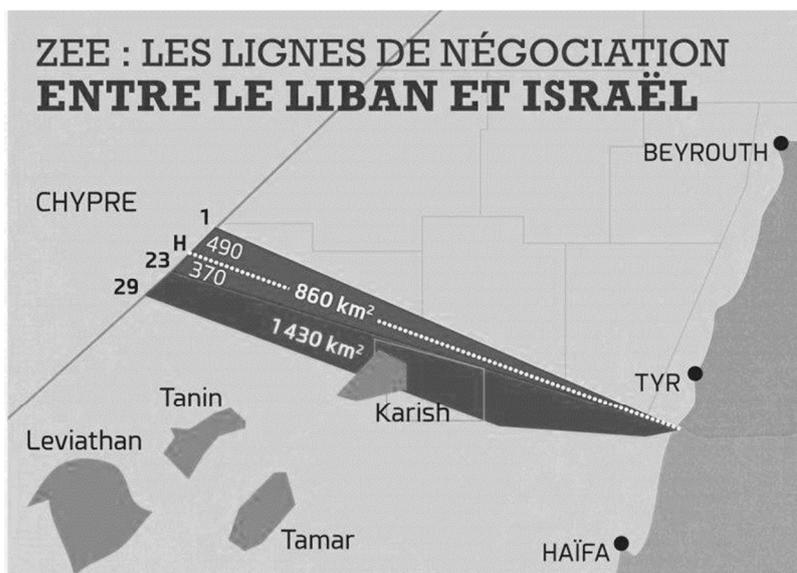
Cette tension interne prit une tournure plus formelle lorsque ce dernier ordonna en mai 2020 le retrait de la milice chiite *Atabat* de la fédération des milices chiites en Irak, les Unités de mobilisation populaire (*Hachd al-Chaabi*), autrefois commandées militairement par Abou Medhi al-Mouhandis, lui-même tué aux côtés du général Soleimani lors de la frappe américaine de janvier 2020 (« Rupture consommée en Irak entre l'ayatollah Sistani et les milices pro-iraniennes », *L'Orient – Le Jour*, 4 mai 2020). Politiquement, le retrait de la milice spirituellement guidée par l'ayatollah Sistani accentuerait à l'avenir le penchant pro-iranien de la fédération des *Hachd al-Chaabi*, désormais contrôlées presque sans partage par l'ayatollah Khamenei. Juridiquement, ce retrait ne serait également pas sans conséquences. Officiellement, les *Hachd al-Chaabi* étaient statutairement intégrées à l'appareil sécuritaire irakien sous l'effet de législations (2016) et de réglementations (2018, 2019) successives, destinées à ce que Bagdad puisse contrôler – à tout le moins surveiller – ces milices aux allégeances étrangères. Ce lien de droit n'irait pas sans poser d'importantes difficultés juridiques, car on se doute qu'après chaque attaque à la roquette conduite par les *Kataeb Hezbollah* contre les forces américaines stationnées en Irak, se poserait la question de la responsabilité internationale de l'Irak du fait de ses organes. A s'en tenir aux règles formelles du droit de la responsabilité internationale de l'Etat, le comportement de ces milices est attribuable à l'Etat irakien dès lors qu'un lien de droit les unit (Commission du droit international, *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, art. 4), et ceci quand bien même agiraient-elles *ultra vires* (*ibid.*, art. 7). Mais avec le retrait de la milice sistanienne *Atabat*, quel est le degré de contrôle qu'exerce véritablement Bagdad sur les *Hachd al-Chaabi* ? Doit-on encore s'en tenir à une façade trompeuse, qui fait de cette fédération de milices résolument pro-iraniennes un organe formel de l'Etat irakien ? Les attaques à la roquette qui, en 2021, frappent mensuellement les troupes américaine en Irak, sont-elles le fait de l'Irak ou bien plutôt de l'Iran ? Dans ce dernier cas, il faudrait rentrer dans un examen plus poussé des liens qu'entretient Téhéran avec ces milices irakiennes pour pouvoir évaluer leur autonomie réelle vis-à-vis de l'Iran : le travail est ardu, mais le passage est obligé si l'on veut satisfaire au test du « contrôle effectif » tel que retenu par la Cour internationale de Justice dans les affaires *Nicaragua c. Etats-Unis* (1986) et *Bosnie c. Serbie* (2007). A l'appui de l'examen, on tiendra certainement compte de la marginalisation que Bagdad entend imposer aux milices chiites pro-iraniennes, politique de défiance soutenue par les mouvements chiites pro-irakiens eux-mêmes et qui lie, semble-t-il, jusqu'aux chefs d'Etat étrangers en visite. On le voit, même si elle ne devait avoir qu'une vocation strictement religieuse et interconfessionnelle (« En Irak, le pape François et l'ayatollah Al-Sistani plaident pour la paix et l'égalité pour les Irakiens de toutes croyances », *Le Monde*, 6 mars 2021), la rencontre entre le Pape François et l'ayatollah Sistani était aussitôt empreinte d'une signification politique – et partant juridique. Il n'est pas sûr toutefois que le Saint Père ait vraiment voulu être mêlé à ces affaires orientales...

L. T.

ISRAËL – LIBAN

Le Liban affiche sa volonté d'élargir ses revendications en Méditerranée

2021/3.52 – Le Parlement libanais a appelé le gouvernement à amender le décret 6433 en avril 2021 pour tenir compte des modifications de la limite de la ZEE, élargissant ainsi la zone revendiquée d'un espace supplémentaire de 1 430 Km² (« Parlement : le gouvernement Diab appelé à se réunir pour approuver l'amendement du décret 6433 », *L'Orient - Le Jour*, 20 avril 2021). Le décret en question date de 2011 et définit la zone économique exclusive du Liban des côtés sud, ouest et nord et prévoit la possibilité de revoir et d'étendre les limites. La scène politique libanaise reste toutefois divisée à ce sujet. Bien que paraphé par les ministres concernés, cet amendement n'a pas été promulgué par le Président Aoun, qui a considéré que cela reviendrait à « mettre un terme aux négociations » avec Israël, tout en renvoyant la balle dans le camps du gouvernement qui est paralysé depuis plusieurs mois par de multiples crises politiques et économiques (« Aoun : promulguer le décret d'amendement signifierait mettre un terme aux négociations avec Israël », *L'Orient - Le Jour*, 16 avril 2021).



1. Accord libano-chypriote de 2007 non ratifié par le Liban et demandes maximalistes des Israéliens

23. Tracé revendiqué par le Liban entre 2010 et 2012

29. Tracé revendiqué par le Liban en 2020

H. Ligne Hof

■ Zone en négociation entre 2010 et 2012

■ Zone revendiquée par le Liban en 2020 Cartographie : Mark Mansour, 2021.

Source : « frontière maritimes : Aoun se réunit avec la délégation libanaise », *L'Orient - Le Jour*, 3 mai 2021

Ce potentiel changement de position fait suite à la suspension des négociations qui avaient débuté en octobre 2020 (v. *Cette « Chronique », n°2021/1.12*) entre Israël et le Liban au sujet de leurs frontières maritimes. Ces négociations « indirectes », qui se sont déroulées sous les auspices de la FINUL, avec l'aide d'une « équipe de médiation » américaine, ont été suspendues en décembre 2020 à la demande de cette dernière, suite à un « blocage » devenu irrémédiable. En effet, ces pourparlers avaient échoué lorsque le Liban est revenu sur son plan de départ en réclamant, en plus des 860 Km² disputés, une zone d'exploitation supplémentaire de 1430 Km². Israël n'a pas tardé à riposter en adoptant, à son tour, des revendications maximalistes – et probablement volontairement absurdes – sur des eaux allant jusqu'au sud de la ville côtière de Saïda (« Pourquoi les négociations sur les frontières maritimes sont reportées », *L'Orient – Le Jour*, 1^{er} décembre 2020). Il ne sera nullement question des relations belliqueuses qu'entretiennent ces deux Etats, ni des détails de ce différend (les données factuelles et juridiques pertinentes pour la compréhension de ce différend sont disponibles en ligne : <https://zomad.eu/fr/med03-lebanon-israel/>) auquel la présente chronique a consacré quelques pages au cours des dernières années (v. *cette « Chronique » n°2021/1.12 et n°2018/3.64*) mais de traiter de la question particulière du changement des revendications libanaises.

Premièrement, le décret en question prévoit dans son article 3 que « as needed, and in the light of negotiations with the relevant neighbouring States, the borders of the exclusive economic zone may be refined and improved and, consequently, the list of its coordinates amended, if more precise data becomes available ». Le Liban semble se baser sur cette disposition pour faire valoir ces nouvelles revendications. Toutefois, ce décret dans lequel figure l'article précité n'est en aucun cas opposable aux « Etats voisins » dont il fait référence.

Deuxièmement, l'Etat libanais n'a pas plaidé l'erreur, mais il s'agit tout de même d'une piste intéressante. Elle relève classiquement du droit des traités, et fait partie des vices du comportement international des Etats. Cela n'empêche qu'elle soit prise en considération dans le présent cas, à considérer que Beyrouth et Tel Aviv s'étaient entendu sur l'objet du différend. Pour rappel, pour pouvoir invoquer l'erreur, il faut qu'il s'agisse d'une erreur relative à une situation ou à un fait, que l'Etat qui l'invoque n'ait pas été avertie de la possibilité de celle-ci et qu'il n'y ait pas contribué par son comportement et elle doit avoir constitué une base essentielle de l'engagement. Or, il est possible de reprocher à l'Etat libanais de ne pas remplir la seconde condition puisque ce dernier changement se base sur un rapport de 2011 réalisé par l'office hydrographique britannique soumis avant la promulgation du décret 6433 de la même année. A considérer que le comportement des autorités libanaises ait été de bonne foi, il est révélateur d'une mauvaise gestion du dossier des frontières maritimes. Déjà en 2007, le Liban avait signé un accord avec Chypre où il s'était mis d'accord sur le fameux « tripoint » n. 1 – revendiqué aujourd'hui par Israël – mais qui n'a jamais été ratifié par le Liban – et qui ne lui est donc pas opposable – mais il est finalement revenu sur ce traité en adoptant le point n. 23, et aujourd'hui le point n. 29 (*voir carte*).

Troisièmement, il est évident que l'expression détaillée – par voie d'actes unilatéraux ou de traités conclus avec un ou plusieurs Etats tiers – des revendications sur une zone donnée – qu'elle soit maritime ou terrestre – est utile pour la délimitation du pourtour de l'objet du différend. Cela étant, les revendications ne peuvent changer au rythme des intérêts et politiques internes des Etats. La notion de date critique peut éventuellement

bloquer un tel élargissement de revendications tardif. La doctrine a défini la date critique comme étant le moment à partir duquel le comportement des parties à un différend ne peut plus être pris en considération. Elle correspond à la cristallisation du litige et a pour conséquence que ce qui lui est postérieur ne peut entraîner la modification de la situation juridique existante à l'égard d'un espace disputé. Peu importe le schéma suivi en l'espèce, la date critique précède très certainement ces nouvelles revendications. Le pourtour du différend avait été confirmé à de nombreuses reprises à travers de nombreux documents officiels dont des traités bilatéraux, des lois et décrets, et des lettres de protestation adressées à l'O.N.U.

Enfin, la pratique des revendications maximalistes n'est en aucun cas une nouveauté. Les Etats ont souvent intérêt à présenter des revendications maximalistes dans le cadre particulier des différends de délimitation afin d'anticiper le rejet de certaines de leurs prétentions. Il s'agit d'une pratique bien connue des négociateurs de tout genre, communément appelée la technique de la porte au nez. *In concreto*, cette dernière volte-face devrait être replacée dans son contexte : l'Etat libanais connaît actuellement la pire crise économique et politique de son histoire avec une dévaluation de sa monnaie qui a déjà dépassé les 1000%. La classe politique libanaise cherche à tout prix à limiter les ravages de cette crise et considère le dossier des frontières maritimes comme un potentiel salut. Ce dossier est également et certainement une distraction pour une population appauvrie et à bout de nerfs. Ce différend, qui s'éternise, risque de connaître la fin de l'âge du pétrole avant de se voir résolu.

M.H

ISRAËL – PALESTINE

Tirs de roquettes de la bande de Gaza, « représailles » israéliennes et décision de la CPI sur sa compétence en Israël et les territoires palestiniens occupés

2021/3.53 – Le 17 avril 2021, l'armée israélienne [« Tsahal », dans ce qui suit] a annoncé avoir mené des frappes aériennes contre des « cibles terroristes » dans la bande de Gaza en riposte à des tirs palestiniens de roquettes en direction d'une zone « non habitée » dans le sud israélien ayant eu lieu les 15 et 16 avril 2021 (« Nouveau tir de roquette depuis Gaza vers Israël », *Le Figaro*, 15 avril 2021). Ces tirs de roquettes n'auraient été revendiqués par aucun groupe armé palestinien présent dans la bande de Gaza. Israël aurait ciblé des « camps d'entraînement, un poste de lancement de roquettes antiaériennes, une fabrique de production de béton ainsi que l'infrastructure d'un tunnel terroriste » (« Frappes israéliennes sur Gaza en riposte à un tir de roquette », *France24*, 17 avril 2021). Cette relance de la violence venait interrompre presque un mois de *statu quo* entre les deux Parties, les derniers échanges balistiques entre eux ayant eu lieu le 23 mars 2021 (« Israël bombarde Gaza en réponse à un tir de roquette », *Le Point*, 16 avril 2021).

Reprise des violences entre Israël et Gaza. Il convient premièrement de rappeler la situation particulière de la bande de Gaza, cette dernière étant nettement différente du reste des territoires palestiniens occupés (ci-après « TPO »). La bande de Gaza est une enclave de deux millions d'habitants soumise à un blocus terrestre, aérien et maritime israélien depuis 2007. Cette année-là, le Hamas, un groupe armé palestinien avec une branche politique, avait pris le contrôle effectif de cette bande à la suite de sa victoire aux élections

législatives palestiniennes de 2006. La bande de Gaza est aussi particulière du fait du « désengagement militaire » israélien entamé en 2004 et achevé en 2005 et qui la différencie du reste des TPO où Israël maintient une présence militaire opérationnelle. La question de la qualification du statut de Gaza est pertinente pour définir le corps de règles qui lui est applicable. Néanmoins, cette qualification demeure controversée en doctrine et nous nous contenterons de renvoyer le lecteur à ce qui a déjà été argumenté en la matière (Y. DINSTEIN, « *The international law of belligerent Occupation* », Cambridge University Press, 2009 ; M. MILANOVIC, « *Is Gaza still occupied by Israel ?* », *Ejil :Talk !*, 1^{er} mars 2009 ; V. KOUTROULIS, « Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation », Editions Pedone, 2010, pp. 181 et suiv. ; D. KRETZMER et Y. RONEN, « *The occupation of justice : the supreme court of israel and the occupied territories* », Oxford University Press, 2021, pp. 163 et suiv. ; Y. SHANY, « *The law applicable to non occupied Gaza : a comment on Bassiouni v. Prime minister of Israel* », Février 2009 ; R. BACHMUTSKY, « *Otherwise occupied : the legal status of the Gaza strip 50 years after the sixty-day war* », *Virginia journal of international law*, Vol. 57, No.2, 2018, pp. 413-454). En se plaçant sur le terrain du *jus ad bellum* – démarche suivie par Israël et fortement critiquée par la doctrine internationaliste – l'argument de la légitime défense – souvent invoqué par Israël – n'est pas convainquant. L'affaire du Mur a grandement marqué ce conflit, en raison de la lecture – critiquable – faite par la CIJ. de l'article 51 de la Charte, selon laquelle il « reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un Etat étranger » (*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, *CIJ Recueil* 2004, p. 194, para. 139). Nous précisons néanmoins que la légitime défense n'a pas été expressément invoquée pour ces frappes mais fait partie de la politique de défense générale de l'Etat israélien. Aussi, la conclusion assez fréquente de cessez-le-feu entre le Hamas et Israël semble illustrer que la situation est bien une de conflit armé, fragilisant ainsi tout argument qui relève du domaine du *jus ad bellum* et faisant introduire celui du *jus in bello*. Par ailleurs, la presse israélienne rapporte que les forces de défense israéliennes avaient déclaré au sujet de ces frappes que « the attack was carried out as a response to the rocket fire from the Gaza strip toward israeli territory » (A. FULBRIGHT, « *Israel strikes Hamas targets after Gaza rocket fire* », *The Times of Israel*, 16 avril 2021). L'action israélienne ne semble pas repousser une agression et se rapproche plutôt des représailles armées, et risque donc d'être jugée illicite. Le choix des termes « as a response » le laisse entendre aussi. Enfin, cette année marque le dixième anniversaire du déploiement du système israélien « Dôme de fer », une technologie de défense aérienne anti-missiles assez performante. Une telle technologie – lorsqu'elle réussit à intercepter un missile – risque de faire obstacle à l'invocation de la légitime défense sous forme de « réponse » (au-delà des autres critiques que nous pouvons reprocher à une telle argumentation) puisqu'elle aurait elle-même repoussé l'attaque.

Il est aussi possible de s'interroger sur la possibilité d'accuser un groupe armé, et dans ce cas précis le Hamas, de violations du principe de discrimination entre combattants et non-combattants. En effet, Tsahal accuse souvent le Hamas de violer ce principe en adoptant une stratégie de tirs de roquettes non-guidées – Tsahal utilise souvent le terme « indiscriminate attacks » – qui touchent parfois (ou ont la possibilité de toucher) des civils ou des infrastructures non-militaires. Une certaine pratique internationale en matière de « missile warfare » semble avoir été dégagée par le *Manual on International Law Applicable*

to Air and Missile Warfare de mai 2009 qui affirme, dans son article 5(a), que « *Weapons used in air and missile warfare must comply with [...] the basic principle of distinction between civilians and combatants and between civilian objects and military objectives. Consequently, it is prohibited to conduct air or missile combat operations which employ weapons that (i) cannot be directed at a specific lawful target and therefore are of a nature to strike lawful targets and civilians or civilian objects without distinction; (ii) the effects of which cannot be limited as required by the law of international armed conflict and which therefore are of a nature to strike lawful targets and civilians or civilian objects without distinction* » (*Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, 15 mai 2009). Or, les luttes et politiques modernes dites de contre-terrorisme ou de contre-extrémisme illustrent les défis que posent les conflits armés asymétriques au droit international humanitaire : Israël et ses services de renseignement luttent activement – par le biais d’opérations plus ou moins secrètes et/ou violentes – contre toute possession éventuelle de missiles guidés ou guidables par de tels groupes armés, y compris le Hamas. Ironiquement, de telles opérations semblent atténuer la possibilité pour ces groupes de respecter le principe de discrimination. En effet, comment est-ce que le Hamas pourrait respecter ce principe en prenant part aux hostilités armées alors qu’il ne pourrait se procurer des armes et systèmes d’armes lui permettant de choisir (plus) précisément ses cibles ? La seule option – qui n’en est donc plus une – qui resterait à de tels groupes serait de ne pas prendre part aux hostilités – ou de n’utiliser que quelques armes légères tels des armes à feu individuelles.

Enfin, ce récent conflit armé entre Israël et certains groupes palestiniens fut largement « diffusé » ou « publicisé », par le biais de photos et de vidéos, sur les réseaux sociaux. Or, de telles publications en ligne pourraient constituer des preuves potentielles ou faire partie d’un faisceau d’indices indiquant la commission d’un crime de guerre par l’une ou l’autre Partie au conflit. Néanmoins, les « GAFAs » (Google, Apple, Facebook et Amazon) censurent de plus en plus certaines publications en ligne jugées, sur la base de leurs règles internes, comme étant soit des appels à la haine soit comme étant choquantes ou violentes. De nombreuses photos de victimes civiles lors de ce conflit furent par exemple supprimées de la toile, réduisant donc le potentiel des chercheurs et des enquêteurs d’identifier des preuves de crimes de guerre en source ouverte. De telles compagnies devraient faire de leur mieux pour éviter une telle perte d’informations utiles à la réalisation de la justice. Une solution possible serait le stockage de telles images et vidéos supprimées et la conclusion d’accords de partage de ces données avec les instances judiciaires et/ou académiques compétentes et intéressées.

Développements récents liés à l’enquête de la CPI. Par une décision rendue le 5 février 2021, la Chambre préliminaire de la CPI décida qu’elle était pleinement compétente pour juger les actions commises par Israël et ce dans tous les territoires palestiniens (*Situation dans l’Etat de Palestine*, décision du 5 février 2021 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, n°ICC-01/18). L’argument israélien selon lequel la Palestine n’est pas un Etat et celui selon lequel la compétence de la CPI ne peut s’exercer sur des actes commis par un acteur n’étant pas Partie au Statut de Rome de 1998 – Israël étant l’un des sept pays qui s’étaient opposés en 1998 à sa création – ont donc été écartés. Cette décision est l’aboutissement d’une longue procédure entamée en janvier 2015 pour

crimes de guerre et crimes contre l'humanité en Israël et dans les territoires palestiniens, dans le sillage de la guerre de Gaza en 2014. Cette procédure a été déclenchée par la saisine de la procureure Fatou Bensouda par l'Autorité palestinienne. Elle fait partie du front judiciaire menée depuis plusieurs années par les différents groupes palestiniens. Ainsi, et au titre de la compétence universelle, depuis des années, des organisations palestiniennes ont saisi différents tribunaux en Espagne, en Belgique, en Grande-Bretagne et en Afrique du Sud pour chercher à inculper des leaders politiques et militaires israéliens.

Le Rapporteur Spécial sur la situation des droits de l'homme dans le territoire palestinien occupé a souligné que : « Cette décision ouvre la porte à ce que des allégations crédibles de crimes relevant du Statut de Rome fassent enfin l'objet d'une enquête et puissent éventuellement atteindre le stade du procès devant la CPI ». Selon l'expert, les allégations de crimes graves qui pourraient faire l'objet d'une enquête par la Procureure de la CPI comprennent « les actions d'Israël pendant la guerre de 2014 contre Gaza, le meurtre et les blessures de milliers de manifestants en grande partie non armés pendant la Grande marche du retour en 2018-2019, et les activités de colonisation d'Israël à Jérusalem-Est et en Cisjordanie ». « La Procureure peut également examiner les allégations de crimes graves impliquant des groupes armés palestiniens » (voir communiqué de presse de l'ONU du 9/02/2020: <https://news.un.org/fr/story/2021/02/1089032>). Pour rappel, en 2012, la résolution 67/19 de l'Assemblée Générale des Nations Unies reconnaissait la Palestine comme « Etat observateur non-membre », également Etat partie à la CPI depuis le 1^{er} avril 2015.

Les israéliens semblent miser sur la fin du mandat de Fatou Bensouda, dont la succession est assurée par Karim Khan depuis le 16 juin 2021, en espérant qu'il change « l'orientation » de la CPI. En effet, la parlementaire Michal Cotler-Wunsh, chargée des questions liées à la CPI au sein de la Knesset a déclaré récemment que la nomination de M. Khan « laisse entrevoir la possibilité pour la CPI de remplir son importante mission : défendre, promouvoir et protéger les droits de tous ceux qui en ont besoin comme tribunal de dernier recours ». Cette déclaration fait écho au principe de subsidiarité bien connu du droit international pénal, rappelé par le préambule du Statut de la Cour pénale internationale qui fait d'elle une cour « complémentaire des juridictions pénales nationales ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour avait donné le 9 mars 2021 un mois à Israël et aux Palestiniens pour demander le report de l'enquête à condition de pouvoir prouver qu'ils menaient leurs propres enquêtes (« La CPI donne un mois à Israël pour demander le report d'une enquête », *Le Figaro*, 19 mars 2021). La justice militaire israélienne avait conduit des enquêtes sur les allégations de crimes de guerre commis dans le cadre du conflit de 2014, mais ces enquêtes n'avaient débouché sur aucune poursuite. Israël n'a aucune intention de se soumettre à la Cour – n'étant pas Partie au Statut de Rome – et a clairement laissé savoir qu'il n'avait pas à s'en faire et que les responsables politiques et militaires de l'époque n'avaient pas à s'inquiéter (« Israël ne va pas « coopérer » avec la CPI dans une enquête sur des crimes de guerre présumés », *Le Figaro*, 8 avril 2021), allant même jusqu'à l'accuser « d'antisémitisme et d'hypocrisie » (T. OBERLÉ « Tirs de barrage d'Israël contre la Cour pénale internationale, *Le Figaro*, 5 mars 2021).

Cette enquête a été bien accueillie du côté palestinien. Néanmoins, en vertu de l'article 16 du Statut de Rome, le Conseil de sécurité peut, à travers une demande adressée à la CPI, suspendre ces enquêtes judiciaires d'une situation donnée pour une durée de douze

mois, renouvelable, sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Compte tenu des récents développements, le recours à cet article n'est pas à exclure. C'est également évocateur d'une certaine idée que nous pouvons nous faire de la justice pénale internationale, pas toujours (voire rarement) porteuse de paix.

Dix jours après les frappes de Tsahal et quelques semaines après la décision de la CPI, le 27 avril 2021, un rapport de Human Rights Watch (ci-après « HRW ») affirma dans sa conclusion que « des crimes contre l'humanité d'apartheid et de persécution » avaient été commis par le gouvernement israélien sur une partie de la population palestinienne (« Human Rights Watch : "Israël commet le crime d'apartheid dans les territoires" », *Le Monde*, 27 avril 2021). A l'instar de l'enquête de la CPI – bien que les enjeux soient bien moindres – ce rapport a également suscité beaucoup de réactions en Israël (« *Human Rights Watch lodges "apartheid" accusation at Israel, which dismisses it* », *The Times of Israel*, 27 avril 2021). Ces récents événements mettent encore une fois en évidence que dans ce conflit en particulier, le prisme politique finit presque systématiquement par l'emporter sur toute lecture juridique.

M. H. & Ph. B.-N.

LIBYE

Le Conseil de sécurité soutient le mécanisme de cessez-le-feu et appelle au retrait des forces étrangères et des mercenaires

2021/3.54 – Contexte. Dix ans après son déclenchement, la crise libyenne n'a pas encore connu l'épilogue qu'aurait pu augurer l'intervention de l'OTAN autorisée par le Conseil de sécurité dans le cadre de sa résolution 1973 (2011). Pire, l'enlisement tant craint est plus que jamais une réalité puisque depuis la chute de Mouammar Khadafi en 2011, la Libye demeure plongée dans un chaos politique dans lequel deux autorités se disputent le pouvoir : d'une part, le Gouvernement de Tripoli, dit d'entente nationale et reconnu par l'ONU et d'autre part, celui de Tobrouk qui règne sur l'Est et une partie du Sud, et incarné par le Maréchal Khalifa Haftar (soutenu par l'Égypte, les Emirats arabes unis et la Russie).

Depuis 2011, tous les gouvernements qui se sont succédé sont confrontés à un problème de concurrence dans l'exercice de leurs prérogatives régaliennes traduisant l'absence de contrôle de l'Etat sur son territoire. Les foyers d'insécurité sont si nombreux que la situation « chaotique » (G. CAHIN, « Reconstruction et construction de l'Etat en droit international », *RCADI*, vol. 411, 2020, p. 244), continue d'être une menace à la paix et à la sécurité internationale (S/RES/2213 (2015) ou S/RES/2570 (2021)). Ni l'Accord de Skhirat de 2015 prévoyant la formation d'un Gouvernement d'entente nationale, reconnu comme seul gouvernement légitime de la Libye par le Conseil de sécurité ni l'organisation des « élections libres, régulières et crédibles permettant de mettre en place une assemblée constituante » établie à Tripoli, n'auront permis de résoudre la crise. C'est à la suite de cette première tentative de résolution politique du conflit qu'un accord de cessez-le-feu fut obtenu, cinq ans après, le 23 octobre 2020, par la Représentante spéciale par intérim du Secrétaire général des Nations Unies et Chef de la MANUL (Stéphanie Williams).

L'Accord dit de cessez-le-feu intégral et permanent en Libye a été conclu par les Représentants à la Commission militaire conjointe 5+5 comprenant cinq membres de l'Armée libyenne du Gouvernement d'entente nationale de l'Etat de Libye et cinq du commandement général des forces armées de l'Armée nationale libyenne (S/2021/373).

Il résulte de la médiation de l'ONU, parrainée par les Etats qui ont participé à la Conférence de Berlin du 14 janvier 2020 et vise à mettre fin aux actes de violence et à la crise humanitaire en Libye, conformément aux paragraphes 4 et 6 de la résolution 2510 (2020) du Conseil de sécurité, dans laquelle celui-ci a demandé à la Commission militaire conjointe 5+5 de s'entendre sur la possibilité d'un cessez-le-feu permanent.

C'est à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (S/2021/367) que la question fut soumise au vote du Conseil de sécurité au titre de « La situation en Libye ». Le projet de résolution fut adopté à l'unanimité (quinze voix pour).

Contenu de la résolution 2570 (2021). Sur le fond, la résolution reprend *in extenso* le projet britannique qui lui, s'appuie sur les principales stipulations de l'Accord du cessez-le-feu de 2020. Elle commence par un rappel rituel des principales résolutions sur la situation en Libye. Parmi elles, l'on retrouve la résolution 1970 (2011), première du genre, adoptée par le Conseil de sécurité en relation avec la crise libyenne. Paradoxalement, dans la résolution 2570, aucune référence à la résolution 1973 n'a été faite alors même que c'est dans cette dernière que le Conseil de sécurité a pour la première fois, appelé à un cessez-le-feu et renvoyé à l'application du concept de responsabilité de protéger lors d'une crise (L. MVÉ ELLA, *La responsabilité de protéger et l'internationalisation des systèmes politiques*, Paris, Mare et Martin, 2021, p. 252).

Par la suite, comme il a coutume de le faire, le Conseil rappelle son attachement aux grands principes des relations internationales : la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale et l'unité nationale (en l'occurrence de la Libye). Jusqu'ici, rien de bien original si ce n'est qu'il énonce de manière implicite le but de l'Accord et de sa résolution : « l'organisation d'élections présidentielle et parlementaire nationales le 24 décembre 2021, conformément à la feuille de route établie dans le cadre du Forum de dialogue politique interlibyen tenu à Tunis en novembre 2020 ». C'est dire que le Conseil considère que la résolution de la crise libyenne ne peut se faire que par la stabilisation préalable des institutions.

L'apport substantiel de la résolution 2570 tient au fait que le Conseil appuie le mécanisme de cessez-le-feu immédiat et « demande à toutes les parties de veiller à l'application intégrale de l'accord de cessez-le-feu du 23 octobre 2020 et engage vivement tous les Etats Membres à respecter et à appuyer ce processus, notamment en retirant sans tarder l'ensemble des forces étrangères et des mercenaires du territoire libyen » (§ 12). Cet objectif de cessez-le-feu ne peut, à la lecture de cette résolution, être atteint que par le respect de trois dispositions de l'Accord de 2020.

La première est la surveillance du cessez-le-feu. Sur cette question la résolution 2570 est assez décevante puisqu'elle reste silencieuse sur le contenu, les modalités et les acteurs chargés de surveiller le cessez-le-feu. Le Conseil se contente d'un lapidaire « il importe que la Commission militaire conjointe 5+5 continue de parfaire ses plans concernant le mécanisme de surveillance du cessez-le-feu dirigé et contrôlé par les Libyens » (§ 17). Loin d'être cependant un spectateur impuissant dans ce mécanisme de surveillance, le Conseil décide sur cette question de s'en tenir aux propositions du Secrétaire général (S/2020/1039 ; S/2021/281). A la lecture de cette résolution et des rapports du Secrétaire général, il apparaît que c'est à la demande de la Commission militaire conjointe 5+5 que le mécanisme de cessez-le-feu a été mis en place. C'est donc elle, en tant qu'autorité suprême disposant d'un pouvoir de décision qui guiderait, gérerait et superviserait la mise en œuvre globale de ce cessez-le-feu jusqu'à l'unification d'un pouvoir exécutif en Libye.

L'ambition de l'Accord est relativement simple : assurer la démilitarisation d'une zone triangulaire basée de Benjouad à Syrte (155 kilomètres) ; d'Abou Qreïn à Syrte (132 kilomètres) et de Sokna à Syrte (277 kilomètres) (S/2020/1309 § 30). Ce cessez-le-feu vise en réalité à sécuriser l'accès à la ville de Syrte qui constitue une zone « tampon » entre les deux pouvoirs rivaux de Tripoli et de Tobrouk en la débarrassant d'engins explosifs, mines et pièges afin de la rendre fonctionnelle pour un déploiement actif de l'équipe de surveillance. De plus, la ville de Syrte présente aussi la particularité d'avoir été sous l'emprise de l'organisation terroriste Etat islamique entre 2015 et 2020.

La deuxième disposition prévue par la résolution est relative au déploiement progressif des observateurs en vue de faire respecter le cessez-le-feu. C'est sans doute l'aspect le plus important de la résolution qui porte sur la concrétisation de l'Accord d'octobre 2020. Se posent ici plusieurs questions sur les conditions de déploiement de la surveillance du cessez-le-feu, les acteurs de celui-ci, leur collaboration avec la force onusienne déjà en place (MANUL). Sur ce point, ce n'est pas dans la résolution 2570 qu'il faut trouver des précisions mais dans les lettres adressées par le Secrétaire général des Nations Unies au Conseil de sécurité puisque ce dernier se contente de rappeler les grandes lignes du processus du cessez-le-feu.

Il existe un certain nombre de conditions pour que le succès du mécanisme de cessez-le-feu dirigé et contrôlé par la Libye soit assuré. Ces conditions sont protéiformes. Avant tout, la mise en œuvre de l'Accord doit faire l'objet d'une appropriation nationale. Dit autrement, les opérations d'exécution du cessez-le-feu devront se faire sous la conduite et la direction des autorités libyennes qui doivent ainsi se mettre d'accord sur plusieurs aspects du mécanisme de surveillance du cessez-le-feu encore à ce jour imprécis. Elles doivent également soutenir la mise en œuvre du mécanisme y compris les sous-comités de la Commission militaire conjointe 5+5. Il importe également que les observateurs de la MANUL soient impartiaux et indépendants par rapport aux acteurs libyens sur le terrain. L'impartialité vis-à-vis des acteurs libyens est davantage une exigence politique que juridique car elle n'est guère expressément prévue dans les résolutions qui définissent le mandat de la MANUL (S/RES/2009 (2011) ; S/RES/2040 (2012) ; S/RES/2095 (2013) et S/RES/2174 (2014)).

Les questions de sécurité sont aussi parmi les préalables au déploiement des observateurs. En effet, la résolution 2021/281 prévoit que les « parties libyennes doivent s'engager à protéger à tout moment le personnel, le matériel et les installations des Nations Unies ». En ce sens, des mesures adéquates doivent par exemple être prises avant toute visite des observateurs, pour sécuriser la zone d'opération (démunage).

Comme si cela n'était pas suffisant, les questions logistiques et opérationnelles sont aussi au centre des exigences préalables. C'est ainsi qu'il revient à la Commission militaire conjointe, la tâche de proposer une organisation de la surveillance du cessez-le-feu, sa structure, sa composition, son mode de fonctionnement, son infrastructure, son soutien et ses équipements. De même, les autorités libyennes s'engagent à fournir des autorisations d'accès aux terrains nus et locaux ; des approbations ; des permis de construction nécessaires pouvant faciliter le déploiement des observateurs ; les permis d'exploitation et d'exportation des biens, des services et équipements en appui aux activités du cessez-le-feu ; des fréquences radio et des fréquences de communication.

Enfin, ultimes exigences, le mécanisme de surveillance ne sera opérationnel que si d'une part, les autorités libyennes s'engagent à faciliter les évacuations sanitaires et médicales des observateurs et d'autre part, la MANUL bénéficie des ressources financières, logistiques et humaines suffisantes.

C'est seulement une fois ces six conditions contextuelles et matérielles réunies (politiques, sécuritaires, logistiques, opérationnelles, médicales et financières) que la question de la composition réelle des acteurs déployés, nœud gordien du mécanisme de cessez-le-feu, devra être tranchée. En effet, ni le Conseil de sécurité ni le Secrétaire général des Nations Unies ne semble avoir tranché cette question pourtant décisive, ceux-ci se contentant de rappeler à l'envi, qu'il importe que le mécanisme soit « dirigé et contrôlé par les Libyens » (S/RES/2570 (2021) § 16 ; S/2021/281 § 53). Une telle solution semble parfaitement convenir aux parties libyennes et onusiennes. Pour l'ONU, l'intérêt est double : elle évite un enlèvement toujours regrettable de ses équipes en Libye tout en participant à son processus de reconstruction. Les autorités locales quant à elles y voient un moyen de préserver, *a minima*, les ultimes vestiges de la souveraineté de leur Etat.

C'est sur la base de ces incertitudes que les autorités libyennes ont présenté au Secrétaire général les grandes lignes de leur « plan d'action » de surveillance du cessez-le-feu (S/2020/1309 §§ 29 et suiv.). Le mécanisme serait constitué de sous-comités conjoints et d'équipes conjoints de surveillance du cessez-le-feu. Les premiers auraient pour but la surveillance générale du cessez-le-feu, du règlement des conflits et de la réponse aux doléances et violation du cessez-le-feu. Leur mission générale serait, en réalité, d'arbitrer en cas de viol ou de litige du cessez-le-feu. Les seconds quant à eux auraient un mandat de contrôle et d'établissement de la véracité des violations et autres actions des parties signalées dans la zone d'application de l'Accord.

Outre les acteurs libyens, il faut ajouter les acteurs internationaux, principalement onusiens. La Commission militaire conjointe 5+5 a ainsi demandé le déploiement sous les auspices des Nations Unies, des observateurs internationaux recrutés à titre individuel, non armés et en civil. Ces acteurs d'un maximum initial de soixante personnes, seraient déployés (une fois les conditions d'une présence permanente remplies) aux côtés des équipes de surveillance conjointe du Gouvernement d'entente nationale et de l'Armée nationale libyenne avec pour mission d'accomplir les tâches spécifiques de surveillance et de vérification (S/RES/2542 (2020)). L'on est ici loin de l'approche occidentale qui prônait « un mécanisme robuste » de surveillance du cessez-le-feu. Au-delà des acteurs onusiens, l'appui des organisations régionales notamment l'Union africaine est vivement attendue par le Conseil de sécurité (S/RES/2570 § 18).

La troisième et dernière disposition prévue par la résolution 2570 porte sur le retrait « sans délai » des forces étrangères et mercenaires libyens (S/RES/2570 § 12). Sur ce point, l'Accord de cessez-le-feu d'octobre 2020 était plus précis puisqu'il prévoyait un délai de trois mois à compter de sa signature pour ledit retrait. A bien y regarder, si le Conseil de sécurité adopte une position plus évasive, plus prudente, c'est bien parce qu'il entend répondre à la violation de l'Accord sur cette question.

De même, en ne précisant pas l'autorité compétente pour contrôler le départ des militaires et mercenaires étrangers que l'ONU estime pourtant à 20000, la résolution révèle l'une de ses plus grandes faiblesses : sa timidité ou son imprécision. Cela est d'autant plus regrettable que la présence en Libye de troupes turques et de mercenaires russes, syriens, tchadiens et soudanais est une préoccupation sécuritaire majeure (S/2020/371 ; S/2020/896 ; S/2020/832).

Observations finales. Le mécanisme de cessez-le-feu proposé par les autorités libyennes et repris dans la résolution 2570 est à la fois complexe et hybride puisqu'il est composé de forces nationales et internationales. Tout l'enjeu reste donc de savoir jusqu'où s'étend la « main tutélaire » de la MANUL : se limite-t-elle à un simple appui à la mise en œuvre de la résolution ou va-t-elle jusqu'à son contrôle réel ? Deuxièmement, la défaillance structurelle de l'Etat libyen est si grande que sa capacité à faire respecter un cessez-le-feu est douteuse comme le montre l'échec de l'Accord de Skhirat de 2015. Troisièmement, *in fine*, la résolution 2570 doit être lue comme une résolution « synthèse » qui reprend dans les grands traits les accords interlibyens et surtout les propositions du Secrétaire générale des Nations Unies. L'on est donc face à une résolution qui ne décide de rien, ne propose rien (d'innovant) et se limite à apporter son soutien aux principales propositions de sortie de crise.

L.M.E.

MAROC – SAHARA OCCIDENTAL

Et si le vent tournait ?

2021/3.55 – Les tensions opposant le Maroc au Front Polisario fragilisent depuis plusieurs mois le cessez-le-feu signé en 1991 sous l'égide des Nations Unies. En novembre 2020, le blocage par les indépendantistes de la route menant à la Mauritanie, axe routier essentiel pour le trafic commercial vers l'Afrique de l'Ouest, avait conduit le Royaume chérifien à lancer une opération militaire afin de sécuriser la zone de Guerguerat. L'opération, qui a permis le rétablissement du trafic routier, a été immédiatement qualifiée de violation du cessez-le-feu par le Front Polisario. Depuis, des incidents le long du « mur des sables » semblent se multiplier de part et d'autre. En janvier, le mouvement indépendantiste indiquait avoir lancé quatre missiles en direction de la zone de déploiement de l'armée marocaine. En février, le Front Polisario affirmait avoir tué trois militaires marocains lors d'une attaque dans la région de Ouarkiz (« Sahara occidental : le Polisario affirme avoir tué trois militaires marocains », *LeFigaro.fr*, 9 février 2021). Plus récemment, en avril dernier, il condamnait l'attaque menée par un drone à Tifarite contre les positions sahraouies et qui aurait conduit au décès d'Addah Al-Bendir, commandant de la gendarmerie nationale. Au-delà de ces incidents, dont les circonstances précises restent encore confuses (voir notamment à propos de l'attaque d'avril dernier, « Sahara occidental : un chef militaire du Front Polisario tué par un drone marocain », *LeMonde.fr*, 8 avril 2021), c'est la manière dont les parties au conflit et la Communauté internationale appréhendent cette montée en violence qui retient l'attention.

Le Front Polisario et le Maroc continuent de se livrer une bataille de l'information dans cette région dont l'immensité et la nature désertique rendent difficile toute vérification sur le terrain, y compris par les observateurs de la MINURSO. Le mouvement indépendantiste, s'estimant plus que jamais en situation de « légitime défense », ne manque pas de revendiquer les attaques commises contre l'armée marocaine et de condamner les interventions menées par le Royaume dans la zone contestée (« Sahara occidental : le Front Polisario bombarde, le Maroc minimise », *TV5Monde.fr*, 21 janvier 2021). De son côté, le Maroc, continue de nier l'existence d'un conflit avec le peuple sahraoui (conflit qu'il considère comme une construction de l'Algérie), minimise les attaques du Front Polisario et se garde bien de réagir aux déclarations de ce dernier quant

à ses interventions militaires. Il a ainsi notamment passé sous silence l'attaque menée par drone, alors qu'il semble s'agir de la première attaque de ce type menée par l'armée marocaine qui ne disposerait officiellement d'aucun drone armé. Le Royaume a également multiplié, ces derniers mois, les griefs à l'encontre du Front Polisario et de l'Algérie. Ces derniers ont ainsi été accusés de saboter le processus de résolution politique du conflit en s'opposant à la nomination d'un nouvel envoyé personnel du secrétariat général, poste vacant depuis la démission de Horst Köhler il y a deux ans. Contrairement au Maroc, l'Algérie et le Front Polisario ont en effet rejeté les candidatures de Petre Roman, ancien premier ministre roumain, et de Luis Amado, ancien chef de la diplomatie portugaise, au motif de leur inclinaison en faveur de la position marocaine. La diplomatie marocaine montre ici peut-être toute son habileté. En acceptant sans discussion les propositions du Secrétaire général des Nations Unies, le Maroc montre son soutien au processus onusien et jette, dans le même temps, des soupçons (fondés ou non) sur la neutralité des candidats et pousse ainsi ses adversaires à s'opposer à leur nomination, attitude qu'il ne manque pas ensuite de qualifier de « prise en otage » du processus politique (voir la position du représentant permanent du Maroc auprès des NU relayée par les médias, « A l'ONU, le Maroc accuse l'Algérie de faire obstruction à la nomination d'un envoyé spécial au Sahara », *LeDesk.ma*, 19 avril 2021). Les attaques du Maroc ont également porté sur la situation dans le camp de Tindouf situé en territoire algérien et sur des graves violations des droits de l'homme qui y seraient commises par le Front Polisario. L'accueil sur le territoire espagnol, pour des raisons humanitaires, de Brahim Ghali (chef du Front Polisario) atteint de la Covid 19, lui a d'ailleurs offert une occasion de réitérer ses allégations à l'encontre des hauts responsables du mouvement indépendantiste. A la colère de Rabat (Communiqué de presse du Ministère des affaires étrangères du 25 avril 2021 qui qualifie la décision espagnole d' « acte contraire à l'esprit de partenariat et de bon voisinage ») s'est rapidement ajouté l'embarras de Madrid, alors que deux plaintes auraient été déposées contre Brahim Ghali devant les juridictions espagnoles pour des faits commis dans le camp de Tindouf, l'une par l'Association sahraouie de défense des droits de l'homme pour des faits de génocide, terrorisme, tortures ou disparitions et une autre par le dissident marocain Fadel Breika pour des faits d'arrestation illégale, tortures et crimes contre l'humanité. Finalement, le chef du mouvement indépendantiste auditionné par la justice espagnole le 1^{er} juin à l'issue de son hospitalisation a été laissé libre de quitter le territoire espagnol, faute de preuves démontrant sa responsabilité (« Le chef du Polisario devrait quitter l'Espagne », *LeMonde.fr*, 1^{er} juin 2021). Cet incident diplomatique – qui intéresse le droit international public, au regard notamment de obligations de l'Etat en matière de poursuite des crimes contre l'humanité et d'extradition – aura eu pour effet d'attirer l'attention sur le Front Polisario et l'Espagne et de faire oublier les incidents survenus quelques semaines plus tôt en territoire sahraoui.

Du côté de la communauté internationale, les initiatives face aux violations du cessez-le-feu et ses conséquences sont plutôt restées mesurées. En novembre 2020, le Secrétaire général des Nations Unies déplorait certes l'« escalade de la situation dans la zone tampon de Guerguerat » et mettait en garde « contre les violations du cessez-le-feu et les graves conséquences de toute changement de statut quo » (Déclaration en date du 13 novembre 2020, <https://www.un.org/press/fr/2020/sgsm20419.doc.htm>). Il était suivi par un certain nombre d'Etats, notamment la France par la voix de son ministre des Affaires étrangères (« Sahara occidental : la France appelle "à tout faire pour éviter l'escalade" », *LeFigaro.fr*, 13 novembre 2020). Mais faute de pouvoir attribuer le poste d'Envoyé personnel, le

processus politique piloté par les Nations Unies est privé des moyens de sa mise en œuvre. Plus encore, le soutien des Etats vis-à-vis de ce même processus semble se déliter. Lors de la séance à huis clos du Conseil de sécurité du 21 avril dernier dédié à la MINURSO, plusieurs Etats n'ont pas soutenu une proposition de déclaration des Etats-Unis appelant les protagonistes à éviter l'escalade des tensions, à soutenir les actions de la MINURSO et à accélérer les démarches pour nommer un nouvel envoyé personnel. L'Inde, la Chine et plusieurs pays africains auraient jugé être « mal interprétée et devenir contreproductive » (« ONU : échec américain à faire adopter une déclaration sur le Sahara occidental », *LeFigaro.fr*, 21 avril 2021). Faut-il y voir les fruits de la diplomatie marocaine qui a multiplié les rencontres bilatérales en faveur de la reconnaissance de sa souveraineté sur les « Provinces du sud » ? On renvoie ici à l'ouverture de plusieurs consulats africains à Laâyoune et Dakhla (voir cette « Chronique », n°2020/2.35) et à la déclaration de l'ancien Président américain reconnaissant la souveraineté du Maroc sur le Sahara occidental (voir cette « Chronique », n°2021/1.13). Depuis, la solution marocaine d'un territoire autonome dans un Etat souverain, défendue dès 2007 devant le Secrétaire général des Nations Unies, semble faire son chemin. Le 15 janvier 2021, une quarantaine de pays participait à une conférence organisée par le Maroc, à l'issue de laquelle, selon le ministère des affaires étrangères marocain, « la majorité des participants » ont exprimé un « soutien fort à l'Initiative d'Autonomie du Maroc comme seule base pour une solution juste et durable à ce conflit régional » (<https://www.diplomatie.ma/fr/conf%C3%A9rence-minist%C3%A9rielle-de-soutien-%C3%A0-l%E2%80%99initiative-dautonomie-sous-la-souverainet%C3%A9-du-maroc-conclusions-des-pr%C3%A9sidents>). On notera la participation de la France à cette conférence, qui a rappelé que la proposition marocaine constitue une « base sérieuse et crédible » à la résolution du conflit (voir l'entretien de Jean-Yves Le Drian avec son homologue en date du 8 avril 2021). A cet égard, la création d'un comité local du parti « La République En marche ! » à Dakhla, destiné à « renforcer [la] présence » du parti auprès « des Français de cette zone » (communiqué de presse du 8 avril 2021 relayé par l'ambassade du Maroc en France) obscurcit un peu plus la position française sur le dossier sahraoui. La reconnaissance par les Etats-Unis de la « marocanité » du Sahara occidental (sur laquelle le Président américain nouvellement élu n'est pas officiellement revenu) et l'impasse du processus politique onusien semblent aujourd'hui pencher en faveur de la diplomatie marocaine. Reste à savoir où cet élan conduira dès lors que la solution de l'autonomie, au-delà du réalisme que certains lui associent, se heurte au droit international public qui reconnaît au peuple sahraoui le droit de déterminer librement son statut politique.

D. B.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ

Vers un traité sur les pandémies ?

2021/3.56 – Lors de la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrée à la pandémie de COVID-19 (3-4 décembre 2020), le Président du Conseil européen en a appelé à l'adoption d'un « traité sur les pandémies ». Ultérieurement, le Directeur général de l'Organisation s'est montré favorable à cette proposition, soulignant l'importance de ne pas s'en remettre qu'à des mécanismes de coopération technique qui reposent excessivement sur le Secrétariat, mais de déplacer le centre de gravité de la lutte contre les pandémies vers une action concertée des Etats

membres (Déclaration du Directeur général lors de la 148^e session du Conseil exécutif, 20 janvier 2021). Cette proposition a ensuite été soutenue par plusieurs Etats membres de l’OMS (« Le COVID-19 met en évidence la nécessité d’un nouveauté traité international sur la préparation et la riposte aux pandémies », Tribune de 26 chefs d’Etat et de gouvernement et du Directeur général de l’OMS, *Le Monde*, 31 mars 2021, p. 30). Pour l’heure, elle n’a cependant pas reçu le soutien officiel d’Etats majeurs comme les Etats-Unis, le Brésil, la Chine, la Russie ou encore le Japon.

Cette proposition de traité a fait l’objet de réactions mitigées. Certains responsables du Comité international de la Croix-Rouge, par exemple, ont clairement exprimé qu’un nouveau traité n’était pas nécessaire (Svĕt LUSTIG VIJAY, « Global Health Is In Disarray – But Is A Pandemic Treaty The Way Out ? », *Health Policy Watch*, 23/04/2021). De l’autre côté du spectre, le Groupe indépendant sur la préparation et la riposte à la pandémie (établi sur la base de la résolution WHA73.1) recommande expressément l’adoption d’une Convention-cadre sur les pandémies (« COVID-19 : Agissons pour que cette pandémie soit la dernière », rapport principal du Groupe indépendant, mai 2021, p. 36). Pour sa part, le Comité consultatif indépendant de surveillance du Programme OMS de gestion des situations d’urgence s’est contenté de prendre note de cette annonce (doc. OMS A74/16, para. 22).

Signe d’une confiance continue en l’OMS, les partisans de l’adoption d’un nouveau traité souhaitent qu’il s’inscrive dans le cadre de l’article 19 de la Constitution de 1946 – qui n’a jusqu’à présent été utilisé qu’une seule fois, pour adopter la Convention-cadre pour la lutte antitabac – et qu’il complète les instruments déjà existants, en particulier le Règlement sanitaire international (RSI) de 2005. Une telle approche paraît appropriée dans la mesure où le RSI contient des obligations dont la pandémie de COVID-19 a confirmé l’importance fondamentale, en particulier en termes de surveillance sanitaire et de partage d’information. La priorité devrait donc être à une mise en œuvre renforcée de ce texte, d’autant qu’il bénéficie déjà d’un assentiment universel favorisé par la procédure de l’*opting out* prévue à l’article 22 de la Constitution de l’OMS. Pour autant, le Règlement sanitaire international se présente comme un instrument de coordination assez technique qui ne propose pas une approche « globale » de la lutte contre les pandémies. En particulier, il ne s’inscrit pas dans une optique de prévention de long terme de l’émergence et de la réémergence des maladies infectieuses dans la perspective « un monde, une santé », qui souligne que la santé des hommes est liée à celle des animaux et à la qualité de l’environnement. Or, la traduction de cette approche en termes juridiques ne saurait suivre la voie réglementaire, l’article 21 a) de la Constitution de l’OMS permettant seulement d’adopter « telle mesure sanitaire et de quarantaine ou toute autre procédure destinée à empêcher la propagation des maladies d’un pays à l’autre ». La voie conventionnelle paraît donc la plus indiquée. Pour autant, les conventions de l’article 19 doivent être adoptées à la majorité des deux tiers de l’Assemblée et elles n’entrent en vigueur qu’à l’égard des Etats qui y sont devenus partie conformément à leurs règles constitutionnelles. Ces deux conditions ne garantissent pas le succès de l’initiative, ni une large participation à l’instrument qui pourrait être adopté.

Lors de sa dernière session tenue en mai 2021, si l’Assemblée de la Santé a accepté de créer un Groupe de travail des Etats membres (résolution WHA74.7), celui-ci devra « accorder la priorité à l’évaluation des avantages de l’élaboration d’une convention, d’un accord ou d’un autre instrument international de l’OMS sur la préparation et la riposte aux

pandémies » (décision WHA74(16)). Cette rédaction aurait été largement influencée par les Etats-Unis, désireux de ralentir le processus tout en ouvrant la porte à un texte de nature non conventionnelle. Le rapport du Groupe de travail sera examiné par l'Assemblée de la Santé réunie en novembre 2021 à l'occasion d'une session extraordinaire dont l'unique point à l'ordre du jour sera « consacré à l'examen [de ces] avantages [...], en vue de la mise en place d'un processus intergouvernemental pour rédiger et négocier cette convention, cet accord ou cet autre instrument international » (*idem*). De fait, à l'issue de la 74^e Assemblée de la Santé, la négociation d'un traité sur les pandémies est loin d'être acquise.

H.D.P.

RUSSIE – CHINE – ETATS-UNIS

Extension lunaire du domaine de la lutte

2021/3.57 – En mai 2019, les Etats-Unis ont présenté le calendrier de leur nouveau programme d'exploration et d'occupation de la Lune. Donald Trump avait appelé à un retour rapide des Américains sur le satellite naturel de la Terre. Depuis le 19 décembre 1972, date de la rentrée de l'équipage du programme Apollo 17 – dernière mission du programme spatial éponyme – plus aucun être humain ne s'est vraiment éloigné de la Terre.

La Station spatiale internationale ne se trouve qu'à environ 400 kilomètres de distance. Environ, car, la Station tombant en permanence, cette altitude se réduit de 50 à 100 mètres par jour. Il faut alors de temps en temps la rehausser afin de permettre qu'elle reste en orbite dans l'espace, lequel commence au-delà de 100 kilomètres d'après la science, mais que les Etats-Unis ont stratégiquement fixé à 80 km au-dessus de leur territoire.

Mais revenons à notre *revival* kennedien. Initialement prévu pour 2028 par l'agence spatiale nationale (*National Aeronautics and Space Administration*, NASA ci-après), le retour américain sur la Lune fut avancé de quatre ans à l'annonce du programme Artemis par l'administration Trump. L'objectif final de la mission est l'installation, à partir de 2026, de bases permanentes sur la Lune. Pour accompagner ce programme, et les Etats-Unis et la NASA ont rédigé et publié les « Accords Artemis » dont le titre complet est « Principes pour l'exploration et l'usage pacifiques de la Lune, de Mars, des astéroïdes et des comètes » (traduction libre). Ses dispositions reprennent le contenu matériel – légèrement plus détaillé – des principes du *Traité de l'espace* entré en vigueur en 1967 et régissant déjà l'exploration et l'usage des corps célestes visés par Artemis.

Ces nouveaux accords sont fondés sur dix principes : l'exploration pacifique des corps célestes (pourtant déjà obligatoire en vertu des traités spatiaux), l'obligation de porter secours aux astronautes en détresse (*idem*), l'enregistrement des objets spatiaux (*idem*), la publication des données scientifiques et la transparence (*idem*), le respect du droit international général (*idem*), l'exploitation des ressources spatiales conformément au *Traité de l'espace* (...). Seuls sont « nouveaux » les principes : d'interopérabilité (la compatibilité technique des systèmes nationaux, déjà nécessaire à tout programme international), de préservation du patrimoine spatial (induite par les traités spatiaux) et d'engagement à éliminer les débris spatiaux générés (chose à laquelle la plupart des agences spatiales se sont déjà engagées par des instruments de *soft law*).

Depuis leur ouverture à signature, plusieurs Etats ont rejoint, dès 2020, ces accords internationaux pourtant rédigés de façon unilatérale par les Etats-Unis : l'Australie, le Canada, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, les Emirats arabes unis et le Royaume-Uni.

Cette agrégation conventionnelle ne l'est pas restée longtemps, elle fait à présent figure de « bloc » suite à l'annonce concurrente de la Russie et de la Chine. Le 23 avril 2021, les deux puissances ont annoncé, lors de la réunion annuelle du sous-comité scientifique et technique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique des Nations Unies (CUPEAA ci-après) à Vienne, la signature d'un accord d'établissement d'une base lunaire à partir de 2025. Le lendemain, c'est à Nanjing (est de la Chine) qu'ont été donnés les détails du programme sino-russe : les équipages s'installeront à partir de 2030 dans des bases construites par des robots d'ici là.

Si les deux Etats semblent avoir signé un accord bilatéral, c'est en fait l'agence spatiale russe *Roscosmos* qui se joint au programme lunaire de son équivalent chinois. Le schéma coopératif et conventionnel suivi semble calqué sur le modèle américain. Chine et Russie ont, dès adoption de leur protocole d'accord, ouvert celui-ci à signature à tout autre pays qui souhaiterait se joindre au programme.

Les Etats désireux d'explorer et d'occuper la Lune ont à présent le choix de rallier l'un ou l'autre des accords américain ou chinois. Bien que concurrents, les deux accords sont très différents. L'adhésion aux accords Artemis est plutôt une adhésion pour l'instant formelle, à des principes uniquement. Tandis que l'adhésion au projet chinois relève davantage de l'adhésion matérielle, effectivement participative, à un programme d'exploration lunaire.

Mettons les pieds dans la Lune : les accords Artémis servent surtout aux Etats-Unis à faire reconnaître par d'autres Etats leur interprétation à visée commerciale du principe de non-appropriation de l'espace. Aux termes de l'article II du *Traité de l'espace* de 1967 (ratifié aujourd'hui par plus de 110 Etats dont les USA et tout Etat conduisant des activités spatiales) : « L'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen. » Le *Traité* de 67 ne définissant pas le terme de « corps célestes » autrement que par exemple nominal, c'est le sens ordinaire de ce terme qu'il convient de retenir (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, article 31). Tous les dictionnaires consultés incluent dans la notion de corps célestes : les étoiles, les planètes, satellites, astéroïdes, comètes et tous les autres objets naturels se trouvant dans l'espace. L'article II précité interdit donc leur appropriation, même partielle, quelles qu'en soient les modalités.

Malgré cet engagement international à double force conventionnelle et coutumière, les Etats-Unis ont adopté en 2015 le *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act*. Les paragraphes 51301 à 51303 de cette loi interne autorisent les ressortissants américains à exploiter commercialement les ressources spatiales. L'Etat américain y reconnaît et protège le droit de propriété de ses nationaux sur les ressources spatiales, que lui-même ne peut pas s'approprier et sur lesquelles il n'a dès lors aucune compétence. Dans les sommets internationaux, les représentants américains expliquent que le principe de non-appropriation ne fut adopté que pour proscrire l'annexion territoriale de l'espace et des corps célestes par les Etats. Dès lors, l'appropriation limitée aux ressources, par des entités privées, serait licite. Cette interprétation étant inversée par la quasi-totalité des spécialistes de la discipline et dénoncée au CUPEAA, les accords Artémis brillent

différemment lorsque lumière est mise sur leur section 10, 2 : « Les Etats signataires affirment que l'extraction des ressources spatiales ne constitue pas une appropriation nationale au sens de l'article II du Traité de l'espace ».

Ces tribulations interprétatives ne sont néanmoins pas nouvelles. Elles naquirent au début des années 60, lorsque l'URSS et les USA négociaient les principes du *Traité de l'espace*, reflétant les idéologies nationales respectives. L'Union soviétique souhaitait totalement interdire l'espace aux entités non gouvernementales tandis que les Etats-Unis proposaient de l'ouvrir sans borne aux entreprises. Le compromis fut trouvé en l'article VII du *Traité* : « Les Etats parties au Traité ont la responsabilité internationale des activités nationales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, qu'elles soient entreprises par des organismes gouvernementaux ou par des entités non-gouvernementales, et de veiller à ce que les activités nationales soient poursuivies conformément aux dispositions énoncées dans le présent Traité. Les activités des entités non gouvernementales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, doivent faire l'objet d'une autorisation et d'une surveillance continue de la part de l'Etat approprié partie au Traité ».

Si l'annonce de l'accord sino-russe peut sembler anecdotique de prime abord, elle relance en fait la Course à Lune dont la communauté internationale semblait sortie depuis la fin de la Guerre froide. La ligne d'arrivée de cette course, franchie en 1967, ne fut pas une appropriation, mais l'adoption d'un traité multilatéral de renoncement national à l'annexion de l'espace ; tandis qu'en 2017, ce nouveau tour de piste débute par la mise sur le marché conventionnel de deux accords concurrents, fondés chacun sur les mêmes idéologies ayant pourtant permis, par le passé, l'adoption des principes conciliatoires précités.

Dans *On a marché sur la Lune* (1954), Dupond et Dupont s'exclament : « Dire que nous foulons ce sol de la Lune où jamais la main de l'homme n'a mis le pied ! ». Près d'un demi-siècle plus tard, les deux blocs déjà en conflit à leur époque se disputent encore à propos de la Lune : l'un pour rendre cette « main » invisible, l'autre pour qu'elle garde deux doigts repliés.

R.C.

ANNEXE 1 :

Lettre datée du 24 mars 2015 supposément envoyée par le Président yéménite Abdrabbo Mansour Hadi aux dirigeants des Etats du Conseil de Coopération du Golfe

(Traduit librement de l'arabe)

Cher frère, Gardien des deux Saintes Mosquées, le roi Salman Bin Abdulaziz Al Saud, roi du royaume frère d'Arabie Saoudite.

Cher frère, Son Altesse Cheikh Khalifa bin Zayed Al Nahyan, Président des Emirats Arabes Unis frères.

Cher frère, Sa Majesté le Roi Hamad bin Isa Al Khalifa, roi du Royaume frère de Bahreïn.

Cher frère, Sa Majesté le Sultan Qabus Bin Saïd, Sultan du fraternel Oman.

Cher frère, Son Altesse Cheikh Sabah Al-Ahmad Al-Jaber Al-Sabah, émir de l'Etat voisin du Koweït.

Cher frère, Son Altesse Cheikh Tamim Bin Hamad Al Thani, émir de l'Etat frère du Qatar.

Chers frères, je vous écris cette lettre avec un cœur submergé par une grande tristesse en raison de la situation sécuritaire en République du Yémen, qui est le résultat de l'énorme détérioration et du grand danger dû aux actions agressives en cours et la violence continue contre la souveraineté du Yémen que les orchestrateurs du coup d'Etat houthi entreprennent et continuent de mener avec l'intention de désintégrer le Yémen et de frapper sa sécurité et sa stabilité.

Nous avons déployé tous les efforts possibles pour mettre fin à ces agressions criminelles des Houthis contre notre peuple, qui ont laissé de profondes blessures dans chaque foyer yéménite. Nous avons cherché de toutes nos forces à parvenir à une solution pacifique pour sortir le Yémen d'un tunnel sombre dans lequel les orchestrateurs du coup d'Etat houthi ont mis le pays, pour protéger notre peuple du feu du chaos et de la destruction, et pour éviter d'impliquer le pays dans une guerre qui brûlera toute la terre que les orchestrateurs du coup d'Etat ont recherché et continueront à chercher à aviver.

Mais tous nos efforts pacifiques et notre détermination continue se sont heurtés à un refus catégorique des orchestrateurs du coup d'Etat houthi qui poursuivent leurs transgressions pour ramener la région restante, et en particulier le Sud, sous leur contrôle, ce qui a conduit la République du Yémen à traverser les pires circonstances de son Histoire. Le peuple du Yémen, qui respecte notre religion islamique, n'a jamais été témoin d'une telle agression pécheresse qui est réfutée par les principes et les traditions islamiques ainsi que par les chartes internationales. Cette agression pécheresse exécutée par des milices internes soutenues par des forces de l'intérieur qui ont vendu leur conscience et ne se préoccupent que de leurs intérêts personnels, et également soutenues par des puissances régionales dont l'objectif est de dominer ce pays et d'en faire une base pour leur domination dans la région. Cette menace met en danger non seulement la sécurité du Yémen mais aussi la sécurité de toute la région ainsi que la paix et la sécurité mondiales.

Face à ces graves développements, et au souci de la sécurité et de la stabilité du Yémen, de la sécurité de la région et de la paix et de la sécurité internationales, ainsi que de la protection du courageux peuple yéménite qui paient un lourd tribut à la suite du coup d'Etat des Houthis, il est de mes responsabilités constitutionnelles que je prenne soin des gens et de préserver l'unité, l'indépendance et l'intégrité territoriale de la nation, et en tenant compte de ce qui a été et est perpétré par les milices houthies au moyen d'actes agressifs, le plus récent étant la surveillance des convois militaires destinés à attaquer Aden et à s'en emparer ainsi que du reste du Sud et l'annonce des milices criminelles de leur intention de se mouvoir militairement vers le Sud, annonce qui fut confirmée par le récent rapport que l'envoyé spécial du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a soumis au Conseil de sécurité. Ce rapport confirme d'ailleurs que le soi-disant Comité révolutionnaire houthi a lancé à ses unités militaires au Nord un appel à la mobilisation générale en vue de la campagne sur le Sud et que les Houthis poursuivent leur occupation d'institutions gouvernementales et leur expansion dans de nouvelles zones malgré les demandes répétées du Conseil de sécurité. Enfin, ce rapport confirme aussi que les avions de l'armée de l'air saisis par les Houthis continuent de survoler et de bombarder la ville d'Aden, ce qui peut être considéré comme une grave escalade sans précédent.

Le rapport de l'envoyé des Nations Unies a aussi confirmé que les Houthis ont commencé à se déplacer maintenant vers le Sud, Lahaj et Aden, et révèle les craintes d'une exploitation par Al-Qaïda de l'instabilité actuelle pour provoquer un nouveau chaos qui ferait glisser le pays dans un conflit encore plus violent et plus de fragmentation. Je vous appelle donc mes frères, et vos nations sœurs, à vous tenir – comme vous nous avez toujours habitués – aux côtés du peuple yéménite pour la protection du Yémen. *Je vous demande, sur la base du principe de légitime défense de l'article 51 de la Charte des Nations Unies et sur la base de la Charte de la Ligue arabe et du traité de défense arabe conjointe, à fournir un soutien immédiat par tous les moyens nécessaires, y compris une intervention militaire, pour protéger le Yémen et son peuple contre l'agression continue des Houthis et dissuader l'attaque prévue de se produire à tout instant contre la ville d'Aden et le reste des régions du Sud, et aider le Yémen face à Al-Qaïda et à l'EIIL.* [Nous soulignons]

Le peuple yéménite n'oubliera pas la position de ses frères à ses côtés dans ces circonstances difficiles et les menaces qui pèsent sur lui.

En conclusion, je tiens à vous assurer que la confiance du peuple yéménite en *Allah* Tout-Puissant ne sera jamais ébranlée et qu'il restera attaché à ses principes fondamentaux qui sont à même de maintenir la fierté et la dignité de la nation et de sa souveraineté.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

avec les notes de

Julien CAZALA, Rémi CÈBE, Julie FERRERO, Rémy PROUVÈZE

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 21 mai 2021, *J.L. c. Italie*, req. n°5671/16..... 642

Arrêts du 25 mai 2021 (Grande Chambre), *Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni*,
req. n°s 58170/13, 62322/14 et 24960/15 et *Centrum for Rattvisa c. Suède*, req.
n°35252/08..... 644

Arrêt du 22 juin 2021, *Adzhigitova et al. c. Russie*, req. n°s 40165/07 et 2593/08 648

Arrêt du 9 juillet 2021, *M.A. c. Danemark*, req. n°6697/18 649

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence du 3 juin 2021, *Infinito Gold Ltd. v. republic of Costa Rica* (ARB/14/5)
(G. Kaufmann-Kohler, présidente ; B. Hanotiau, B. Stern, membres)..... 653

COMITÉ AD HOC CIRDI

Décision sur la demande d'annulation du 28 mai 2021, *Perenco Ecuador Limited v.
Republic of Ecuador* (ARB/08/6)
(E. Zuleta, président ; R. Knieper, M. Pinto, membres)..... 657

II. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the Prosecutor's request to vacate the effect of the Warrant of Arrest
issued against Ms Simone Gbagbo du 19 juillet 2021 (Pre-Trial Chamber II),
*Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Simone
Gbagbo* (ICC-02/11-01/12)..... 659

MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ À EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES DES TRIBUNAUX PÉNAUX

Judgement du 8 juin 2021 (Chambre d'appel), *Prosecutor v. Ratko Mladić* (MICT-
13-56-A)..... 660

R.G.D.I.P. 2020-3

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE**TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT**

Jugement 4403 du 7 juillet 2021 661

I. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE**A. DROITS DE L'HOMME****COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**Arrêt du 21 mai 2021, *J.L. c. Italie*, req. n°5671/16

Stéréotypes de genre – victimisation secondaire – préjugés sexistes – droit des victimes de violences sexuelles – intégrité personnelle – vie privée – cadre législatif – modalité d'enquête – auditions de la victime – article 8 – obligations positives

L'affaire *J.L. c. Italie* fournit à la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) l'opportunité de développer et compléter son arsenal de lutte contre les stéréotypes de genre et les violences faites aux femmes sous l'impulsion des instruments et pratiques internationaux et européens. La requérante alléguait devant la Cour avoir subi une violation de ses droits issus des articles 8 et 14 de la Convention au cours de la procédure pénale diligentée à la suite d'un dépôt de plainte pour viol en réunion. Suite à sa plainte, peu après les faits, les agresseurs furent placés en détention provisoire et le Tribunal de Florence les condamna en 2013 pour avoir induit une personne se trouvant dans un état d'infériorité physique et psychique à accomplir ou subir des actes à caractère sexuel, infraction réprimée par le droit italien. Si le jugement retint la préparation d'une soirée transgressive par les prévenus ainsi que l'emprise de l'alcool sur la victime, il les acquitta pourtant du chef d'accusation de viol. La Cour d'appel de Florence cassa néanmoins ce jugement en 2015 et acquitta purement et simplement les prévenus. Ne se prononçant que sur la question de l'abus de l'état d'infériorité de la victime, elle concentra son raisonnement sur la détermination de l'état de la requérante au moment des faits. Or, pour rejeter la crédibilité de son témoignage à cet égard, les juges se livrèrent à une série de jugements moraux plus odieux les uns que les autres. Parmi eux, la vie familiale et sexuelle de la requérante comme sa manière de danser, jusqu'à la couleur de sa lingerie, constituaient à leurs yeux autant d'indices de son consentement aux actes qu'elle devait subir ensuite. Pire encore, sur la question de la révocation possible d'un consentement prétendument acquis ou considéré comme tel par les agresseurs, la Cour d'appel l'exclut encore au motif selon lequel elle « avait reconnu être restée inerte et à la merci du groupe pendant les rapports sexuels » (§ 43).

A la différence des autres affaires dans lesquelles elle a eu à se prononcer sur des violations de la Convention issues ou encouragées par des stéréotypes de genre, dans lesquelles le cadre législatif ou la procédure pénale n'étaient pas de nature à assurer une protection suffisante des femmes victimes de violences (voir par ex. Cour EDH, arrêt du 9 juin 2006, *Opuz c. Turquie*, req. n°33401/02 ; Cour EDH, arrêt du 26 mars 2013, *Valiulienė c. Lituanie*, req. n°33234/07 ; Cour EDH, arrêt du 9 juillet 2019, *Volodina c. Russie*, req. n°41261/17 ; voir cette Chronique, *Revue*, 2019-4, nos obs., pp. 980-982), la Cour européenne admet ici que le cadre législatif comme les modalités d'enquête et

d'audition menées par les autorités italiennes étaient adéquats et adaptés à la situation des victimes de violences sexuelles. Elle est en revanche appelée à examiner un nouvel aspect de ces phénomènes structurels en abordant ici les droits des victimes relatifs à leur vie privée et leur intégrité personnelle au cours des procédures. La requérante alléguait en effet que le raisonnement de la Cour d'appel et les jugements émis sur ses choix de vie et son intimité dans l'arrêt étaient de nature à violer ses droits conventionnels. La Cour réaffirme à cet égard que les droits des victimes parties à des procédures pénales tombent sous le coup de la protection de l'article 8 dont elle rappelle qu'il contient des obligations positives de protection impliquant notamment « une prise en charge adéquate de la victime durant la procédure pénale, ceci dans le but de la protéger d'une victimisation secondaire » (§ 119). Tel est d'ailleurs ce que prévoit *expressis verbis* la directive européenne du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité. En l'espèce, la Cour soulève plusieurs des passages problématiques de l'arrêt de la Cour d'appel qui « évoquent la vie personnelle et intime de la requérante » et les nombreux commentaires concernant ses relations sentimentales ou sa prétendue « attitude ambivalente » (§ 136). Elle considère que ces éléments étaient dépourvus de toute utilité en l'espèce et qu'ils violaient en outre « le devoir de protéger l'image, la dignité et la vie privée de celles-ci, y compris par la non-divulgence d'informations et de données personnelles sans relation avec les faits » (§ 139). La Cour dégage ainsi une nouvelle composante des obligations positives contenues à l'article 8 de la Convention.

En outre, pour déconstruire les préjugés sociétaux sur lesquels reposent ce type de jugements, elle relève judicieusement que le fait que la requérante ait participé à un court-métrage à caractère violent et explicitement sexuel dirigé par l'un de ses agresseurs était perçu comme une « décision douteuse » de sa part mais jamais comme révélateur de l'attitude de cet homme ou de ses penchants sexuels (§ 136). Plus encore, forte des rapports du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et du Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du Conseil de l'Europe sur l'Italie elle ajoute que « le langage et les arguments utilisés par la cour d'appel véhiculent les préjugés sur le rôle de la femme qui existent dans la société italienne et qui sont susceptibles de faire obstacle à une protection effective des droits des victimes de violences de genre en dépit d'un cadre législatif satisfaisant » (§ 140). Ainsi, après avoir considéré qu'ils sont un facteur de discrimination (Cour EDH, arrêt du 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06), une entrave à la protection de l'intégrité physique des personnes (Cour EDH, *Volodina c. Russie*, préc.), la Cour européenne affirme à présent que la persistance des préjugés sexistes porte atteinte à la protection des victimes même lorsque le système dans sa globalité est jugé satisfaisant. Plus encore, elle considère « essentiel que les autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice » (§ 141) et conclut sur ce fondement à la violation de l'article 8. Si l'on peut regretter que la Cour ne juge pas utile de se prononcer sur la violation de l'article 14, ce dernier renforcement de sa jurisprudence sur le terrain des droits des femmes confirme la prise de conscience de la juridiction européenne de ces enjeux et son activisme croissant en la matière.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêts du 25 mai 2021 (Grande Chambre), *Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni*, req. n^{os} 58170/13, 62322/14 et 24960/15 et *Centrum for Rattvisa c. Suède*, req. n^o 35252/08

Vie privée – Interception de données en masse – partage de renseignement – autorisation – supervision – contrôle – contenu des communications – données de communication – garanties de bout en bout – prévisibilité – obligation de notification – soupçon raisonnable – jurisprudence de la CJUE – Commission de Venise – menace terroriste – protection des journalistes

Les arrêts rendus par la Grande Chambre de la Cour européenne le 25 mai 2021 dans les affaires *Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni* et *Centrum for Rattvisa c. Suède* offrent une mise au point bienvenue des conditions de la conformité à la Convention des régimes d'interception en masse de données à des fins de surveillance qui fleurissent en Europe.

Dans la première affaire, à la suite des révélations d'Edward Snowden sur les programmes de surveillance électronique exploités par les services de renseignements américains et britanniques, plusieurs organisations et personnes privées ont déposé des requêtes entre 2013 et 2015, jointes par la Chambre, et soulevaient à titre principal la violation des articles 8 et 10 de la Convention. Les requérants entendaient dénoncer les manquements du système de surveillance mis en place par la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (« RIPA »), instituant le régime d'interception des données. Dans la seconde affaire, la fondation requérante considérait que la législation et la pratique suédoise en matière d'interception des données violaient les articles 8 et 13 de la Convention. Ces requêtes ont donné lieu à deux arrêts de chambre rendus respectivement le 19 juin 2018 pour l'affaire suédoise et le 13 septembre 2018 pour l'affaire britannique. Dans les deux cas, les requérants ont sollicité le renvoi devant la Grande Chambre que le Collège a accepté. La similarité des questions soulevées, la concomitance de leur publication mais surtout l'unité du raisonnement que la Grande Chambre y développe – contrairement aux arrêts de chambre, séparés de 3 mois et de quelques divergences – imposent que ces arrêts soient analysés conjointement pour en dégager les enseignements et cerner les évolutions de la jurisprudence européenne.

Ces affaires s'inscrivent dans un contexte particulier. Les débats suscités par la révélation des programmes de surveillance secrète de plusieurs Etats européens dans le cadre de la lutte antiterroriste a permis de mettre en lumière des ingérences systématiques dans la vie privée des populations au nom de la sécurité nationale et soulevé une vague d'indignation. L'Union européenne avait justement adopté plusieurs réglementations relatives à la protection des données depuis le début des années 2000, dont la Directive 2002/58 dite « *e-privacy* » dont l'application a suscité un contentieux prolifique. Saisie à plusieurs reprises de questions relatives à la mise en balance de la protection de la vie privée et de l'interception, la conservation et l'utilisation de données personnelles par les Etats, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a développé dans sa jurisprudence un encadrement strict des pratiques étatiques en la matière à partir des affaires *Digital Rights* (CJUE, arrêt du 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.*, C-293/12 et C-594/12), *Tele 2* et *Watson* (CJUE, arrêt du 21 décembre 2015, *Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen et Secretary of State*

for the Home Department contre Tom Watson e.a., C-203/15 et C-698/15) ou encore *Ministerio fiscal* (CJUE (Grande Chambre), arrêt du 2 octobre 2018, *Ministerio fiscal*, C-207/16). Or, le sentiment global qu'inspire ce *corpus* est celui d'une plus grande sévérité de la Cour de Luxembourg par rapport à celle de Strasbourg dans la protection de la vie privée, qui n'a pas échappé à plusieurs Etats et nourrit leurs argumentaires contestataires (voir à cet égard D. VENTURA, « L'acquisition de données de communications électroniques par les autorités de renseignement à l'épreuve de la directive 'e-privacy' 2002/58/CE », *RDLF*, 2020, n°22). C'est dans contexte d'apparente contradiction, ou *a minima* de divergence, que les juridictions de trois Etats européens ont saisi la Cour de questions préjudicielles relatives à l'articulation entre la nécessité des régimes de surveillance massive secrète pour la défense de la sécurité nationale et les exigences posées par la jurisprudence et le droit de l'Union. La CJUE a rendu deux arrêts le 6 octobre 2020, pendant que la Grande Chambre de la Cour EDH statuait justement sur les deux affaires commentées, dans lesquelles elle réaffirme l'interdiction du stockage de masse généralisé et indifférencié qu'elle assorti toutefois de tempéraments et d'exceptions pour l'adapter aux enjeux sécuritaires nationaux (voir à cet égard S. PEYROU-BARTOLL, « Protection des données à caractère personnel : interdiction d'un stockage de masse généralisé et indifférencié, oui mais... Réflexions sur les arrêts de la CJUE, 6 octobre 2020, Privacy international (aff. C- 623/17), et La Quadrature du Net, French Data Network, Ordre des barreaux francophones et germanophone (aff. jointes C-511/18, C-512/18, C-520-18) », *GDR-ELSJ*, 22 octobre 2020). La position de la Grande Chambre était donc attendue à plus d'un titre et notamment pour concilier ou confirmer les divergences européennes en matière de protection des données personnelles. L'attention et les tensions que ces affaires ont suscitées transparaissent dans les 18 autorisations de se porter tiers intervenant accordées dans l'affaire britannique. Par ailleurs, l'Estonie, la France, la Norvège, les Pays-Bas ainsi que le Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression ont pris part aux procédures.

L'avancée principale que réalise la Grande Chambre par rapport aux arrêts des chambres réside dans l'élaboration d'un cadre spécifique et adapté aux évolutions technologiques et sociétales, ainsi qu'aux enjeux spécifiques de l'interception de données en masse, qu'elle distingue enfin du régime de l'interception de données ciblée qu'elle lui appliquait jusqu'ici (*BigBrother Watch*, § 322). Elle clarifie non seulement sa position mais durcit également son contrôle et se rapproche en ce sens de la CJUE quoiqu'elle ménage toujours une latitude conséquente aux Etats. Admettant la nécessité d'actualiser sa jurisprudence, que les organisations intervenantes appelaient de leurs vœux, en raison des progrès technologiques significatifs et de leur impact sur les moyens de communication, la Grande Chambre reformule les termes du débat. Elle reconnaît d'abord les « difficultés spécifiques » (§ 322) que pose l'évaluation des régimes d'interception en masse de communication par les services de renseignements à l'heure où « la grande majorité des communications se font sous forme numérique et sont acheminées à travers les réseaux mondiaux de télécommunication de manière à emprunter la combinaison de chemins la plus rapide et la moins chère sans aucun rapport significatif avec les frontières nationales » (§ 322), ce qui démultiplie leur potentiel attentatoire aux libertés. Néanmoins, ce phénomène représente dans le même temps une opportunité incontournable pour les Etats à une époque où les menaces qui pèsent sur eux ont également proliféré et où leur défense requiert parfois de telles mesures de

surveillance secrète. Elle cite parmi elles « le terrorisme, le trafic de substances illicites, la traite des êtres humains ou encore l'exploitation sexuelle des enfants – activités d'échelle planétaire » et relève « [n]ombre de ces menaces proviennent de réseaux internationaux d'acteurs hostiles qui ont accès à une technologie de plus en plus sophistiquée grâce à laquelle ils peuvent communiquer sans être repérés. L'accès à cette technologie permet également à des acteurs étatiques ou non étatiques hostiles de perturber l'infrastructure numérique, voire le bon fonctionnement des processus démocratiques, au moyen de cyberattaques » (§ 323). Consciente de ce dilemme cornélien entre sécurité et liberté sur le terrain de la protection des données, elle s'emploie ici à construire une nouvelle stratégie de conciliation. Elle expose sa « nouvelle démarche » dans des termes identiques dans les deux arrêts. Si elle considère que ces régimes d'interception ne violent pas en tant que tels la Convention, elle considère que l'article 8 est applicable à chaque étape du processus, de l'interception initiale au traitement automatisé en passant par l'examen par des analystes jusqu'à la rétention de ces données voire leur partage avec des tiers, et que, justement « l'intensité de l'ingérence dans l'exercice des droits protégés par l'article 8 augmente au fur et à mesure que le processus d'interception en masse avance » (§ 330). Dès lors, des garanties doivent exister à chaque stade et la Cour adopte à cet égard le concept de « garanties de bout en bout » pour réduire autant que possible le risque d'abus de pouvoir, notamment dans les cas où le secret est exigé. Elle exige alors « qu'au niveau national, la nécessité et la proportionnalité des mesures prises devraient être appréciées à chaque étape du processus, que les activités d'interception en masse devraient être soumises à l'autorisation d'une autorité indépendante dès le départ – dès la définition de l'objet et de l'étendue de l'opération – et que les opérations devraient faire l'objet d'une supervision et d'un contrôle indépendant opéré *a posteriori* » (§ 350). Les « six garanties minimales » issues de la jurisprudence relative aux interceptions ciblées et transposée dans les affaires *Weber et Saravia c. Allemagne* (Cour EDH, décision du 29 juin 2006, req. n°54934/00) et *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, (Cour EDH, arrêt du 1^{er} juillet 2008, req. n°58243/00) aux interceptions massives sont finalement abandonnées au profit de critères de contrôle plus adéquats. Ces critères regroupent : *i*) les motifs pour lesquels l'interception en masse peut être autorisée ; *ii*) les circonstances dans lesquelles les communications d'un individu peuvent être interceptées ; *iii*) la procédure d'octroi d'une autorisation ; *iv*) les procédures à suivre pour la sélection, l'examen et l'utilisation des éléments interceptés ; *v*) les précautions à prendre pour la communication de ces éléments à d'autres parties ; *vi*) les limites posées à la durée de l'interception et de la conservation des éléments interceptés, et les circonstances dans lesquelles ces éléments doivent être effacés ou détruits ; *vii*) les procédures et modalités de supervision, par une autorité indépendante, du respect des garanties énoncées ci-dessus, et les pouvoirs de cette autorité en cas de manquement et *viii*) les procédures de contrôle indépendant *a posteriori* du respect des garanties et les pouvoirs conférés à l'organe compétent pour traiter les cas de manquement. Appliquant ce nouveau cadre aux régimes suédois et britannique la Grande Chambre de la Cour EDH constate, pour chacun d'eux, des carences de nature à emporter la violation de l'article 8 de la Convention. Elle conclut également à la violation de l'article 10 dans l'affaire *Big Brother Watch* et de l'article 13 dans l'affaire *Centrum for Rattvisa* sur la base des mêmes éléments.

L'autre apport essentiel de ces arrêts se place sur le terrain de l'échange de renseignements et du transfert de données recueillies par ces régimes de surveillance massive. Si la question avait été abordée à l'occasion de l'affaire *Liberty*, puis soigneusement contournée dans l'arrêt de chambre rendu dans l'affaire britannique, elle devient devant la Grande Chambre l'objet d'un examen spécifique à l'aune de la nouvelle démarche adoptée par la Cour. A cet égard, elle affirme qu'elle « considère que la transmission, par un Etat contractant, d'informations obtenues au moyen d'une interception en masse à des Etats étrangers ou à des organisations internationales devrait être limitée aux éléments recueillis et conservés d'une manière conforme à la Convention, et qu'elle devrait être soumise à certaines garanties supplémentaires relatives au transfert lui-même » (§ 362). L'Etat qui transfère les informations doit alors s'assurer que l'Etat destinataire a mis en place des garanties de protection des données, mais la Cour admet curieusement que cette protection ne doit pas être comparable à la sienne, ni réitérée après chaque transfert. Or, c'est en quelque sorte accepter que les garanties imposées par la Convention en Europe puissent être réduites à néant une fois l'information transférée hors de cet espace. Sur ce point encore, la montée au créneau des Etats intervenants illustre la sensibilité de la question, notamment en ce qu'elle touche à des questions de coopération internationale en matière de défense. Si la Grande Chambre admet que l'interception elle-même, lorsqu'elle est réalisée hors du territoire, ne saurait engager la responsabilité de l'Etat destinataire faute de relever de sa juridiction, elle rappelle qu'il n'en va toutefois pas de même au stade de la demande initiale comme de la réception ultérieure, de la conservation ou de l'examen et de l'utilisation de ces données. Dès lors, elle soumet la conventionalité de ces procédures à une exigence de prévisibilité et à l'existence en droit interne des garanties suffisantes (§§ 497-498). En l'espèce, elle ne relève aucune violation des articles 8 et 10 par le Royaume-Uni dans le cadre de ses échanges de données avec les Etats-Unis.

Finalement, si l'unification et la clarification de la position de la Cour européenne face aux régimes d'interception de données en masse ainsi que l'adaptation et l'actualisation de sa jurisprudence doivent être saluées, le cadre fixé semble encore suffisamment flou pour permettre une ample marge de manœuvre aux Etats et des restrictions drastiques du droit à la vie privée au nom de la sécurité. Peut-être pour respecter le constat de la Commission de Venise selon lequel aucun autre procédé ne saurait remplacer l'interception en masse qui revêt « une importance vitale » pour les Etats contractants dans la détection des menaces qui pèsent sur leur sécurité nationale, et pour ne pas s'immiscer dans des questions de défense intimement liées à la souveraineté étatique, force est de reconnaître que l'équilibre ménagé par la Grande Chambre ne bascule toujours pas en faveur de la protection des droits conventionnels. Dans la lignée des critiques du juge Pinto de Albuquerque dans ses deux opinions séparées, les imprécisions que la Cour laisse en suspens conduisent à douter de la capacité de sa nouvelle construction jurisprudentielle à relever les nouveaux défis de l'ère numérique.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMMEArrêt du 22 juin 2021, *Adzhigitova et al. c. Russie*, req. n^{os} 40165/07 et 2593/08

Détention arbitraire – mauvais traitements – article 3 – absence d'enquête – discrimination raciale – disparition forcée – souffrances psychologiques des proches – inexécution – défaut de coopération – article 38 – carence systémique – enquête effective – établissement des faits

Dans la lignée des affaires *Issaïeva Youssoupova et Bazaïeva c. Russie* (Cour EDH, arrêt du 24 février 2005, req. n^{os} 57947/00 57948/00 57949/00) et *Khachiev et Akaïeva c. Russie* (Cour EDH, arrêt du 24 février 2005, req. n^{os} 57942/00 57945/00) l'arrêt *Adzhigitova et al. c. Russie* marque une nouvelle étape dans le bras de fer contentieux engagé entre la Cour européenne et la Russie à propos des exactions commises par les troupes militaires en Tchétchénie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme dès le début des années 2000. En l'espèce, 126 résidents d'un même village et majoritairement d'origine avare se plaignaient, dans le cadre de deux requêtes jointes, de multiples violations de leurs droits commises par le bataillon Vostok stationné dans cette zone au cours d'une « opération spéciale » et d'une attaque survenues en juin 2005. A ces occasions, après avoir bouclé le village au motif d'y débusquer des membres de groupes armés insurgés, les militaires ont procédé à des fouilles non autorisées des habitations, arrêté puis détenu les hommes du village en leur infligeant humiliations, brimades et coups. Plusieurs d'entre eux ont été emmenés sans plus reparaitre ensuite. Le soir même, d'autres hommes – militaires selon les villageois, insurgés revêtus d'uniformes pour susciter la haine des populations contre l'armée selon le gouvernement – ont procédé à une nouvelle attaque du village, conduisant à la mort d'un villageois et plusieurs blessés ainsi qu'à l'incendie de plusieurs maisons.

Consciente du caractère répétitif des manquements allégués de la Russie à l'occasion de ces événements, la Chambre décide de commencer son examen par le contrôle du respect de l'article 38. L'arrêt mentionne d'ailleurs, au titre du cadre juridique pertinent, les rapports du CPT faisant état du nombre de plaintes de mauvais traitement de la part des forces militaires, de disparitions forcées et de détentions arbitraires en Tchétchénie à cette période sans que des procédures judiciaires ne soient diligentées. En outre, le paragraphe suivant fait état de l'inexécution prolongée des affaires *Khashiyev et Akaïeva* portant sur des faits similaires dans cette région depuis 2005, comme de l'arrêt *Aslakhanova et al. c. Russie* (Cour EDH, arrêt du 18 décembre 2012, req. n^{os} 2944/06, 332/08, 42509/10, 50184/07 et 8300/07) dans lequel la procédure de l'arrêt pilote avait permis à la Cour de donner des directives précises à l'Etat pour remédier aux violations systémiques constatées. Or, dans cette affaire, la Russie refusait depuis 2011 de répondre à une demande de transmission du dossier d'enquête demandé par la Cour en arguant que ces documents étaient soumis secret de l'instruction. La Cour balaye cet argument et pointe sans ménagement la mauvaise foi de l'Etat qui ne justifie pas de la nécessité de protéger ces informations, qu'il a par ailleurs transmises dans des cas similaires à la Cour et qu'il a en l'espèce fournies à l'un des requérants. Elle constate ainsi une première violation de la Convention en son article 38 avant même d'aborder l'examen au fond de l'affaire.

La Cour adopte une structure originale dans cet arrêt qui n'est pas sans rappeler celle des arrêts de la Cour interaméricaine, plus familière de ces contextes de violations massives des droits de l'homme sur fond d'opérations militaires. L'arrêt consacre en effet

la partie suivante de ses développements à l'évaluation des preuves et à établissement des faits. Compte tenu du contexte et du nombre de cas d'exactions de ce type portés à la connaissance de la Cour, la crédibilité des allégations des requérants conduit à un renversement du fardeau de la preuve. C'est donc à l'Etat qu'il revient démontrer que les faits allégués n'étaient pas imputables à ses agents (§ 166). La Cour écarte les arguments russes à cette fin concernant les arrestations et disparitions après l'« opération spéciale » faute de crédibilité des témoignages produits (§ 168), mais les accueille à propos du meurtre et des incendies commis lors de l'attaque qui a suivi (§ 178). Forte de cette « mise en l'état » de l'affaire, la Cour revient ensuite à sa méthodologie habituelle et se livre à l'examen des violations alléguées des articles 2 et 13 en raison du meurtre d'un villageois de l'enlèvement de plusieurs autres et de l'absence d'enquête effective à cet égard. Elle retient à ce titre plusieurs chefs de violation de l'article 2, d'abord du droit à la vie sous son volet substantiel puis sous son volet procédural à l'égard des disparus, présumés morts, et du défaut d'enquête. Elle admet ensuite la violation de l'article 3 sous ces deux mêmes aspects du fait des mauvais traitements infligés aux villageois mais également à l'égard des proches des disparus en raison non seulement de leurs souffrances psychologiques d'un point de vue matériel, mais encore du manque de recours pour obtenir réparation de ce préjudice moral d'un point de vue procédural (§§ 227-228).

Enfin, les requérants affirmaient que les exactions commises par les militaires à leur rencontre résultaient de leur origine ethnique et qu'ils avaient subi tout au long de ces événements des discriminations et insultes à caractère racial en violation de l'article 14. La Cour écarte faute de preuve ces allégations concernant le meurtre d'un villageois, les incendies, les fouilles et les disparitions forcées mais les accueille en revanche à propos des arrestations et mauvais traitements subis au cours de l'« opération spéciale ». Elle relève en effet que si les hommes du village ont été arrêtés indistinctement, seuls les Avars ont été retenu de longues heures, battus et fait l'objet de commentaires racistes (§ 273). En conséquence, faute d'explication du gouvernement et en tenant compte des tensions entre Tchétchènes (dont était majoritairement composé le bataillon Vostok) et Avars, elle considère que le facteur racial figurait parmi les causes de ces mauvais traitements (§ 274). Elle rappelle à cet égard qu'une obligation procédurale d'enquête pèse sur l'Etat face à de telles allégations qui n'a pas davantage été respectée en l'espèce et constate la violation de l'article 14 conjointement aux articles 3 et 5.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 9 juillet 2021, *M.A. c. Danemark*, req. n°6697/18

Droit des étrangers – regroupement familial – protection temporaire – protection subsidiaire – délai d'attente légal – marge d'appréciation nationale – subsidiarité – vie familiale – obligation positive – consensus – titre de séjour – discrimination

Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *M.A. c. Danemark*, la Cour européenne était amenée à se prononcer sur une question dont elle n'avait jusqu'ici jamais eu à connaître en matière de droit des étrangers. Elle y conserve pourtant la retenue dont elle fait de plus en plus souvent preuve sur les questions migratoires et dont on peut craindre qu'elle ne cesse de croître avec l'entrée en vigueur du Protocole 15 en août 2021. Si cet arrêt dévoile plusieurs enseignements et clarifications de la position du juge de Strasbourg à propos du regroupement familial, il

confirme son embarras face au poids de la souveraineté étatique sur le contrôle de l'immigration et à la volonté de renforcement de la subsidiarité du mécanisme européen.

La requête émane d'un ressortissant syrien débouté de sa demande d'asile au Danemark en 2015 mais admis au bénéfice d'une protection temporaire. La législation danoise au moment des faits prévoyait en effet trois types de protection des étrangers risquant des persécutions dans leur pays d'origine : le statut de réfugié conformément à la Convention de Genève de 1951, une protection des personnes non éligibles à la protection conventionnelle mais faisant face à une menace grave d'être condamnées à mort ou soumises à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants et une protection temporaire des personnes menacées de telles persécutions en raison de la situation d'instabilité grave et d'exactions généralisées dans leur pays d'origine. Or, si les deux premières catégories de bénéficiaires pouvaient faire une demande de regroupement familial pour leurs proches aussitôt la protection acquise, les bénéficiaires d'une protection temporaire étaient, eux, soumis à un délai de trois ans. En application de cette législation, la demande de regroupement familial émise par le requérant pour sa femme et ses deux enfants restés en Syrie a fait l'objet d'un refus confirmé par tous les niveaux de juridiction. Son épouse a finalement obtenu un titre de séjour en 2018 à l'expiration du délai contesté. Il allègue donc devant la Cour avoir subi une violation de ses droits issus des articles 8 et 14 de la Convention du fait, d'une part, de l'atteinte à sa vie familiale mais encore de la discrimination que la loi danoise opérait selon lui entre les différentes catégories de protection. La Chambre de la quatrième section initialement en charge de l'affaire s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre compte tenu de la nouveauté de la question à trancher ; les gouvernements norvégien et suisse ainsi que le HCR et l'Institut danois des droits de l'homme ont été autorisés à intervenir. La Commissaire des droits de l'homme du Conseil de l'Europe a quant à elle fait usage de la prérogative que lui offre l'article 36, paragraphe 3 de la Convention de prendre part à la procédure. La Grande Chambre s'emploie ainsi dans cet arrêt à compléter la jurisprudence relative au regroupement familial tout en faisant preuve d'une grande déférence vis-à-vis de la marge d'appréciation nationale, de sorte qu'elle rend finalement une décision en demi-teinte, moins protectrice que les faits et la position de certains organes internationaux ne le laissaient penser.

Si la Cour a eu à maintes reprises l'opportunité de se prononcer sur les obligations étatiques en matière de regroupement familial au titre de l'article 8, elle n'avait en revanche jamais eu l'occasion de préciser le cadre juridique de cette situation dans le cas des personnes titulaires d'une protection « subsidiaire » de ce type (ou « temporaire » dans le système danois). Elle circonscrit d'ailleurs fermement le cadre de son contrôle à cette question (§ 128) et se refuse à en envisager d'autres aspects. Il s'agit en définitive de déterminer où se place la situation du requérant, titulaire d'un permis de séjour temporaire, vis-à-vis de sa jurisprudence antérieure, ce qui lui donne l'occasion de faire la synthèse des principes applicables en la matière. Donnant d'emblée le ton de son raisonnement, le juge rappelle comme postulat initial la liberté des Etats en matière de contrôle de l'entrée et du séjour sur leurs territoires et l'absence de droit conventionnel à entrer ou résider dans l'Etat de son choix y compris pour les couples mariés. Pour mettre en balance les droits des étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat partie et les droits souverains de ce dernier, plusieurs facteurs doivent être pris en considération incluant notamment la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'Etat contractant en cause, la question de savoir s'il

existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (voir Cour EDH (Grande Chambre), arrêt du 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. N°12738/10). La jurisprudence pertinente permet ainsi à la Cour de dégager une série d'hypothèses dans lesquelles il n'existe pas d'obligation d'autoriser un regroupement familial (§ 134), qu'elle distingue des cas où elle est « disposée à conclure que les Etats contractants ont une obligation positive d'autoriser le regroupement familial lorsque plusieurs (...) circonstances (...) sont cumulativement réunies » (§ 135). Elle fournit également des précisions additionnelles quant à la durée de l'attente d'un tel regroupement. A plusieurs reprises, la Cour a en effet sanctionné des délais excessifs dans le cas de réfugiés (Cour EDH, arrêt du 10 juillet 2014, *Tanda-Muzinga c. France*, req. n°2260/10 ; Cour EDH, arrêt du 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, req. n°52701/09) mais aussi d'autres détenteurs de titre de séjour (Cour EDH, arrêt du 10 juillet 2014, *Senigo Longue et al. c. France*, req. n°19113/09), sans s'être expressément prononcée toutefois sur la situation des étrangers titulaires d'une protection subsidiaire.

Pour y parvenir, le juge européen débute son analyse par une délimitation de l'étendue de la marge d'appréciation des Etats sur ce point particulier, l'Etat défendeur et les tiers intervenants arguant sans surprise qu'une telle marge devrait être particulièrement ample en matière migratoire. Le raisonnement particulièrement didactique que développe le juge montre que ces objections sont prises très au sérieux et que la Cour est consciente d'avancer en terrain miné. Elle relève plusieurs facteurs de nature à induire une restriction de la marge d'appréciation nationale tels que la nécessité d'interpréter la Convention à la lumière de son contexte, c'est-à-dire comme un « tout » cohérent (§ 145). En ce sens, le fait que les personnes protégées fuient des traitements contraires à l'article 3, lui-même insusceptible de dérogation, invitent à envisager strictement les restrictions des droits qui l'accompagnent. Néanmoins, elle semble trouver bien plus d'arguments contraires. En premier lieu, elle invoque le caractère conditionnel de l'article 8 dont le deuxième paragraphe autorise des restrictions légitimes, proportionnées et nécessaires. En second lieu, elle rappelle que le contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers relève, par principe, de cette marge d'appréciation. En troisième lieu, c'est sa position subsidiaire qui l'invite à la retenue, dont elle anticipe déjà le renforcement par l'entrée en vigueur du Protocole 15 (§ 150). En dernier lieu, elle retient également, quoique curieusement, l'absence de consensus sur cette question. Or, l'exposé de droit comparé restitué dans les premières pages de l'arrêt semble pourtant démontrer que peu d'Etats européens adoptent un délai de ce type pour les demandes de regroupement familial. Si la pratique certes est mouvante, seuls cinq Etats ont ou avaient adopté ce type de restriction (§ 69). Pour écarter toute convergence de vues, et contrairement à sa technique habituelle, la Cour considère que « la comparaison doit se faire avec prudence » car tous les Etats étudiés ne sont pas touchés de la même manière par l'afflux de personnes déplacées en provenance de Syrie depuis 2015 (§ 151). Or, des organes internationaux spécialisés tels que le HCR ou le Comité des droits de l'homme des Nations Unies se sont déclarés ouvertement préoccupés par ces phénomènes (§§ 39 et ss.). De même, la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait déjà mis en doute la compatibilité de ce délai à l'article 8 de la Convention (v. § 106). Pourtant, et même si la réglementation de l'Union européenne n'est pas tout à fait claire sur ce point, la Cour choisit de retenir l'admission de l'instauration de tels délais par la Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial aux yeux de la Cour de Justice dans un arrêt vieux de plus de

15 ans (voir CJUE, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement européen c. Conseil*, [2006] ECR I-5769) comme élément probant et emportant sa conviction. La torsion extrême que la Cour opère ici de sa méthode consensuelle est certes probablement conditionnée par la sensibilité des enjeux en présence mais la manœuvre semble ici presque grossière. L'ensemble de ces considérations lui permet de conclure à l'existence d'une large marge d'appréciation de l'Etat sur la détermination du délai de regroupement familial des bénéficiaires d'une protection subsidiaire et donc de s'abstenir de consacrer une obligation positive générale dans ce cas de figure.

Malgré l'ampleur de la marge nationale d'appréciation, la Cour rappelle heureusement qu'elle n'est pas absolue et que l'ingérence réalisée doit néanmoins faire l'objet d'un contrôle. La base légale comme la légitimité du but poursuivi ne font en l'espèce l'objet d'aucun débat et ne sont d'ailleurs pas contestées par le requérant lui-même. La nécessité dans une société démocratique d'une telle mesure retient en revanche l'attention de la juridiction. A ce titre, à propos de sa proportionnalité, la Cour relève d'emblée que la directive de l'UE sur le regroupement familial prévoit un délai de deux ans qu'elle considère justifié et prend comme point de référence, probablement dans un souci de coordination des obligations étatiques (§ 162). Elle estime dès lors qu'au-delà de ce délai « les obstacles insurmontables à l'exercice d'une vie familiale dans le pays d'origine prendront un poids de plus en plus important » et les perturbations risqueraient de devenir irréversibles. Si elle se refuse malgré tout à constater l'existence d'une obligation positive elle affirme que sa lecture téléologique du texte de 1950 implique une recherche d'effectivité des droits garantis. Or, pour ne pas qu'ils restent « théoriques ou illusoire » selon la formule consacrée les autorités doivent ménager un juste équilibre entre les intérêts en présence au terme d'un examen individualisé. Cet impératif minimal lui permet de conclure à la violation de l'article 8 pour l'espèce, ici en raison de la durée la vie familiale du requérant marié depuis 25 ans avec sa femme et surtout de l'absence de réévaluation du délai de trois ans comme le préoyaient les travaux préparatoires de la loi alors que l'afflux de migrants avait considérablement diminué au moment de la demande du requérant.

Si la solution formulée est satisfaisante pour la situation du requérant, elle est problématique à plusieurs égards. D'abord, la Cour européenne renonce à l'opportunité de formuler une véritable obligation d'autoriser le regroupement familial au titre de la protection de la vie familiale des résidents réguliers sur le territoire d'un Etat et donc placés sous sa juridiction au sens de l'article 1, en contradiction flagrante avec la position de plusieurs organes internationaux. Ensuite, elle accepte la différence de traitement entre les réfugiés et les autres catégories de personnes protégées au titre des risques qu'elles encourent dans leur pays d'origine (§ 177), ce qui la conduit notamment à écarter l'examen de la violation alléguée par le requérant de l'article 14. Pourtant, si la différence de statut qui résulte des différentes situations à l'origine du départ est compréhensible, il est plus difficile de comprendre en quoi la vie familiale des personnes protégées sur le territoire de l'Etat d'accueil devrait différer, quelle qu'en soit la durée. Enfin et surtout, la prudence et la modération que manifeste la Cour dans son raisonnement et la modestie de la solution obtenue montrent le malaise du juge européen face aux questions migratoires. L'insistance des Etats sur son caractère subsidiaire et le durcissement de leurs politiques d'accueil des étrangers font craindre une pérennisation du recul des droits des migrants, même bénéficiaires d'une protection, au vu et au su d'une Cour européenne des droits de l'homme impuissante.

JULIE FERRERO

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS**TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI**

Sentence du 3 juin 2021, *Infinito Gold Ltd. v. republic of Costa Rica* (ARB/14/5)

(G. Kaufmann-Kohler, présidente ; B. Hanotiau, B. Stern, membres)

Investissement constitué en conformité avec le droit interne (corruption) – expropriation judiciaire – traitement juste et équitable

Le différend porte sur les conditions et les conséquences du retrait d'une concession d'exploitation aurifère dont était titulaire une société canadienne opérant au Costa Rica. La décision sur la compétence avait donné lieu à un bref compte rendu dans une précédente livraison de cette Chronique (T. CIRDI, 4 décembre 2017, *Infinito Gold Ltd v. Costa Rica*, ARB/14/5, décision sur la compétence, voir cette Chronique, *Revue*, 2018-1, nos obs., p. 221). Des allégations de corruption avaient été soulevées par une ONG (APREFLOFAS : association pour la préservation de la flore et de la faune) intervenant en qualité d'*amicus curiae*. Le fait que les arbitres invitent les parties à la procédure à se prononcer sur ces accusations allait dans le sens d'une prise de conscience croissante du milieu de l'arbitrage sur des questions de corruption.

La sentence rendue sur le fond confirme cette évolution. Si la condition de conformité au droit interne est en constant développement dans les traités internationaux relatifs à l'investissement, ses contours restent souvent indéterminés. Le tribunal souligne qu'en fonction du libellé de la clause conventionnelle, l'exigence de conformité au droit interne peut sanctionner la compétence du tribunal, la recevabilité de la requête ou produit des conséquences dans l'examen au fond du différend (§ 173). Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une exigence conditionnant la compétence du tribunal dans la mesure où le traité bilatéral Canada – Costa Rica (article I.g) prévoit que « *'investment' means any kind of asset owned or controlled either directly, or indirectly through an enterprise or natural person of a third State, by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's laws and, in particular, though not exclusively, includes: (...)* ». Le Costa Rica qui, suite à la décision sur la compétence, avait repris à son compte les allégations de corruption décida par la suite de les abandonner. Malgré cela, le tribunal décide d'examiner les allégations, estimant que la conformité de l'investissement au droit local conditionne sa compétence. Mais, il apparaît clairement que les allégations de corruption portent sur des événements postérieurs à la constitution de l'investissement. Dès lors, quand bien même les faits seraient avérés, la compétence du tribunal ne saurait être affectée. Néanmoins, et malgré le retrait des allégations de corruption formulées par le défendeur, le tribunal considère qu'il lui revient d'examiner celles-ci. Il s'agit de considérer que, si le comportement de l'investisseur, postérieurement à l'acquisition de l'investissement, n'emporte pas de conséquences en matière de compétence du tribunal, cela peut avoir des conséquences sur l'examen du fond du différend (§ 180). Le tribunal mobilise la méthode classique des *red flags* et il apparaît, à l'issue d'un examen dont la retranscription est rapide, que rien ne vient étayer les allégations de corruption de l'ancien président Arias lors de l'acquisition de la concession en 2008 (§ 281).

Le traité bilatéral d'investissement Canada – Costa Rica (art. XII.3.c) encadre le recours à l'arbitrage en indiquant que l'investisseur ne peut déposer une requête arbitrale plus de trois ans après avoir acquis (ou devoir avoir acquis) la connaissance d'une violation du traité et des effets préjudiciables causés par celle-ci. La requête ayant été déposée le 6 février 2014 auprès du secrétariat du CIRDI, il convient de déterminer si l'investisseur a eu connaissance (ou aurait dû avoir connaissance) des violations alléguées et de leurs effets avant le 6 février 2011. Si ce type de situation est classique dans le contentieux arbitral de l'investissement, la sentence *Infinito Gold* et l'opinion séparée de l'arbitre Brigitte Stern présentent des débats particulièrement stimulants sur cette question. Le tribunal souligne bien que ce qui est déterminant n'est pas la connaissance des faits ayant entraîné la violation, mais bien la connaissance de la violation elle-même en tant que notion juridique. Ainsi, si une violation est nécessairement causée par des faits, le moment auquel la violation se produit dépend d'un fait, ou d'un ensemble de faits, susceptibles de déclencher une violation du droit international (§ 220).

Selon le demandeur (§ 228), la violation serait le produit d'un fait composite constitué de diverses mesures prises par les autorités du Costa Rica (voir art. 15.1 de la codification du droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, CDI, 2001 : « 1. La violation d'une obligation internationale par l'Etat à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite »). On comprend aisément l'avantage potentiel d'une telle construction qui permettrait de moduler dans le temps la constitution du fait internationalement illicite, mais, le tribunal considère que le demandeur n'a pas suffisamment étayé sa demande relative à la nature composite du fait internationalement illicite.

Dès lors, il revient au tribunal d'évaluer individuellement chacun des faits susceptibles de constituer une violation du traité. Il s'agit de rechercher quand un fait a été accompli, puis quand le demandeur a eu pour la première fois connaissance de ce fait accompli et du préjudice qui en résulterait. Cette construction est contestée par l'arbitre Brigitte Stern qui dans une opinion séparée sur la juridiction et le fond indique que la position de la majorité ne tient pas compte du libellé du TBI qui fait état de la date à laquelle l'investisseur a pour la première fois eu connaissance de la violation et du préjudice, en avançant la recherche de la date à laquelle le demandeur a eu *pour la première fois* connaissance d'une violation accomplie du traité (*completed breach*) (opinion séparée de l'arbitre Stern, 26 mai 2021, § 14, ci-après opinion Stern). Or, il apparaît selon Brigitte Stern que la décision d'une juridiction administrative d'appel du Costa Rica prise pour référence par la majorité du tribunal arbitral, ne fait que confirmer une décision antérieure d'une juridiction administrative de première instance. Selon elle, cela exclut que l'on puisse considérer que c'est par cette décision de la juridiction administrative d'appel que le demandeur a acquis pour la première fois la connaissance de la violation et du préjudice (opinion Stern, § 15). L'enjeu est ici fondamental dans la mesure où la décision du tribunal administratif de première instance date de décembre 2010, soit quelques mois avant la date critique du 6 février 2011. Or, selon Brigitte Stern, la décision de 2010 est le fondement de toutes celles qui suivirent (opinion Stern, § 24). Le raisonnement pourrait de prime abord paraître convaincant, mais présente, dans les circonstances de l'espèce une lacune qui nous conduit à ne pas soutenir la position défendue. Nous pourrions voir dans le raisonnement de la majorité l'introduction d'une forme d'exigence d'épuisement des voies de recours internes

préalable à l'arbitrage alors qu'elle ne figure nulle part dans la traité applicable (et pas plus évidemment sur le fondement du droit international général) (§ 240). Le fait d'insister sur la date à laquelle la violation est devenue finale et irréversible (§ 237) apparaît contraster avec l'exigence de première connaissance de la violation. Malgré ces apparences, le raisonnement de la majorité convainc en soulignant que « *a judicial expropriation can only occur when a final judgement is rendered or when the time limit to appeal has expired* » (§ 239) en soulignant qu'il n'en irait pas de même pour une expropriation administrative qui serait constituée dès lors qu'elle est décidée (§ 241). Il s'agit ici tout simplement de renvoyer à la « raison d'être » de l'encadrement dans le temps du droit de recours à l'arbitrage. Il s'agit de promouvoir la certitude juridique en évitant que les demandeurs retardent le dépôt de leurs requêtes arbitrales. Pour que cet encadrement chronologique fonctionne, il est nécessaire que le demandeur soit juridiquement en position de présenter une demande (§ 247). Il n'est pas déraisonnable d'imaginer une situation dans laquelle l'expropriation judiciaire serait devenue définitive plus de 3 ans après le premier prononcé du jugement et l'investisseur serait alors totalement privé de recours à l'arbitrage. Le tribunal souligne que le fait que le calendrier de l'espèce ne soit pas tel, ne change rien au principe.

La sentence présente enfin d'intéressants développements relatifs à l'articulation entre standard conventionnel du traitement juste et équitable et standard coutumier du traitement minimum des étrangers. On connaît les débats relatifs à l'équivalence entre les deux standards. Celui-ci se noue principalement dans le contexte d'invocation par l'investisseur de la notion de frustration de ses attentes légitimes (voir notamment : T. CIRDI – mécanisme additionnel – 18 janvier 2019, *Anglo American PLC v. Venezuela*, ARB(AF)/14/1 ; cette Chronique, *Revue*, 2019-2, nos obs., p. 527). C'est une fois encore le cas ici, mais le débat se cristallise également sur la notion de déni de justice.

Afin de défendre l'idée d'une frustration de ses attentes légitimes, l'investisseur soutient que le traitement juste et équitable inscrit dans le TBI (art II.2.a) ne se limite pas au standard de traitement minimum des étrangers. La majorité du tribunal souligne que la référence aux principes de droit international ne restreint pas le traitement juste et équitable au standard minimum (« *Each Contracting Party shall accord investments of the other Contracting Party : (a) a fair and equitable treatment in accordance with principles of international law* ») (§ 296). En outre, le demandeur affirme que les contenus du standard minimum et du standard du traitement juste et équitable sont identiques. On sait que l'idée selon laquelle le contenu du standard de traitement minimum des étrangers n'est pas figé est exprimée dans certaines sentences arbitrales (voir T. CIRDI, 22 août 2016, *Rusoro Mining Limited v. Venezuela*, ARB(AF)/12/5, sentence, § 520). Soutenant la position du Costa Rica, le Canada, intervenant en tant que partie au traité, non-partie au différend, estime que le traitement juste et équitable est équivalent au standard de traitement minimum. Les deux Etats soutiennent dès lors que cela ne couvre pas la protection des attentes légitimes de l'investisseur et que la seule base sur laquelle une décision judiciaire interne peut violer le standard du traitement juste et équitable est le déni de justice (§ 325). On pourrait s'étonner que le tribunal écarte le fait que, dans le cadre de cet arbitrage, tant le Costa Rica que le Canada, considèrent que le traitement juste et équitable se limite au standard de traitement minimum (§ 338). Mais il est vrai qu'il ne s'agit pas d'un accord sur l'interprétation entre les deux Etats, mais simplement d'arguments avancés dans le cadre de ce différend pour défendre leurs intérêts. La majorité affirme donc que le

traitement juste et équitable est autonome et ne correspond pas au seul standard de traitement minimum (§ 350, *contra* opinion Stern, § 97).

Quant au contenu du standard, l'un des points essentiels est de savoir s'il peut y avoir violation du traitement juste et équitable par des décisions de justice sans déni de justice. La majorité répond positivement à cette question (§ 359 ; *contra* opinion Stern, § 101) en soulignant que si les juridictions internes bénéficient d'une grande marge d'appréciation dans l'application du droit interne, cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir de contrôle international. Ainsi, si un tribunal interne applique correctement le droit interne, mais que cette application viole une règle de droit international, c'est bien la décision de justice qui viole le droit car c'est le tribunal qui par sa décision applique la règle à l'investisseur, et ce, même s'il n'y a pas de déni de justice (§ 505). Dès lors, il convient de rechercher si une règle de droit international a été violée par la décision de justice. Le tribunal estime que les attentes dont la frustration est alléguée par les investisseurs ne sont pas constituées en l'absence d'un engagement spécifique ou une représentation donnée par l'Etat sur lesquels l'investisseur s'est fondé pour constituer son investissement. Il apparaît que les erreurs commises par les autorités du Costa Rica au détriment de l'investisseur sont antérieures au 6 février 2011, et ne peuvent donc être examinées par le tribunal (§ 545). Il apparaît en revanche que le Costa Rica a violé le standard du traitement juste et équitable en privant l'investisseur de la possibilité de candidater à l'octroi d'une nouvelle concession d'exploitation. Mais, hypothèse très rare dans le contentieux de l'investissement, le tribunal conclut qu'il n'est pas possible de déterminer une réparation pécuniaire pour cette seule violation (§ 586). Elle permet ainsi de contester – certes de manière isolée – l'idée défendue par certains selon laquelle le contentieux de l'investissement est purement réparatoire (voir C. BRETON, *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, Thèse Paris X, 2017, dact., 560 pages).

Bien qu'elle ne donne pas lieu à réparation, le tribunal dit devoir examiner si la violation du traitement juste et équitable peut être couverte par l'exception environnementale qui serait contenue dans le TBI (annexe I, section III-1) : « *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns* ». On pourrait voir ici les termes d'une exception permettant de déroger aux obligations conventionnelles posées par le traité en cas de mesures attentatoires à l'investissement prise dans un objectif de préservation de l'environnement. Mais, le tribunal souligne la référence à une mesure « *consistent with this agreement* » qui signifie que la protection de l'environnement ne peut pas être utilisée pour écarter les dispositions obligatoires du TBI (§ 772). Ainsi, comme certains observateurs le soulignent, bien que ces dispositions soient intitulées exceptions générales, elles ne limitent pas réellement la responsabilité des Etats vis-à-vis des investisseurs étrangers (voir S. H. NIKIEMA, *Best Practices: Indirect Expropriation*, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2012, p. 9) et ne sont qu'un rappel du droit de régulation de l'Etat d'accueil (§ 777). Ainsi, une mesure adoptée de mauvaise foi, en violation du TBI, entraînerait la responsabilité de l'Etat, même s'il s'agit de protéger l'environnement. Ces dispositions visent à affirmer que mesures de protection de l'environnement de l'investissement doivent se renforcer mutuellement et non s'exclure

ou s'opposer. Cette disposition ne saurait donc exonérer le Costa Rica de sa responsabilité pour violation du traitement juste et équitable (§ 781).

On ajoutera enfin que le tribunal marque la volonté de limiter l'obligation de pleine et entière protection et sécurité à la protection de l'investissement contre des atteintes physiques et non juridiques (§ 623) comme le défendent certains tribunaux, renforçant d'autant la confusion entre traitement juste et équitable et pleine et entière protection et sécurité (voir notamment T. ad hoc CIRDI, 4 mars 2020, *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. Poland*, ADHOC/15/1, sentence partielle sur la juridiction ; cette Chronique, *Revue*, 2021-1, nos obs., p. 165).

JULIEN CAZALA

COMITÉ AD HOC CIRDI

Décision sur la demande d'annulation du 28 mai 2021, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (ARB/08/6)

(E. Zuleta, président ; R. Knieper, M. Pinto, membres)

Annulation – excès de pouvoir manifeste – défaut de motifs

On sait que le contentieux de l'annulation des sentences rendues par un tribunal arbitral du CIRDI obéit à une procédure spécifique. Seuls les Comités *ad hoc* du CIRDI sont compétents pour examiner les motifs d'annulation restrictivement indiqués à l'articles 52 de la convention de Washington. Le Comité *ad hoc* constitué pour l'examen de la demande d'annulation de la sentence rendue par un tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *Perenco Ecuador* présente une étude assez complète pour expliquer son mandat et les motifs d'annulation. Il procède ensuite à un examen des divers motifs d'annulation présentés par l'Equateur.

Il est fréquent, dans le contentieux de l'annulation des sentences CIRDI que la requête tente d'embrasser le spectre le plus large des motifs d'annulation prévus par la convention de Washington. C'est encore le cas dans le cadre de l'affaire *Perenco Ecuador*. Pour mémoire, l'Equateur avait été condamné à verser à la société pétrolière 448 millions de dollars, tandis que, faisant droit à une demande reconventionnelle, le tribunal condamnait cette dernière à verser 54 millions de dollars à l'Etat (T. CIRDI, 27 septembre 2019, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ARB/08/6, sentence, § 1023).

L'Etat demande l'annulation de la sentence en invoquant pas moins de vingt motifs distincts. Il affirme notamment que le tribunal se serait rendu coupable d'un excès de pouvoir manifeste. Il s'agit ici de discuter la question du droit applicable. Les parties divergent sur la manière dont on articule la question du droit applicable avec celle de l'excès de pouvoir. Fort classiquement, le Comité souligne qu'il n'est pas une juridiction d'appel et qu'il ne lui appartient pas de déterminer si le tribunal a fait une bonne application ou interprétation du droit applicable mais uniquement s'il a appliqué le bon droit (§§ 96, 187 et 354). Ainsi, même une application manifestement incorrecte de la règle de droit n'est pas un motif d'annulation. Le Comité rappelle que le caractère manifeste de l'excès de pouvoir renvoie à son caractère évident et non à sa gravité. Il convient de souligner que l'évidence peut nécessiter un examen technique approfondi dans la mesure où il s'agit de déterminer si l'excès est manifeste pour des spécialistes de la discipline, et non pour tout lecteur de la sentence. Le Comité ajoute qu'au regard de l'objectif de la

procédure d'annulation (la protection de l'intégrité du système CIRDI), une erreur mineure ou sans conséquence ne devrait pas pouvoir entraîner l'annulation (§ 98).

On peut également souligner que l'Equateur contestait l'analyse du tribunal selon laquelle le non-respect des mesures conservatoires indiquées par ce dernier constituait une violation du droit. Le Comité affirme (§ 264) qu'il est aujourd'hui largement admis que les recommandations de l'article 47 de la Convention de Washington sont obligatoires pour les parties. Cette évidence de 2021, on le rappelle, était encore une révolution il y a vingt ans avant l'arrêt *LaGrand* (CIJ, *Affaire LaGrand, Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*, arrêt du 27 juin 2001., *Rec. CIJ* 2001, p. 506, § 109).

La demande d'annulation porte, encore, sur la détermination du quantum de réparation. Il est admis que les tribunaux arbitraux ont une très grande liberté d'appréciation dans ce domaine (voir notamment Comité ad hoc CIRDI, 2 novembre 2015, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ARB/06/11, décision sur la demande d'annulation, § 412) sans qu'il soit nécessaire de présenter tous les éléments mathématiques ayant conduit au résultat. Il n'y a ainsi pas de défaut de motivation dans de telles circonstances (§ 367).

En revanche, le Comité *ad hoc* considère que l'évaluation par le tribunal du montant (25 millions de dollars) de la réparation pour perte de chance « *loss of opportunity* » n'est pas suffisamment motivée. Cet aspect de la décision n'étonne guère. Le tribunal avait essayé de justifier sa position en indiquant « *[t]his however is not a decision ex aequo et bono. It is one grounded in law* » (T. CIRDI, 27 septembre 2019, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ARB/08/6, sentence, § 326). Le Comité *ad hoc* voit dans cette formule, un signe de la conscience du tribunal de la fragilité de sa motivation (§ 469). Fort logiquement, cela ne conduit pas à une annulation complète de la sentence dans la mesure où ce point peut être isolé du reste de la sentence et le comité conclut simplement que les 25 millions de dollars doivent être déduits de la réparation à verser à l'investisseur (§ 470).

On se souvient que l'affaire *Perenco Ecuador* avait été largement commentée du fait de l'admission par le tribunal de la demande reconventionnelle de l'Equateur qui souhaitait que soit constatée la responsabilité de la société pétrolière pour atteintes portées à l'environnement (défaut de respect de ses obligations de réhabilitation d'un site à l'expiration de la concession). Or, la demande d'annulation présentée par l'Etat porte également sur cet aspect de la sentence. L'Equateur estimait que le tribunal avait manifestement excédé ses pouvoirs et n'avait pas motivé en décidant que Perenco n'était responsable que de la contamination des bassins de décantation qu'il avait construit ou utilisé (§ 598). On a ici l'illustration de l'hypothèse dans laquelle la demande d'annulation est présentée par la partie dont il est considéré qu'elle a obtenu satisfaction. On le sait, l'annulation pour défaut de motivation est soumise à un standard élevé. Aujourd'hui l'interprétation la plus fréquente consiste à dire que la sentence doit être annulée si « un lecteur bien informé ne peut pas comprendre les faits et le droit au regard desquels le tribunal est parvenu à ses conclusions » (Comité *ad hoc* CIRDI, 22 septembre 2014, *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ARB/03/15, décision sur la demande d'annulation, § 220). En l'espèce, le Comité considère que le tribunal n'a pas manqué à son obligation de motivation.

JULIEN CAZALA

II. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Decision on the Prosecutor's request to vacate the effect of the Warrant of Arrest issued against Ms Simone Gbagbo du 19 juillet 2021 (Pre-Trial Chamber II), *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Simone Gbagbo* (ICC-02/11-01/12)

CPI – Côte d'Ivoire – procédure – mandat d'arrêt – Simone Gbagbo – Laurent Gbagbo – preuve – crimes contre l'humanité

Après l'acquiescement de Laurent Gbagbo (CPI (Chambre d'appel), Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case to answer motions du 31 Mars 2021, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/15-1400, § 380), c'est au tour de son épouse, Simone Gbagbo, de voir la CPI mettre fin aux poursuites la concernant.

L'épouse de l'ex-président ivoirien faisait en effet l'objet depuis 2012 d'un mandat d'arrêt émis par la Cour pour des crimes contre l'humanité qui auraient été commis dans le contexte des violences post-électorales qu'a connu la Côte d'Ivoire entre le 16 décembre 2010 et le 12 avril 2011 (CPI, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo du 29 février 2012, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12-01). Mais, à la différence de son mari, Simone Gbagbo n'a pas été remise à la CPI malgré les demandes de celle-ci, la Côte d'Ivoire ayant toujours estimé pouvoir la juger et l'ayant, d'ailleurs, condamné en 2015 à 20 ans de prison pour atteinte à la sûreté de l'Etat (quand bien même cela ne correspondait pas aux crimes poursuivis par la Cour), avant de finalement l'amnistier le 8 août 2018 dans un but de réconciliation nationale. Bien qu'inexécuté, le mandat d'arrêt de la CPI demeurerait cependant en vigueur en l'absence d'une décision contraire de la Cour, conformément à l'article 58, paragraphe 4 du Statut de Rome... Une décision qui est donc intervenue le 19 juillet 2021, les juges faisant droit à la demande du Bureau du Procureur d'annuler le mandat d'arrêt contre Simone Gbagbo (CPI, Request to Vacate Arrest Warrant du 15 juin 2021, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12-89-Conf-Exp.).

Pour cela, la Chambre s'appuie sur le fait que, « *whilst the judgments issued by Trial Chamber I and the Appeals Chamber have obviously not addressed the guilt or innocence of Simone Gbagbo, both the 'case theory' and the 'supporting material' underpinning the allegations against her have been largely tested in the trial against Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé, including in particular the contextual elements of the crimes against humanity pleaded, which underpin the allegations against both Mr and Ms Gbagbo equally* » (§13). Dès lors, les preuves présentées dans le procès contre Laurent Gbagbo n'ayant pas convaincu les juges de première instance et d'appel et dans la mesure où celles-ci fondaient le mandat d'arrêt contre son épouse, la Chambre préliminaire considère que « (...) *the evidence upon which the Warrant of Arrest for Simone Gbagbo was grounded can no longer be considered as satisfying the evidentiary threshold required in Article 58(1)(a) of the Statute* » (§14). Elle décide en conséquence que le mandat cesse d'avoir effet (*ibid.*), clôturant ainsi les poursuites engagées devant la Cour contre l'ancien couple présidentiel ivoirien et ajoutant un peu plus à l'échec du bureau du Procureur dans ce dossier qui s'est, en fin de compte, écroulé comme un château de cartes suite à l'acquiescement de l'ancien chef d'Etat africain.

RÉMY PROUVÈZE

MÉCANISME INTERNATIONAL APPELÉ À EXERCER LES FONCTIONS RÉSIDUELLES DES TRIBUNAUX PÉNAUX

Judgement du 8 juin 2021 (Chambre d'appel), *Prosecutor v. Ratko Mladic* (MICT-13-56-A)

Mécanisme – appel – Mladic – Bosnie-Herzégovine – condamnation – peine – confirmation – entreprise criminelle commune – génocide – responsabilité individuelle – supérieur hiérarchique

Parmi les fonctions résiduelles des TPI que le Mécanisme international créé par l'ONU est appelé à exercer, on trouve celle de mener à bien les procédures en appel concernant les affaires jugées par le TPIY en première instance et que celui-ci n'a pas eu le temps d'examiner avant sa fermeture. La procédure contre Ratko Mladic en est une illustration : l'ancien général des Serbes de Bosnie a été condamné par la Chambre de première instance I du TPIY le 22 novembre 2017 à la prison à vie (voir TPIY, Jugement du 22 novembre 2017 (Chambre de première instance), *Le Procureur c. Ratko Mladic* (IT-09-92-T) ; cette Chronique, *Revue*, 2018-1, nos obs., pp. 231-233) quelques jours avant que la juridiction *ad hoc* ferme définitivement ses portes ; il revenait donc au Mécanisme la charge de clore cette procédure, l'accusé ayant fait appel de sa condamnation et de la peine prononcées, tout comme l'Accusation. Et le Mécanisme va le faire en confirmant la décision du TPIY et la condamnation de l'accusé.

La Chambre d'appel n'a en effet été convaincue par aucun argument soulevé par les parties : ni par ceux de la défense – nombreux et qui pouvaient parfois sembler empreints d'un certain cynisme (lorsque, par exemple, Mladic invoque son traitement bienveillant et son aide aux victimes qui n'auraient pas été suffisamment pris en compte par la Cour (§§549-550) – qui visaient à démontrer des violations du droit à un procès équitable (§§22-119, voir aussi §§531-536), ainsi que de multiples erreurs dans le raisonnement et les conclusions du TPIY concernant les différentes entreprises criminelles communes auxquelles l'accusé a pris part (§§120-525), le type de responsabilité reconnue (§§526-530) ou la peine prononcée (§§537-567) ; ni par ceux de l'Accusation quant aux erreurs qu'aurait commis la Chambre de première instance en ne reconnaissant pas les communautés musulmanes bosniaques de certaines municipalités en tant que partie substantielle d'un groupe protégé (§§572-583) et celles relatives à l'absence d'intention génocidaire de Ratko Mladic et des autres participants de l'entreprise criminelle commune principale reconnu par le TPIY (§§584-591).

On remarquera que la décision de la Chambre d'appel n'est prise ici que rarement à l'unanimité : seul le rejet des arguments de l'accusé au sujet de l'entreprise criminelle commune relative aux otages se fera sans exception parmi les juges. Les autres moyens d'appel soulevés par Mladic ne seront repoussés qu'à la majorité, le Juge Nyambe étant en désaccord (§§ 593-751). De même, concernant l'appel formulé par l'Accusation, son rejet sera le fait d'une majorité, les Juges N'gum et Panton cette fois-ci étant en désaccord (§§ 752-800).

Si cette décision – par laquelle la Chambre d'appel entérine la condamnation et la peine prononcée en première instance – était attendue, et fut largement saluée par la communauté internationale, ce n'est pas tant pour son contenu (qui n'est guère surprenant) que pour son côté symbolique : elle marque la fin d'un chapitre important de la justice internationale pénale, celui du TPIY et de la poursuite des crimes commis pendant la guerre en ex-

Yougoslavie. Le procès Mladic était en effet le dernier grand procès en la matière. Reste à voir la portée de cette décision (et plus largement du TPIY) « sur le terrain » : pour beaucoup de Serbes (notamment de Bosnie), Ratko Mladic reste un héros national, quand bien même condamné (désormais définitivement) par une juridiction internationale pénale... dont l'impartialité et la légitimité demeurent contestées. La persistance d'un certain négationnisme serbe représente à ce titre un défi que le TPIY (malgré son immense travail) et plus largement la communauté internationale ne semblent pas avoir réussi à relever.

RÉMY PROUVÈZE

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE L'OIT

Jugement 4403 du 7 juillet 2021

Fonctionnaire international – compétence *ratione personae*

Cette affaire constitue l'occasion de s'intéresser à la définition même du « fonctionnaire international », de l'« agent » ou du « membre du personnel » des organisations internationales. Que désigne-t-on quand on utilise ces termes, que ce soit séparément ou ensemble ? Les praticiens le savent, ces dénominations, bien que souvent synonymes et l'étant parfois, peuvent aussi recouvrir des réalités, des statuts juridiques, des obligations et des droits très différents. Il semble cependant que la définition n'intéresse les organisations internationales et les juridictions dont elles ont reconnu la compétence qu'en d'assez rares occasions. Il y est fait recours pour distinguer les droits applicables à différentes catégories d'employés des organisations, de décider, par exemple, s'il faut reconnaître des privilèges et immunités à des personnes qui ne sont pas des fonctionnaires au sens strict du terme. Si l'on en juge par les jugements prononcés par les juridictions administratives internationales, elle est surtout examinée lorsque ces dernières doivent déterminer leur compétence *ratione personae*. A l'instar de nombreuses juridictions administratives internationales, le Tribunal administratif de l'OIT (ci-après le TAOIT ou le Tribunal) est compétent pour connaître de requêtes soumises par une personne ayant la qualité de « fonctionnaire [d'une organisation ayant reconnu sa compétence], même si son emploi a cessé, ainsi que [par] toute personne ayant succédé *mortis causa* aux droits du fonctionnaire » (voir article II 6 a) de son Statut). Si, à première vue, la réponse à la question de la compétence *ratione personae* semble simple, elle peut se révéler ardue selon les situations en cause. Elle revient en effet à résoudre la question de l'identité des fonctionnaires internationaux, qui pose à son tour celle d'une définition, possiblement unique, fondée sur des critères de distinction indiscutables.

Dans son jugement 4403, prononcé le 7 juillet 2021, le TAOIT devait principalement trancher la question de sa compétence *ratione personae*, dont on rappellera qu'il est seul juge (article II.7 de son Statut : « en cas de contestation de sa compétence, le Tribunal décide »). En effet, il était saisi d'une requête en annulation par « un consultant ». Ce dernier contestait la décision qui avait : i) rejeté sa demande de recevoir une indemnisation additionnelle au titre des dommages corporels et matériels subis dans le cadre de l'exécution de son contrat avec l'organisation ; et ii) l'avait privé d'accès aux mécanismes de recours internes de l'organisation.

Les faits, tels qu'ils ressortent du jugement, sont les suivants. Le requérant signe un contrat de consultance avec l'organisation fin 2011, pour une durée de 30 jours. Ce contrat prévoit une mission sur le terrain, dans le nord du Kenya. Au cours de cette mission, des hommes armés font feu sur le requérant et le blessent très sérieusement (ci-après l'incident). Deux années plus tard, en application des règles en vigueur dans l'organisation, cette dernière propose au requérant une indemnité de 67 000 dollars des Etats-Unis au titre de l'incident. Afin de percevoir cette indemnité, le requérant doit s'engager à signer un document spécifiant qu'il renonce à tout droit prévu par les règles de l'organisation, à l'exception du remboursement de dépenses médicales en relation avec l'incident, ainsi qu'à toute action contre l'organisation relative à son contrat de consultance. Bien qu'indiquant dans un message à l'organisation qu'il conteste le montant de l'indemnité et que son versement ne mettra pas un terme à son différend avec l'organisation, le requérant signe quelques jours plus tard ledit document et indique à l'organisation qu'il demande que l'indemnité lui soit versée.

Une année plus tard, le requérant, par l'intermédiaire de son conseil, demande qu'une indemnité additionnelle lui soit versée. L'organisation décide alors de lui proposer, à titre gracieux, une indemnité de 25 000 dollars des Etats Unis. Le requérant refuse cette proposition et demande que, conformément aux clauses de son contrat de consultance, un arbitre soit désigné pour que son différend avec l'organisation soit tranché. En octobre 2015, le requérant demande à la *High Court* de la République du Kenya de décider que ce différend soit soumis à un arbitre. Cependant, la Cour, donnant effet à l'immunité de juridiction de l'organisation, ne s'estime pas compétente.

En mars 2018, soit près de six ans et demi après l'incident, le conseil du requérant soumet une nouvelle demande d'indemnisation à l'organisation, pour accident du travail cette fois. Cette dernière lui rappelle alors que le requérant a signé un document en vertu duquel il a renoncé à toute action contre l'organisation au titre de l'incident et précise qu'une demande de soumission du différend à un arbitre est dépourvue de base légale. En mai 2018, le requérant adresse une demande de retrait de cette décision à l'organisation, qu'elle rejette le 16 juillet 2018. Le 6 août suivant, le requérant forme un recours contre cette décision devant l'organe interne de recours de l'organisation. Le 31 août, le Directeur des ressources humaines de l'organisation informe le requérant qu'en sa qualité de consultant il ne peut saisir l'organe de recours interne de l'organisation et qu'en tout état de cause, sa demande d'indemnisation est prescrite. C'est cette dernière décision qui est soumise au Tribunal.

A première vue, la jurisprudence du Tribunal en la matière semble indiquer qu'il a du fonctionnaire international une définition fondée sur celle retenue par S. Bastid, dès 1930, dans sa thèse consacrée aux fonctionnaires internationaux. Cette définition se lit ainsi : « tout individu chargé par les représentants de plusieurs Etats ou par un organisme agissant en leur nom, à la suite d'un accord interétatique et sous le contrôle des uns ou de l'autre, d'exercer, en étant soumis à des règles juridiques spéciales, d'une façon continue et exclusive des fonctions dans l'intérêt de l'ensemble des Etats en question » (citée par A. PELLET et D. RUZIÉ, *les fonctionnaires internationaux*, PUF, 1993, et A. PLANTEY et F. LORIOT, *Fonction publique internationale*, CNRS éditions, Paris, 2005). Le Tribunal, dans son jugement 11, a estimé que « les caractéristiques essentielles du fonctionnaire [sont] : consécration permanente de son activité au service qui l'emploie ; autorité du Directeur général ; réglementation unilatérale et non contractuelle de l'emploi ;

accessibilité aux caisses d'assurance maladie, de pension, *etc.* ». Dans son jugement 3420, le Tribunal a précisé les éléments sur lesquels il s'était fondé pour conclure que le requérant devait être considéré comme un fonctionnaire : la perception d'un traitement versé par l'organisation ; la soumission à la procédure disciplinaire ; l'accès aux organes de recours interne ; l'externalisation de tâches exercées par le requérant. Ce dernier critère démontre en effet que ces tâches étaient auparavant considérées comme des tâches accomplies en interne et, donc, par des fonctionnaires. Ces définitions sont bien loin de la « nouvelle catégorie humaine » que G. Langrod a découvert dans les fonctionnaires internationaux (voir G. LANGROD, *La fonction publique internationale*, A. W. Sythoff-Leyde, 1963) et de la notion de « toute personne par laquelle l'organisation agit », énoncée par la Cour Internationale de Justice (CIJ ; voir ci-dessous).

Dans le jugement commenté, le Tribunal rappelle en premier lieu que seuls les membres du personnel ont accès à lui, tant en vertu de son Statut que de la reconnaissance par l'organisation de sa compétence. Il estime, en second lieu, que le requérant est bien un « consultant », comme cela est confirmé par son contrat avec l'organisation, tant sur la forme qu'au regard des prestations prévues au contrat. Il rappelle en outre que les consultants, comme cela ressort des règles de l'organisation, ne sont pas considérés comme des membres du personnel. Le Tribunal précise enfin, en réponse à un argument soumis par le requérant, que la référence dans un document de l'organisation au fait que les consultants se voient appliquer certaines dispositions applicables aux membres du personnel n'en font pas des membres du personnel.

On trouve une position comparable dans ses jugements 4358, 4045, 3774, 3709, 3705, 3653, 3551, 3459, 3448, 3247, 2649, et 1302, à propos de consultants, de prestataires de services, de salariés d'agence d'intérim ou de sociétés de prestation de services en lien contractuel avec l'organisation, ou encore de fonctionnaires de l'UNOPS détachés, au titre d'un prêt remboursable, auprès d'une organisation. A titre d'illustration, dans son jugement 4045, le Tribunal estime clairement que le requérant « était un consultant indépendant qu'une société privée avait engagé pour qu'il fournisse les services convenus à [l'organisation]. Il n'entretenait aucune relation d'emploi avec [l'organisation] découlant d'un contrat de travail ou du statut de fonctionnaire » et le Tribunal ne s'estime donc pas compétent pour connaître de sa requête. Le Tribunal considère également que – même s'ils peuvent se voir reconnaître des voies de recours alternatives – les candidats externes ne sont pas des fonctionnaires et n'ont donc pas accès au Tribunal (voir notamment ses jugements 3774, 2657, 1964 – candidat sélectionné mais n'ayant pas l'aptitude physique requise –, 1554, 1509, et 803). On peut noter que les candidats externes ont accès au Tribunal administratif de l'OCDE (TAOCDE), mais ce n'est pas parce qu'ils sont assimilés à des fonctionnaires. Le Statut du TAOCDE prévoit expressément sa compétence, même si restreinte, à leur égard. On notera que le Tribunal administratif du FMI a rappelé que s'il n'était pas compétent pour connaître des requêtes formées par des candidats, il l'était pour connaître de requêtes de candidats qui pouvaient démontrer qu'ils avaient reçu une offre d'emploi du FMI et l'avaient acceptée, même s'ils n'étaient pas encore en service (voir notamment le jugement 1996-1).

En réalité, la position du Tribunal est plus complexe qu'il n'y paraît. Il décline clairement sa compétence *ratione personae* lorsqu'il est saisi par des personnes qui ne sont pas des fonctionnaires, comme on l'a vu, mais il se reconnaît compétent quand il est saisi par des personnes qui, quelle que soit la dénomination qui leur est donnée par

l'organisation, et quelle que soit la nature contractuelle ou statutaire de leur relation avec l'organisation, sont bien des fonctionnaires de cette dernière.

Le Tribunal se départit ainsi, depuis son jugement 11, des dénominations retenues par les organisations pour considérer que certaines personnes, qui n'ont pas le titre de fonctionnaires ou de membres du personnel, le sont pourtant. Il rappelle ainsi que, dans certaines circonstances tenant aux accords de détachement passés entre organisations, des fonctionnaires détachés, qui n'ont pas *stricto sensu* de relation d'emploi avec l'organisation d'accueil, peuvent cependant être considérés comme des fonctionnaires de cette organisation (voir le jugement 4219). Il avait au préalable estimé, dans son jugement 3420, que si le contrat d'engagement du requérant le désignait formellement comme un consultant, il ne pouvait que « constater que le requérant avait été traité systématiquement comme membre du personnel » par l'organisation. Dans son jugement 3359, il avait noté que si les juges de la Cour pénale internationale n'étaient pas des membres du personnel, qui avaient seuls accès au Tribunal selon le Règlement du personnel de l'organisation, ils n'en étaient pas moins des fonctionnaires de l'organisation. Aussi, l'argument de l'organisation qui « rev[enait] à considérer que les juges ne dispos[ai]ent d'aucun moyen de recours en cas de violation alléguée de leurs conditions d'emploi » devait être rejeté. Il poursuivait : « les requérants sont des fonctionnaires (*officials*) et leurs droits ne sont pas limités par le Règlement du personnel. Leur droit de saisir le Tribunal est établi par le statut du Tribunal lui-même ». Ils peuvent dès lors, en l'absence de recours interne leur étant ouvert, saisir directement le Tribunal, et sans que la condition de l'épuisement des voies de recours interne puisse leur être opposée. Il avait déjà estimé, dans son jugement 1383, que la requérante, une consultante au bénéfice d'un engagement temporaire, devait cependant être classée, selon une interprétation des règles de l'organisation, dans la catégorie des membres du personnel. Dans ses jugements 3144, 3090 et 1272, il a rappelé qu'il avait compétence pour se prononcer sur toute relation d'emploi existant entre une organisation internationale et ses agents, quelle qu'en soit la nature contractuelle ou statutaire. Il importe dès lors peu que l'agent concerné ait été recruté en vertu d'un contrat qui serait ou non de durée déterminée, ce qui importe c'est qu'une relation d'emploi existe (voir dans le même sens le jugement 2011-120 du Tribunal d'Appel des Nations Unies).

A la lumière de ces définitions et de la jurisprudence du Tribunal, une autre analyse des faits ayant présidé au jugement commenté aurait-elle pu être possible ?

Bien que, encore une fois, le commentateur ne connaisse cette affaire que grâce à la relation des faits opérée par le Tribunal, les faits suivants méritent d'être mis en exergue : le contrat de « consultant » avec l'organisation, dont on ne connaît pas les termes exacts – le Tribunal précisant cependant que les prestations prévues au contrat confirment qu'il s'agit bien d'un contrat de consultant, par opposition à celui d'un fonctionnaire (voir la jurisprudence citée ci-dessus relative aux missions propres aux fonctionnaires) –, prévoyait une mission sur le terrain, au cours de laquelle des hommes armés ont fait feu sur le requérant et l'ont blessé très sérieusement. On notera, de manière accessoire, que le devoir de protection de l'organisation, principe général de droit incontesté, doit conduire l'organisation à prendre en charge les dépenses médicales du requérant et à l'indemniser pour les préjudices subis. C'est, comme rappelé par le jugement, ce que l'organisation a fait en lui versant, avec son accord, une indemnité de 67 000 dollars des Etats-Unis et en prévoyant en sus le remboursement des dépenses médicales relatives aux blessures liées à l'incident. Les questions que suscitent les faits sont donc ailleurs.

Premièrement, une lecture sommaire des faits rappelés ci-dessus pourrait conduire à penser que la qualité d'« agent » aurait dû être reconnue au requérant, en se fondant sur un raisonnement calqué sur celui de la CIJ dans son avis consultatif de 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. La Cour a en effet adopté, dans les observations préliminaires de l'avis, une définition très large du terme « agent ». Elle précise ainsi : « c) La Cour comprend le terme « agent » dans le sens le plus large, entendant par-là quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l'organisation d'exercer, ou d'aider à exercer, l'une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l'Organisation agit. » On peut trouver une confirmation de cette thèse dans ses avis consultatifs des 14 décembre 1989 sur *l'Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* et 29 avril 1999 sur le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*. La Cour estime dans le premier avis (repris dans le second) que « l'objectif recherché est clair, à savoir permettre à l'Organisation des Nations Unies de confier des missions à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation et leur garantir les 'privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance'... L'essentiel n'est pas dans la situation administrative, mais dans la nature de leur mission ». La Cour ajoute dans son second avis : « ce qui est déterminant, c'est qu'une mission leur a été confiée par l'Organisation des Nations Unies et qu'ils jouissent dès lors des privilèges et immunités prévus à la section 22 de l'article VI, qui protègent l'exercice indépendant de leurs fonctions ».

Cette définition de la Cour a donc été donnée dans le contexte particulier de la protection de l'indépendance de l'Organisation des Nations Unies. Il s'agissait, par une définition la plus large possible, de permettre la protection de toutes les personnes qui agissent pour elle, quelle que soit leur relation d'emploi ou contractuelle avec elle, et même en l'absence d'un encadrement de cette relation dans un instrument juridique.

Dans l'affaire commentée, en suivant la définition de la CIJ, on pourrait considérer que, bien que le requérant ait signé un contrat de consultance avec l'organisation, ce qui est déterminant pour conclure qu'il est un agent de l'organisation, c'est la mission qui lui est confiée par l'organisation et non pas sa « situation administrative » ou sa relation contractuelle avec cette dernière. Mais il semble que ce raisonnement pêche pour plusieurs raisons. La qualification d'« agent » est certes une qualification large qui englobe celles de fonctionnaire, membre du personnel, membre du personnel temporaire, stagiaire, toute personne par laquelle l'organisation agit. Mais cette qualification large a été définie pour permettre de protéger, par une immunité, d'arrestation, de détention ou de juridiction, toute personne ayant agi pour l'organisation, dans le cadre d'une mise en cause de ses actions devant une autorité policière ou judiciaire nationale. Un consultant, ayant conclu un contrat de droit privé, pour une prestation de services de durée limitée, devrait-il être considéré comme un « agent » auquel il faut reconnaître cette qualité pour lui permettre de jouir de la protection de l'organisation, et donc des immunités reconnues aux fonctionnaires internationaux ? La réponse à cette question pourrait être positive, sans contrevenir excessivement aux principes essentiels du droit de la fonction publique internationale. En revanche, faut-il reconnaître à ce consultant la qualité de fonctionnaire quand il s'agit de lui donner accès à un tribunal dont l'organisation a reconnu la compétence, au mépris des dispositions spécifiques figurant dans les règles applicables et de son contrat ? Rien

n'est moins sûr. Et force est de constater que les termes « agent » et « fonctionnaire », souvent considérés comme synonymes, ne le sont pas nécessairement et que, s'ils peuvent recouvrir des mêmes droits, des mêmes obligations, ils ne désignent pas nécessairement des situations identiques.

Deuxièmement, l'organisation a proposé au requérant à titre gracieux une indemnité complémentaire de 25 000 dollars des Etats Unis, sans que l'on en connaisse le fondement, et après la signature par le requérant du document prévoyant sa renonciation à agir contre l'organisation. Peut-être qu'une telle indemnité était-elle destinée à mettre un terme au différend. Cela n'est pas dit par le jugement. Ce qui est dit, en revanche, c'est que le requérant a refusé cette indemnité et a demandé à ce qu'un arbitrage, conformément aux termes de son contrat de consultant, intervienne. Ce n'est qu'en mars 2018, soit près de six ans et demi après les faits à l'origine de l'affaire, que l'organisation a rappelé au requérant qu'il avait signé un document en vertu duquel il avait renoncé à toute action contre l'organisation au titre de l'incident et qu'une demande de soumission du différend à un arbitre était dépourvue de base légale. L'indemnisation acceptée, l'indemnisation additionnelle refusée, tout autant que la renonciation à recours et le temps écoulé depuis lors, semblent autant de raisons sous-jacentes devant être prises en considération dans cette affaire. On pourrait se demander cependant, comme l'a déjà fait le Tribunal, si, alors que sa saisine n'était pas possible, un arbitrage n'était pas requis, en application du contrat entre les parties. Un tel arbitrage aurait pu servir, à tout le moins, à déterminer la validité du document par lequel le requérant a renoncé à agir, ayant notamment égard à l'indemnisation complémentaire proposée par l'organisation après la signature de ce document ; cette indemnisation étant un indice que l'offre initiale était insuffisante aux yeux de l'organisation et que le différend n'était donc pas clos.

Dans d'autres cas, qui sont cependant difficilement comparables au cas commenté ici, l'organisation avait été invitée par le Tribunal à ne pas laisser le requérant sans recours. Le Tribunal administratif de la Société des Nations, dans son jugement n°21 d'août 1939, avait ainsi conclu « qu'il n'est pas possible de mettre en doute que [l'organisation] soit résolue à accepter telle instance judiciaire ou arbitrale qui sera désignée pour statuer au fond sur la contestation existant entre elle et le demandeur (...) il convient à cet égard de faire pleine confiance à son sens de l'équité lequel ne serait pas conciliable avec le refus de soumettre cette contestation à toute décision judiciaire ou arbitrale ». Le Tribunal avait, dans son jugement 2657, noté, suivant une même ligne, que son jugement créait « une situation de vide juridique et estim[é] très souhaitable que l'Organisation recherche une solution qui garantisse à l'intéressé l'accès à un juge, soit en levant son immunité soit en soumettant le différend à l'arbitrage. » On notera que le Tribunal d'Appel des Nations Unies, ayant décliné sa compétence pour juger de la relation d'un consultant et de l'UNOPS, a lui aussi déploré l'absence de recours accessible au requérant et attiré l'attention du Président de l'Assemblée générale à cet égard pour « considération et action éventuelle » (voir jugement 2020-UNAT-986). Une même préoccupation est celle du Tribunal administratif du FMI dans son jugement 2015-2.

Dans le cas commenté, on ne peut que noter toutefois que le requérant avait renoncé à toute action contre l'organisation au titre de son indemnisation et que l'organisation a pleinement exécuté les obligations qui étaient les siennes en vertu de l'accord signé, en toute bonne foi. Aussi, le Tribunal a décliné, à juste titre, sa compétence *ratione personae* et n'a pas invité l'organisation à soumettre ce différend à l'arbitrage, appliquant

en cela le principe de la bonne foi et de la sécurité juridique, c'est-à-dire de la nécessaire stabilité des relations juridiques acquises, consacré par le Tribunal à de nombreuses reprises (voir, pour des exemples, les jugements 2487 et 3693).

Une autre question touchant à la définition du fonctionnaire international dépasse le cadre de cette chronique, mais elle sera sans doute débattue au sein des organisations internationales et devant les juridictions administratives internationales. Cette question est celle de l'usage croissant par les organisations de consultants, de prestataires de services, qu'ils soient travailleurs indépendants ou constitués en sociétés, pour effectuer des missions dans des zones de conflit ou présentant un danger certain. On peut penser que cette tendance est motivée par le souhait de réduire leurs coûts de fonctionnement, mais aussi l'indemnisation due en cas de dommages subis au titre des fonctions, et de ne pas exposer leurs fonctionnaires aux risques que comprennent ces missions. Comme dit plus haut, quelle que soit leur relation d'emploi, les consultants ne peuvent être laissés sans recours, ni sans protection, mais de quels recours et de quelle protection parle-t-on ? De ceux accessibles aux seuls fonctionnaires ou de voies de recours et protection moins effectives et moins efficaces, notamment de recours devant des arbitres, parfois uniques et choisis par les seules organisations, plutôt que devant des tribunaux administratifs internationaux aux jugements collégiaux ? Comme on l'a vu, la jurisprudence du Tribunal permet, au moins sur le second point, de rassurer les personnes prêtant leur concours aux organisations internationales. Si elles peuvent démontrer qu'elles participent à la mission de l'organisation, notamment en exécutant des tâches externalisées auparavant accomplies en interne et donc par des fonctionnaires, elles devraient pouvoir être considérées comme des fonctionnaires par le Tribunal et y avoir accès. Il semble toutefois inéluctable qu'à l'avenir, la question de l'identité des fonctionnaires et celle des distinctions parfois artificielles entre les fonctionnaires et les personnes agissant pour les organisations fassent l'objet d'un examen approfondi des organisations et de leurs tribunaux.

RÉMI CÈBE

JURISPRUDENCE FRANCAISE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Sous la direction de

Baptiste TRANCHANT

par

Julien Cazala, Alexis Marie et Baptiste Tranchant

SOMMAIRE

CA Paris, Pôle 5, ch. 16, 23 mars 2021, Etat de Libye c. D.S. Construction FZCO, n° RG 18/05756	669
CE, 2 ^{ème} et 7 ^{ème} ch. réunies, 9 juillet 2021, n° 448707, publié au Rec. Lebon	680
Cass. crim., 28 juillet 2021, n° 20-81.553	688

CA Paris, Pôle 5, ch. 16, 23 mars 2021, Etat de Libye c. D.S. Construction FZCO, n° RG 18/05756

[Arbitrage d'investissement — Désignation des arbitres — Clause de la nation la plus favorisée / Investment Arbitration — Designation of Arbitrators — Most Favored Nation Clause]

« 1 - FAITS ET PROCEDURE

1- La société DS Construction FZCO (ci-après désignée la société « DS Construction ») est une société immatriculée aux Emirats Arabes Unis qui a investi en Libye et qui, à la suite d'un litige avec l'Etat de Libye, lui a adressé le 25 mai 2016 une notification de différend, en application des dispositions de l'accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les Etats membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (ci-après « le Traité de l'OCI »), signé le 5 juin 1981 et entré en vigueur le 23 septembre 1986, auquel la Libye est partie.

2- Le différend n'ayant pu trouver une solution amiable, la société DS Construction a engagé le 19 octobre 2016 une procédure d'arbitrage contre l'Etat de Libye, sur le fondement du Règlement CNUDCI de 2010 et de l'article 17 du Traité de l'OCI, et nommé M. ZZ X Z en qualité d'arbitre.

3- Bien que disposant d'un délai de soixante jours pour nommer un arbitre en application de l'article 17 (2)(b) du Traité de l'OCI, l'Etat de Libye, considérant que cet article ne constituait pas une offre permanente d'arbitrage permettant de fonder la compétence d'un tribunal arbitral, n'a pas nommé d'arbitre dans ce délai.

4- Le 2 janvier 2017, la société DS Construction, se référant à l'article 17 (2)(b) du Traité de l'OCI, a demandé au Secrétaire Général de l'OCI de procéder à la désignation d'un arbitre, en lieu et place de l'Etat de Libye.

5- Le Secrétaire Général de l'OCI n'a pas répondu à la demande de désignation de la société DS Construction.

R.G.D.I.P. 2020-3

6- Le 26 janvier 2017, la société DS Construction a indiqué au Secrétaire Général de l'OCI qu'à défaut de désignation du deuxième arbitre avant le 3 février 2017, elle « n'aurait d'autre choix » que de saisir le Secrétaire Général de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) afin que celui-ci désigne un arbitre pour le compte de l'Etat de Libye, en application de l'article 6 (4) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 et a soutenu également que les parties s'étaient « accordées » sur l'application de ce Règlement au litige.

7- Le 8 février 2017, la société D. S Construction a saisi le Secrétaire Général de la Cour permanente d'arbitrage pour la désignation d'une autorité de nomination afin que celle-ci procède à la désignation d'un arbitre pour le compte de l'Etat de Libye, en se fondant sur les dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 2010.

8- Le 17 février 2017, l'Etat de Libye a objecté à la Requête de la société DS Construction, en indiquant à la CPA qu'elle ne disposait ni du pouvoir ni de la légitimité pour procéder à la désignation d'une autorité de nomination ou pour agir en une quelconque autre qualité dans cette procédure, puisque l'Etat de Libye n'avait jamais consenti à l'application du Règlement CNUDCI dans cette affaire.

9- Le 23 février 2017, la société DS Construction a soutenu que la CPA était compétente pour désigner une autorité de nomination aux motifs notamment que le consentement de l'Etat de Libye à l'arbitrage CNUDCI pouvait être « importé » de l'article 11 du Traité bilatéral conclu entre l'Etat de Libye et l'Autriche, et ce, sur le fondement de l'article 8 du Traité de l'OCI, qualifié, par la société DS Construction, de clause de la nation la plus favorisée (ci-dessous désignée « clause NPF »).

[...]

11- Le 20 mars 2017, le Secrétaire Général de la CPA a fait valoir que la requête d'arbitrage pouvait être étudiée conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et non au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, ce qui a été accepté par la société DS Construction.

12- Le 27 mars 2017, le Secrétaire général de la CPA a désigné le Professeur S P E en tant qu'autorité de nomination, conformément à l'article 7 (2) du Règlement CNUDCI de 1976.

13- Les 29 mars 2017 et 12 avril 2017, l'Etat de Libye a informé la CPA qu'il maintenait ses objections à la constitution du Tribunal et son absence de consentement à ce processus de nomination.

14- Le Professeur E a nommé le 26 avril 2017, le professeur R CC en tant que co arbitre de l'Etat de Libye, en application de l'article 7 (2)(b) du Règlement CNUDCI de 1976.

[...]

22- Le 15 février 2018, le Tribunal arbitral a rendu une sentence partielle sur la question préliminaire relative à la régularité de sa constitution, aux termes de laquelle il a rejeté l'objection de l'Etat de Libye quant à l'irrégularité de sa constitution.

23- Le 15 mars 2018, l'Etat de Libye a formé un recours en annulation contre cette sentence.

24- Le 19 mars 2018, l'Etat de Libye a demandé au Tribunal arbitral de suspendre la procédure arbitrale dans l'attente de la décision de la Cour dans la présente procédure, ce qui a été refusé le 3 juillet 2018 par le Tribunal arbitral.

[...]

Sur l'examen au fond du moyen tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral

[...]

78- En application de l'article 1520, 2° du code de procédure civile le recours en annulation est ouvert si le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué.

79- En l'espèce, il appartient à la cour d'apprécier si, pour résoudre la situation de blocage résultant de l'absence de désignation par le Secrétaire Général de l'OCI d'un arbitre aux lieu et place de l'Etat de Libye, le recours au secrétariat de la CPA afin de procéder à la

désignation d'une autorité de nomination des arbitres constitue, au regard de la volonté des parties et du traité de l'OCI, une modalité régulière de constitution du tribunal arbitral.

80- A cet égard, le juge de l'annulation n'étant pas le juge de révision de la sentence, il ne lui appartient pas d'infirmes ou de confirmer les motifs de la sentence rendue sur cette question, mais d'apprécier au regard de la volonté des parties et de la convention d'arbitrage si la constitution du tribunal arbitral a été régulière.

81- En l'espèce, la convention d'arbitrage figure à l'article 17 du traité OCI et stipule que : « En attendant la création d'un organisme pour le règlement des litiges résultant de cet Accord, les litiges qui pourraient se présenter seront réglés par conciliation ou par voie d'arbitrage conformément aux règles suivantes :

1. La conciliation (...)

2. L'arbitrage.

a) Si les deux parties en litige ne sont pas parvenues à un accord par suite de leur recours à la conciliation ou si le conciliateur ne réussit pas à présenter son rapport dans le délai déterminé, ou si les deux parties ne s'accordent pas sur les solutions proposées, chaque partie aura le droit de recourir au tribunal arbitral pour trancher le litige.

b) La procédure d'arbitrage commence par une notification faite par la Partie qui formule une demande d'arbitrage à l'autre Partie en litige, expliquant le caractère du litige et le nom de l'arbitre qu'elle nommera. L'autre Partie devra, dans un délai de 60 jours, à partir de la date à laquelle la notification a été émise, informer la Partie qui a formulé la demande d'arbitrage du nom de l'arbitre choisi par elle. Les deux Parties [arbitres] devront choisir, dans un délai de 60 jours à partir de la date à laquelle le dernier des deux arbitres a été nommé, un arbitre qui présidera le tribuna[l] et qui aura une voix prépondérante au cas où il y aurait égalité de voix. Si l'une des Parties ne désigne pas son arbitre ou si les deux arbitres ne sont pas d'accord sur le choix de l'arbitre à voix prépondérante dans les délais impartis, chaque partie pourra adresser une demande au Secrétaire Général afin de constituer ou de compléter la composition du tribunal ».

82- Il est constant que l'article 17 précité ne prévoit aucune règle en cas de carence du secrétaire général de l'OCI dans la désignation d'un arbitre à la suite du refus d'une partie d'en désigner un, ni ne prévoit expressément le recours à un autre règlement d'arbitrage et notamment le règlement de la CNUDCI pour trancher cette difficulté.

83- Dès lors, la société DS Construction ne pouvait en s'appuyant sur ce seul article, en l'absence d'accord exprès de l'Etat de Libye sur ces modalités, confier cette mission au secrétariat de la CPA.

84- Elle ne peut davantage s'appuyer sur l'article 1509 du code de procédure civile, alors que si cet article permet au tribunal arbitral, dans le silence de la convention d'arbitrage, de régler la procédure soit directement soit par référence à un règlement d'arbitrage, encore faut-il que le tribunal ait pu être régulièrement constitué, ce qui est précisément l'objet du litige en l'espèce.

85- Il convient cependant d'apprécier si le recours à la CPA pour procéder à la constitution du tribunal arbitral, peut trouver un fondement sur l'article 8 du traité OCI qui stipule que :

« 1. Les investisseurs appartenant à n'importe quelle Partie Contractante jouiront, dans le contexte de l'activité économique où ils auront engagé leurs investissements sur le territoire d'une autre Partie Contractante, d'un traitement qui ne sera pas inférieur à celui octroyé aux investisseurs appartenant à un autre Etat non partie dudit Accord dans le cadre de cette même activité. Ils auront les mêmes droits et privilèges que ceux reconnus à ces derniers.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne sont applicables à aucun traitement préférentiel accordé à une Partie Contractante dans les domaines ci-après :

a) droits et privilèges accordés par une Partie Contractante aux investisseurs appartenant à une autre Partie Contractante en vertu d'un accord international, d'une loi ou de mesures préférentielles particulières ;

b) droits et privilèges résultant d'un accord international en vigueur ou à conclure par une Partie Contractante quelconque et prévoyant une union douanière ou en échange d'exonération fiscale ;

c) droits et privilèges accordés par une Partie Contractante à un projet spécifique en raison de son importance particulière pour cette Partie Contractante ».

86- Le bien-fondé de cette option suppose que l'article 8 puisse être qualifié de clause de la nation la plus favorisée (NPF) et qu'il puisse autoriser l'importation d'une procédure de règlement des différends contenue dans un autre traité auquel l'Etat de Libye est partie, à supposer que ce dispositif soit aussi qualifié de plus favorable.

Sur la qualification de l'article 8 du traité OCI en clause de la nation la plus favorisée;

87- Une clause de la nation la plus favorisée est définie par la Commission de Droit International des Nations Unies (dans son rapport final sur la clause de la nation la plus favorisée de 2015) comme « le traitement accordé par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat, non moins favorable que le traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers ».

88- En l'espèce, la circonstance que la clause prévue à l'article 8 du Traité OCI n'ait pas fait l'objet d'une qualification expresse de clause NPF dans ce rapport n'est pas de nature à l'exclure d'emblée de cette qualification, laquelle relève de la seule interprétation du Traité étant au surplus précisé qu'il est indiqué au paragraphe 58 de ce rapport que « Bien que l'obligation de traitement NPF soit commune aux traités bilatéraux d'investissement, la façon dont cette obligation est exprimée varie » et que si ce rapport identifie « Six types d'obligation », il précise aussi que dans certains accords « la clause NPF peut associer différents types d'obligation ».

89- Il ressort par ailleurs du commentaire du Projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée publié dans l'Annuaire de la Commission de Droit International 1978 (Vol. II deuxième partie) que « le fait d'assumer l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée est un élément constitutif de toute clause de la nation la plus favorisée » (§12).

90- Le commentaire précité dispose ainsi que « la question de savoir si une disposition rentre dans le cadre de la nation la plus favorisée est affaire d'interprétation. Les clauses de la nation la plus favorisée peuvent être rédigées de façons très diverses (...) En d'autres termes : « à strictement parler, la clause de la nation la plus favorisée n'existe pas en tant que telle : il faut étudier séparément chaque traité [. . .]. Il existe d'innombrables clauses de la nation la plus favorisée, mais il n'y a qu'une seule norme [de traitement] de la nation la plus favorisée » (§ 13).

91- En l'espèce, il convient de constater que l'article 8 du traité pose comme principe que les investisseurs « jouiront (...) d'un traitement qui ne sera pas inférieur à celui octroyé aux investisseurs appartenant à un autre Etat non partie dudit Accord » et que ce faisant il implique que les parties assument l'obligation d'accorder un traitement non moins favorable que celui concédé à un Etat tiers, ce qui est caractéristique d'une clause NPF.

92- L'article 8 du Traité OCI peut dès lors être qualifié de clause de la nation la plus favorisée.

Sur la faculté pour l'article 8 du Traité OCI en tant que clause de la nation la plus favorisée, d'inclure dans son champ les procédures de règlement des litiges ;

93- Il s'agit de savoir s'il est possible d'importer, sur le fondement de l'article 8 de l'accord OCI, l'accord manifesté par l'Etat de Libye à l'application du règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Autriche le 18 janvier 2002 et en vigueur depuis le 1er janvier 2004.

94- A cet égard, sauf mention expresse en ce sens, il ne peut être écarté d'emblée la possibilité pour une clause NPF d'inclure l'importation de procédure de règlement des différends alors que le « traitement » d'un investisseur peut potentiellement inclure non

seulement le bénéfice d'un droit substantiel mais aussi le bénéfice d'un traitement procédural garantissant un dispositif de règlement des différends adapté à l'objet et au but du Traité.

[...]

96- En l'espèce, il ressort de l'article 17 du Traité OCI, qu'au jour de la conclusion de ce Traité, les parties ont précisément envisagé la création d'un organe spécifique pour le règlement des litiges puisqu'il est indiqué, sans que cette précision puisse être exclue du « contexte » au sens de l'article 31 précité, que les litiges qui pourraient se présenter seront réglés par conciliation ou par voie d'arbitrage conformément aux règles prévues à cet article 17 « En attendant la création d'un organisme pour le règlement des litiges résultant de cet Accord ».

97- Ce faisant, le dispositif prévu à l'article 17 du Traité OCI doit être interprété à la lumière de ce contexte et de ce but dont il ressort que l'intention des parties au Traité OCI n'était manifestement pas de s'en remettre à une procédure de règlement des différends importée d'un autre traité, mais au contraire de prévoir dans l'attente de la mise en place d'un organe spécifique ayant son propre règlement, une procédure ad hoc, et ce indépendamment du fait que cette Cour n'a finalement pas été instituée.

98- Tel est au demeurant aussi l'objet de l'article 17 puisqu'il prévoit un dispositif autonome, en attendant la création de cet organe de règlement des litiges, pour permettre en cas de litige la constitution d'un tribunal arbitral sans avoir à recourir à une procédure de règlement des différends tierce puisque précisément sur ce point il était confié au Secrétaire Général de l'OCI de procéder à la désignation de l'arbitre en cas de défaillance de l'une des Parties.

99- Ainsi, il ressort de cet article 17 qu'une fois constitué, le tribunal « décidera ensuite des lieux et date de ses réunions et tranchera sur les autres questions relevant de sa compétence » étant observé qu'il ressort de la version anglaise du Traité (« The Tribunal will decide on the venue and time of its meetings as well as other matters pertaining to its functions ») que sur ce dernier point, il ne s'agit pas seulement pour le tribunal arbitral de statuer sur des questions de compétence au sens juridique du terme mais aussi sur toutes questions relatives à son fonctionnement, ce qui inclut aussi la question de la procédure applicable devant lui.

100- Il convient dès lors de considérer que tant le contexte que l'objet et le but de l'article 17 du Traité OCI ont été d'accompagner la protection substantielle des investissements accordée par le Traité d'une protection procédurale par la mise en place d'une procédure de règlement des litiges spécifique.

101- La rédaction de l'article 8 du traité ne permet pas d'infirmer une telle interprétation dès lors qu'il ne comporte aucune référence au bénéfice d'un traitement procédural plus favorable et que les références équivoques au « contexte de l'activité économique » et aux « droits et privilèges » ne permettent pas de considérer qu'elles puissent s'étendre aux avantages procéduraux de règlement des différends prévus dans d'autres traités de protection des investissements et notamment celui prévu à l'article 11 du Traité bilatéral d'investissement conclu par l'Etat de Libye avec l'Autriche le 18 janvier 2002.

102- De même, il n'est pas rapporté d'éléments permettant de se prévaloir, au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne précitée, d'un accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet d'une interprétation en ce sens du traité ou de l'application de ses dispositions et même d'une pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.

103- A cet égard, si la société DS Construction se prévaut de la position de certains Etats adhérents au Traité OCI ayant admis la possibilité de soumettre leur litige à la Cour permanente d'arbitrage tel que dans l'affaire Y BB c/ République de l'Indonésie (sentence du 21 juin 2012) et l'affaire N D J V c/ I (sentence du 23 décembre 2016) portant sur deux demandes d'arbitrage fondées sur le Traité OCI, il convient de relever que dans ces deux affaires, qui ne concernaient pas la Libye, il n'a pas été acté un accord des parties pour déroger à l'application de l'article 17 en l'absence de désignation des arbitres par les Etats concernés.

Au contraire, dans ces deux affaires, ce n'est qu'une fois le tribunal arbitral régulièrement constitué, les Etats concernés ayant accepté de désigner un arbitre, que les parties se sont mises d'accord pour appliquer le règlement CNUDCI de sorte que ces précédents, ne permettent pas d'en tirer la conséquence interprétative que lui prête la société DS Construction au sens de l'article 31 précité.

104- De même, il ne saurait être déduit du préambule du Traité OCI qui indique que les Etats parties « sont convenus de considérer les dispositions du présent Accord comme étant un traitement minimum devant être assuré aux capitaux et aux investissements en provenance des Etats membres », que celui-ci doit conduire à rejeter l'interprétation de l'article 17 comme étant un système clos et autosuffisant dès lors qu'une telle interprétation va à l'encontre de l'objet de l'article 17 et qu'elle ne ressort pas non plus du champ de l'article 8, d'autant au surplus qu'une telle interprétation extensive ne permettrait pas de garantir un processus de constitution du tribunal arbitral investi de la confiance des parties.

105- Il ne peut donc être considéré que les Parties au Traité, ayant expressément prévu un dispositif ad hoc de règlement des litiges, aient entendu permettre le recours à des règlements de procédure externes, à tout le moins en l'absence d'accord de chacune des parties au litige, ni raisonnablement considéré que les Parties au Traité OCI aient entendu mettre en place un dispositif spécifique qui ne fonctionnerait pas et surtout qui permettrait d'appliquer un règlement d'arbitrage émanant d'une autre institution alors même que le dispositif proposé avait vocation à perdurer tant que l'organe spécifique de règlement des litiges n'était pas constitué.

[...]

107- Dès lors en l'absence d'accord exprès de l'Etat de Libye de soumettre la constitution du tribunal au Secrétaire général de la Cour Permanente d'arbitrage et au règlement CNUDCI 1976, le tribunal arbitral ainsi constitué, nonobstant ce refus, l'a été irrégulièrement.

[...]

IV- DISPOSITIF

Par ces motifs, la cour :

[...]

2- Annule la sentence arbitrale rendue à Paris le 15 février 2018 dans l'affaire CPA n° 2017-21 »

L'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les Etats Membres de la Conférence islamique (Bagdad, 10 juin 1981 ; depuis 2011, Organisation de la coopération islamique, ci-après accord de l'OCI) est entré en vigueur en 1988 mais son succès, au moins contentieux, a été tardif. La première sentence connue, dans une procédure initiée sur son fondement, n'a été adoptée qu'en 2014 (T. *ad hoc* (CNUDCI), 15 décembre 2014, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c/ République d'Indonésie*, sentence finale). Le site de la CNUCED ne fait état que de seize procédures arbitrales initiées sur le fondement de cet accord depuis son entrée en vigueur. Mais il est vrai que les années les plus récentes démontrent un intérêt croissant des investisseurs pour cet instrument qui, entre 2018 et 2020 a été le fondement de dix procédures arbitrales. Des obstacles existent pourtant au développement de l'arbitrage en matière d'investissement sur le fondement de cet instrument. Le tribunal arbitral établi dans l'affaire *Itisaluna c/ Iraq* avait pu indiquer que les dispositions relatives à l'arbitrage contenues dans l'accord n'étaient pas un modèle de clarté (T. CIRDI, 3 avril 2020, *Itisaluna Iraq LLC et autres c/ République d'Iraq*, ARB/17/10, sentence, § 158) mais l'arrêt *Libye c/ DS construction* rendue par la Cour d'appel de Paris en mars 2021 démontre que les éventuelles lacunes rédactionnelles se doublent de difficultés institutionnelles.

La société DS construction, immatriculée aux Emirats arabes unis avait conclu avec la Libye divers contrats visant à assurer la construction de nombreux projets sur le territoire de cet Etat. L'investisseur se plaignant de divers manquements de l'Etat décida, en octobre 2016, d'initier une procédure d'arbitrage sur le fondement de l'accord de l'OCI.

Considérant que celui-ci ne comportait pas d'offre d'arbitrage pouvant être unilatéralement acceptée par un investisseur, la Libye refusa de procéder à la nomination d'un arbitre. Très classiquement, cet accord prévoit une procédure alternative de nomination d'un arbitre en cas de défaut de l'une des parties. L'article 17.2.c de celui-ci dispose qu'en « attendant la création d'un organisme pour le règlement des litiges résultant de cet Accord, les litiges qui pourraient se présenter seront réglés par conciliation ou par voie d'arbitrage conformément aux règles suivantes : [...] 2.b : Les mesures d'arbitrage commencent par une notification faite par la Partie qui formule une demande d'arbitrage à l'autre partie en litige en expliquant le caractère du litige et le nom de l'arbitre qu'elle nommera. L'autre partie devra, dans un délai de soixante jours, à partir de la date à laquelle la notification a été émise, informer la partie qui a formulé la demande d'arbitrage du nom de l'arbitre choisi par elle. [...] Si l'une des parties ne désigne pas son arbitre ou si les deux arbitres ne sont pas d'accord sur le choix de l'arbitre qui a voix prépondérante dans les délais impartis, chaque partie pourra adresser une demande au Secrétaire général afin de constituer ou de compléter la composition du tribunal arbitral » (nous indiquons que la version française de la convention OCI, utilisée pour cette note est celle fournie par l'Organisation de la coopération islamique. Elle diffère quelque peu de celle utilisée par la Cour d'appel de Paris dont l'origine n'est pas précisée).

Il n'appartenait pas à la Cour d'appel de Paris de déterminer si l'accord de l'OCI contient une offre d'arbitrage pouvant être unilatéralement acceptée par un investisseur d'un Etat partie réalisant une opération sur le territoire d'un autre Etat partie. On se contentera uniquement de rappeler sur ce point que plusieurs tribunaux arbitraux ont pu retenir une telle solution (T. *ad hoc* (CNUDCI), 15 décembre 2014, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c/ République d'Indonésie*, sentence finale ; T. CIRDI, 3 avril 2020, *Itisaluna Iraq LLC et autres c/ République d'Iraq*, ARB/17/10, sentence, mais dans cette dernière affaire, le tribunal rejette l'existence d'un consentement à l'arbitrage du CIRDI).

La Cour d'appel de Paris était invitée, dans le cadre du recours en annulation dirigé contre la sentence adoptée par la Cour permanente d'arbitrage (CPA, 15 février 2018, *D.S. Contraction FZCO c/ Libye*, n° 2017-21, décision sur la constitution régulière du tribunal, non publiée) à se prononcer sur la seule constitution régulière du tribunal arbitral. Il apparaît en effet, comme cela a déjà pu être le cas dans le passé, que l'Etat mis en cause par l'investisseur a refusé de procéder à la nomination d'un arbitre. Dans de telles circonstances, l'accord OCI prévoit qu'après l'expiration d'un délai de soixante jours, le secrétaire général de l'Organisation sera autorisé de nomination en lieu et place de la partie n'ayant pas désigné un arbitre. Or, comme cela s'est déjà produit à de nombreuses reprises, le secrétaire général de l'OCI s'est abstenu d'exercer son pouvoir d'autorité de nomination (*Trasta Energy c/ Libye* ; *Omar Bin Sulaiman c/ Sultanat d'Oman* ; *Hesham Al Mehdar c/ République arabe d'Egypte*), gardant le silence suite à la sollicitation de *DS Construction*. Ce refus du secrétaire général découle sans doute d'une pression exercée sur celui-ci par certains Etats membres de l'Organisation de la coopération islamique, souhaitant rejeter les possibilités d'arbitrage sur le fondement de l'accord de 1981. L'accord de l'OCI ne contenant aucune règle alternative permettant d'éviter l'obstruction

à la composition du tribunal, les investisseurs décidèrent de se tourner vers le secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage afin que celui-ci désigne une autorité de nomination chargée de désigner un arbitre pour le compte de la Libye. Il s'agissait d'affirmer que la Cour permanente d'arbitrage était compétente pour procéder à une telle désignation dans la mesure où le règlement d'arbitrage CNUDCI le prévoit et que celui-ci serait applicable par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée figurant à l'article 8 de l'accord de l'OCI. Cette clause permettrait d'étendre aux investisseurs émiratis le bénéfice de l'arbitrage CNUDCI figurant à l'article 11 du traité bilatéral d'investissement conclu entre la Libye et l'Autriche (18 janvier 2002, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004). Sur ce fondement, il fut procédé à la désignation d'un arbitre en lieu et place de la Libye. La thèse défendue par l'investisseur n'est pas isolée. Ainsi, dans le différend opposant la société qatarie BeIN à l'Arabie Saoudite, l'investisseur soulignait que « *[t]he absence of a reliable mechanism to ensure the constitution of an arbitral tribunal renders the OIC Agreement's dispute resolution provisions less favourable than the treatment afforded to investors under the Saudi-Arabia – Austria BIT* » (*BeIN Corporation c/ Royaume d'Arabie saoudite*, notification d'arbitrage, 1^{er} octobre 2018, § 80).

Le tribunal constitué dans l'affaire *DS Construction* (S. Alexandrov, N. Ziadé, arbitres ; B. Simma, président) rendit le 15 février 2018 une décision dans laquelle il rejeta l'objection préliminaire de la Libye relative à l'irrégularité de sa constitution (CPA, 15 février 2018, *D.S. Construction FZCO c/ Libye*, n° 2017-21, décision sur la régularité de la constitution du tribunal, non publiée). C'est cette décision, qualifiée de sentence partielle, qui est l'objet du recours en annulation présentée par la Libye au juge français.

Invitée à se prononcer sur le recours en annulation la Cour d'appel de Paris analyse deux éléments qui retiennent particulièrement l'attention : l'existence d'une clause de la nation la plus favorisée dans l'accord de l'OCI (1) et la possibilité de voir celle-ci produire ses effets en matière de procédure de règlement des différends (2).

1. La clause de la nation la plus favorisée

La clause de la nation la plus favorisée est une disposition traditionnelle dans les traités d'investissement. Pourtant, certains Etats ou groupes d'Etats marquent une certaine hostilité vis-à-vis d'une telle disposition conventionnelle. On pense notamment au Modèle de traité bilatéral d'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe qui recommande aux Etats membres de la Communauté d'exclure totalement la clause de la nation la plus favorisée de leur pratique conventionnelle en matière d'investissement (juin 2012, commentaire sur l'article 4) ou au modèle indien de TBI (28 décembre 2015) qui consacre une telle exclusion. Mais ces deux exemples sont largement isolés et la pratique dominante consiste, même dans les instruments les plus récents, que l'on sait souvent plus restrictifs, à maintenir dans les traités d'investissement une clause de la nation la plus favorisée.

La Commission du droit international a conduit des travaux consacrés à la clause de la nation la plus favorisée à la fin des années 1970 puis entre 2009 et 2015. Elle l'identifie comme étant « le traitement accordé par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat, non moins favorable que le traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers » (CDI, *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée*, 1978, article 5). Il est traditionnel de considérer que l'accord de l'OCI inclut la clause de la nation la plus favorisée mais la

Libye conteste cette qualification. L'argumentation sur ce point apparaissait pour le moins fragile. Il s'agissait pour l'essentiel de considérer que le libellé de l'article 8 ne correspond à aucune des catégories de clause de la nation la plus favorisée identifiées dans les traités d'investissement par la Commission du droit international. Il est vrai que l'organe chargé de la codification et du développement progressif du droit international prétend identifier six types d'obligations internationales couverts par la clause de nation la plus favorisée dont aucun n'est semblable à ce que l'on trouve dans l'accord de l'OCI (CDI, *Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*, 2015, §§ 59-66).

La disposition traditionnellement identifiée dans l'accord de l'OCI comme renfermant la clause de la nation la plus favorisée est libellée d'une manière originale. L'article 8 dispose que « 1. Les investissements appartenant à n'importe quelle Partie Contractante jouiront, dans le contexte de l'activité économique où ils auront engagé leurs investissements sur le territoire d'une autre Partie Contractante, d'un traitement qui ne sera pas inférieur à celui octroyé aux investisseurs appartenant à un autre Etat non partie dudit Accord dans le cadre de cette même activité. Ils auront les mêmes droits et privilèges que ceux reconnus à ces derniers ». Ainsi, il est traditionnel de considérer que la disposition réserve son jeu à l'extension du régime le plus favorable accordé à des tiers et non à des parties au traité. Un Etat partie pourrait donc accorder un régime plus favorable à une partie sans en étendre le bénéfice à d'autres parties dès lors qu'il assure à toutes et chacune des parties un régime au moins aussi favorable que celui accordé au plus favorisé des tiers. La faiblesse de l'argumentation libyenne, qui repose essentiellement sur le fait que la Commission du droit international n'identifie pas de disposition semblable à l'article 8 de l'accord de l'OCI, justifie la rapidité de l'analyse menée par la Cour d'appel de Paris. Celle-ci se contente d'affirmer que « les parties assument l'obligation d'accorder un traitement non moins favorable que celui concédé à un Etat tiers, ce qui est caractéristique d'une clause NPF » (CA Paris, *DS Construction*, § 91).

Les arguments de la Libye apparaissent plus solides sur le point de savoir si la clause de la nation la plus favorisée inscrite à l'article 8 de l'accord de l'OCI pouvait étendre ses effets à une clause de règlement des différends.

2. L'application de la clause de la nation la plus favorisée en matière de règlement des différends

On sait les débats relatifs à la possibilité d'étendre aux dispositions relatives au règlement des différends le jeu de la clause de la nation la plus favorisée depuis qu'un tribunal arbitral du CIRDI constitué dans l'affaire Maffezini a rendu sa décision sur la compétence en 2000 (T. CIRDI, 25 janvier 2000, *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ARB/97/7, décision sur la compétence). Tout en consacrant une telle possibilité, le tribunal avait identifié des limites au jeu de la clause de la nation la plus favorisée dans ce domaine. D'une part, il avait souligné la rédaction très ouverte de la clause de la nation la plus favorisée dans le TBI Espagne – Argentine (la clause s'applique dans « tous les domaines régis par le présent accord », notre traduction, *Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de Espan y la Republica Argentina*, Buenos Aires, 3 octobre 1991, art. IV.2) et d'autre part il avait indiqué que l'extension de ladite clause aux règles de procédure arbitrale ne pouvait conduire le bénéficiaire de celle-ci à mettre en échec des considérations d'ordre public (T. CIRDI, 25 janvier 2000, *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ARB/97/7, décision sur la compétence, §§ 62-63). Il s'agissait ici de viser, en substance quatre hypothèses faisant échec à l'extension du jeu

de la clause de la nation la plus favorisée : une clause de recours à l'arbitrage conditionné par l'épuisement des voies de recours internes ; une clause dite *fork in the road* (clause de choix définitif entre le recours à l'arbitrage international et le recours aux juridictions locales de l'Etat d'accueil de l'investissement) ; une clause d'arbitrage visant un centre d'arbitrage spécifique comme le CIRDI ; un consentement à l'arbitrage inséré dans un système très institutionnalisé comme l'ALENA. Malgré ces limitations, la position adoptée par les arbitres de l'affaire *Maffezini* a été, on le sait, très largement contestée et les développements conventionnels récents mettent en lumière l'opposition de nombreux Etats à la solution *Maffezini*. La CNUCED avait, il y a quelques années, consacré une étude à la question. Il en ressortait que sur un échantillon de 862 traités d'investissement conclus entre 1962 et 2011, seuls 3% contenaient une disposition indiquant que la clause de la nation la plus favorisée ne s'appliquait pas aux dispositions relatives au règlement des différends. La même étude conduite sur un échantillon, certes plus restreint, de 40 traités d'investissement conclus entre 2012 et 2014 voyait ce chiffre monter à 33% (UNCTAD, *Taking Stocks of IIA Reforms : IIA Issues Note*, n° 1, mars 2016, p. 9). Il est vrai que le silence des Etats dans la pratique ancienne concernant l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions relatives au règlement des différends ne vaut pas accord sur ce point, mais on ne peut manquer de souligner la volonté étatique post-*Maffezini* d'affirmer solennellement et très largement que les dispositions relatives au règlement des différends restent à l'écart du jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Ce rejet explicite n'est pas unanime. Pour n'évoquer que la pratique française, les 25 TBI conclus entre 2000 et 2021 n'excluent que rarement cette possibilité (voir néanmoins : *Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Colombie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Bogota, 10 juillet 2014, Art. 5.4).

Dans le silence des traités, les tribunaux arbitraux jouissent d'une grande marge d'appréciation dans le processus d'interprétation de la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi que le relève la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *DS Construction*, « sauf mention expresse en ce sens, il ne peut être écarté d'emblée la possibilité pour une clause NPF d'inclure l'importation de procédure de règlement des différends alors que le "traitement" d'un investisseur peut potentiellement inclure non seulement le bénéfice d'un droit substantiel mais aussi le bénéfice d'un traitement procédural garantissant un dispositif de règlement des différends adapté à l'objet et au but du traité » (CA Paris, *DS Construction*, § 94). Les arbitres de l'affaire *DS Construction* avaient donné corps à cette possibilité. Le recours en annulation dirigée contre la sentence partielle permet à la Cour d'appel de Paris de contribuer au débat. Elle l'avait déjà fait dans une décision peu signalée (CA Paris, pole 1, chambre 1, 25 juin 2019, *Kontinental Conseil Ingenierie KCI c/ République Gabonaise*, n° 17-06430, § 16 ; *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2019-2, pp. 350-352, note Priscille Pedone) mais il doit être souligné que l'analyse conduite par la Cour d'appel à l'occasion de l'affaire *DS Construction* apparaît plus minutieuse que dans l'affaire *KCI*. Dans cette dernière, qui concernait déjà l'article 8 de l'accord de l'OCI, elle s'était contentée d'affirmer que la clause de la nation la plus favorisée n'étendait pas ses effets aux dispositions procédurales.

L'affaire *DS Construction*, donne l'opportunité à la Cour d'appel de Paris, tout en concluant dans le même sens, de développer une analyse convaincante sur cette question. Sans être visée par la Cour d'appel, le raisonnement et la solution du tribunal *Maffezini*

semblent bien avoir été pris en compte par celle-ci. La Cour rappelle que l'accord de l'OCI ne prévoit le recours à l'arbitrage investisseur-Etat qu'à titre transitoire, « en l'attente de la création d'un organisme pour le règlement des litiges relevant de cet accord » (*Convention de l'OCI*, art. 17). Dès lors, selon la Cour d'appel « il ressort que l'intention des parties au Traité OCI n'était manifestement pas de s'en remettre à une procédure de règlement des différends importée d'un autre traité, mais au contraire de prévoir dans l'attente de la mise en place d'un organe spécifique ayant son propre règlement, une procédure *ad hoc*, et ce indépendamment du fait que cette Cour n'a finalement pas été instituée » (CA Paris, *DS Construction*, § 97). On retrouve ici, sans que cela soit clairement présentée sous la forme d'une exception, l'une des limites énoncées par le tribunal de l'affaire *Maffezini* : la clause de la nation la plus favorisée n'étendra pas ses effets en matière procédurale « if the parties have agreed to a highly institutionalized system of arbitration that incorporates precise rules of procedure, which is the case, for example, with regard to the North America free Trade Agreement and similar arrangements » (T. CIRDI, 25 janvier 2000, *Emilio Agustin Maffezini c/ Royaume d'Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence, § 63). Dans le même esprit, la Cour d'appel de Paris souligne encore que l'accord de l'OCI est caractérisé « par la mise en place d'une procédure de règlement des différends spécifique » (CA Paris, *DS Construction*, § 100). C'est également cet élément qui avait été mis en avant par le tribunal CIRDI dans l'affaire *Itisaluna c/ Iraq* pour rejeter sa compétence. Il indiquait que « the OIC Agreement thus establishes a clearly defined and particular dispute settlement regime with institutional elements that include an arbitration forum with bespoke characteristics. It nowhere provides for ICSID arbitration, although it very easily could have done so » (T. CIRDI, 3 avril 2020, *Itisaluna Iraq LLC et autres c/ République d'Iraq*, ARB/17/10, sentence, § 216). C'est ainsi l'argument du caractère autonome (CA Paris, *DS Construction*, § 98) de la procédure de règlement des différends investisseur-Etat de l'accord de l'OCI qui emporte la conviction.

Certains commentaires de l'arrêt rendu dans l'affaire *DS Construction* affirment que le raisonnement de la Cour d'appel de Paris est fragile. Ils insistent sur le fait que la cohérence entre cet arrêt et la sentence *Itisaluna c/ Iraq* ne serait qu'apparente. En effet, dans le contexte de l'affaire *DS Construction*, l'invocation de la clause de la nation la plus favorisée ne viserait qu'à combler une lacune du système mis en place dans le cadre l'Organisation de la coopération islamique, tandis que les investisseurs de l'affaire *Itisaluna* auraient cherché par l'invocation de la clause à écarter totalement le système de règlement des différends prévu par l'accord (« Paris Court of Appeal Addresses Constitution of Tribunal in OIC Investment Arbitration », *King & Spalding Client Alert*, 29 avril 2021, p. 3). Cela est exact mais cette distinction apparaît discutable si l'on retient, comme l'ont fait de nombreux tribunaux arbitraux d'investissement dans le prolongement de la décision *Maffezini*, que l'identification dans un accord d'investissement d'un mécanisme spécifique de règlement des différends constitue une limite absolue au jeu de la clause de la nation la plus favorisée en matière procédurale. Considérer qu'il y aurait dans le cadre de cette limite, un curseur permettant d'accepter que la clause de la nation la plus favorisée puisse produire des effets limités nous semble introduire un niveau de subtilité dont les effets pratiques apparaîtraient bien délicats à appréhender.

Dans la mesure où la clause de la nation la plus favorisée incorporée à l'article 8 de l'accord de l'OCI ne permet pas d'étendre ses effets en matière de règlement des différends, il n'est pas possible à *DS Construction* d'invoquer le bénéfice du règlement

d'arbitrage de la CNUDCI pour assurer la désignation d'un arbitre par le secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage en lieu et place de la Libye. Dès lors, et fort classiquement, la Cour d'appel ne peut que constater l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral dont l'un des membres a été désigné par une autorité incompétente. Comme le fit la Cour internationale de Justice dans l'avis relatif à l'*interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, la constitution d'un tribunal arbitral (ou d'une commission mixte d'arbitrage dans le contexte de l'avis) sera empêchée si le traité qui en organise la création ne prévoit pas de mécanisme efficace permettant de dépasser le défaut d'une autorité de nomination. En l'espèce il s'agissait de conclure que « si l'une des parties ne désigne pas de représentant à une commission prévue par les traités de paix avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, alors qu'elle est tenue d'en désigner un, le Secrétaire général des Nations Unies n'est pas autorisé à désigner le tiers membre de la commission sur la demande de l'autre partie au différend » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*), avis consultatif du 18 juillet 1950, *CIJ Rec. 1950*, p. 230).

Jeremy Jourdan-Marques affirmait que « [l']annulation de la sentence arbitrale dans l'affaire *DS Construction c. Libye* [...] devrait faire grand bruit » (Jérémy Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage – Où va le contrôle étatique de l'arbitrage international », *Dalloz Actualité*, 30 avril 2021), l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ne semble pourtant pas avoir reçu toute l'attention qu'il mérite.

JULIEN CAZALA

CE, 2^{ème} et 7^{ème} ch. réunies, 9 juillet 2021, n° 448707, publié au *Rec. Lebon*

[Asile — Conditions d'octroi de la protection subsidiaire — Violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international / Asylum — Conditions for Granting Subsidiary Protection – Indiscriminate Violence in Situations of International or Internal Armed Conflict]

« Vu la procédure suivante :

M. C... B... a demandé à la Cour nationale du droit d'asile d'annuler la décision du 12 novembre 2018 par laquelle le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) a rejeté sa demande d'asile et refusé de lui reconnaître la qualité de réfugié ou, à défaut, de lui accorder le bénéfice de la protection subsidiaire.

Par une décision n° 18054661, 19009476 du 28 octobre 2020, la Cour nationale du droit d'asile a rejeté la demande de récusation présentée par M. B... sur le fondement de l'article R. 733-27 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Par une décision n° 18054661 du 19 novembre 2020, la Cour nationale du droit d'asile a rejeté sa demande dirigée contre la décision du 12 novembre 2018 du directeur général de l'OFPRA.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 15 janvier, 13 avril et 15 juin 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. B... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler ces deux décisions ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions présentées devant la Cour nationale du droit d'asile ;

3°) de mettre à la charge de l'OFPPA la somme de 3 500 euros à verser à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, son avocat, au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative et 37 de la loi du 10 juillet 1991.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et le protocole signé à New York le 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés ;

- la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011 ;

- le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

- la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

- le code de justice administrative ;

[...]

Considérant ce qui suit :

[...]

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que par une décision du 12 novembre 2018, le directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPPA) a refusé de faire droit à la demande de M. B..., de nationalité afghane, tendant à ce que lui soit reconnu le statut de réfugié ou, à défaut, accordé le bénéfice de la protection subsidiaire. Par une décision du 28 octobre 2020, la Cour nationale du droit d'asile a rejeté la demande présentée par M. B... tendant à la récusation de Mme D... A..., membre de la grande formation de jugement chargée de statuer sur son recours contre cette décision. Par une décision du 19 novembre 2019, la grande formation de la Cour nationale du droit d'asile a rejeté sa demande d'annulation de la décision du 12 novembre 2018 du directeur général de l'OFPPA. M. B... se pourvoit en cassation contre ces décisions.

[...]

Sur le bénéfice de la protection subsidiaire :

9. Aux termes de l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, devenu l'article L. 512-1 : "Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes :/ (...) c) S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international".

10. Il résulte de ces dispositions que l'existence d'une menace grave, directe et individuelle contre la vie ou la personne d'un demandeur de la protection subsidiaire n'est pas subordonnée à la condition qu'il rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle dès lors que le degré de violence généralisée caractérisant le conflit armé atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays ou la région concernés courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire, un risque réel de subir ces menaces. Le bénéfice de la protection subsidiaire peut aussi résulter, dans le cas où la région que l'intéressé a vocation à rejoindre ne connaît pas une telle violence, de la circonstance qu'il ne peut s'y rendre sans nécessairement traverser une zone au sein de laquelle le degré de violence résultant de la situation de conflit armé est tel qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé se trouverait exposé, du seul fait de son passage, même temporaire, dans la zone en cause, à une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne.

11. Par ailleurs, il résulte de ces mêmes dispositions, qui assurent la transposition de l'article 15, sous c), de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la

protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 juin 2021, CF, DN c/ Bundesrepublik Deutschland (C-901/19), que la constatation de l'existence d'une telle menace ne saurait être subordonnée à la condition que le rapport entre le nombre de victimes dans la zone concernée et le nombre total d'individus que compte la population de cette zone atteint un seuil déterminé mais exige une prise en compte globale de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment de celles qui caractérisent la situation du pays d'origine du demandeur, par exemple, outre des critères quantitatifs relatifs au nombre de victimes, l'intensité des affrontements armés, le niveau d'organisation des forces armées en présence, la durée du conflit, l'étendue géographique de la situation de violence, ou l'agression éventuellement intentionnelle contre des civils exercée par les belligérants.

12. Il ressort des énonciations de la décision attaquée et des pièces de la procédure que pour analyser la situation sécuritaire en Afghanistan, à Kaboul, zone par laquelle M. B... doit transiter, et dans la province d'Hérat, région qu'il a vocation à rejoindre, la Cour s'est fondée sur des rapports et documents librement accessibles au public, émanant notamment d'organisations et missions des Nations Unies, du Bureau européen d'appui en matière d'asile et d'organisations non gouvernementales. S'agissant de la situation prévalant à la date de sa décision en Afghanistan, elle a souligné la baisse relative du nombre de victimes et d'incidents sécuritaires, tout en admettant le caractère volatile de la situation, et le retour dans le pays de nombreuses personnes. Elle a également relevé que dans certaines provinces, il n'était pas observé de combats ouverts ou d'affrontements persistants ou ininterrompus, mais des incidents dont l'ampleur et l'intensité de la violence sont largement moindres que dans les provinces où se déroulent des combats ouverts, que la typologie et l'ampleur des violences dans les villes était différente de celle observée dans les zones rurales et que, plus généralement, la situation sécuritaire était marquée par de fortes différences régionales en termes de niveau ou d'étendue de la violence et d'impact du conflit sévissant dans ce pays. En ce qui concerne la situation à Kaboul, la Cour a notamment constaté la forte croissance démographique et urbaine de cette ville, l'absence de combats ouverts et la circonstance que les civils ne constituent pas les principales cibles des groupes insurgés à Kaboul, ainsi que la diminution relative du nombre de victimes et le flux de personnes venant s'y réfugier. Quant à la situation à Hérat, si la Cour a admis le caractère hautement stratégique de cette province, elle a pris en compte le nombre de victimes, d'incidents et de personnes déplacées ou de retour dans la province ainsi que les méthodes employées, l'intensité des combats et les cibles privilégiées. En jugeant, au vu des appréciations souveraines ainsi portées et exemptes de dénaturation, qu'à la date de sa décision, si la situation sécuritaire prévalant dans ces différentes zones se traduisait par un niveau significatif de violence, elle ne se caractérisait pas par un niveau de violence susceptible de s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle de nature à permettre de bénéficier de l'application des dispositions du c) de l'article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la Cour n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce.

13. Il résulte de tout ce qui précède que M. B... n'est pas fondé à demander l'annulation des décisions attaquées.

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'OFPRA qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE

Article 1^{er} : Le pourvoi de M. B... est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. C... B... et à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. »

Comment apprécier l'intensité de la violence due à un conflit armé ?

La Cour nationale du droit d'asile (CNDA) s'est très solennellement saisie de cette question avec la double ambition de mettre fin, d'une part, à l'une des difficultés suscitées par l'application de l'article L. 512-1, 3° (dit PS, 3) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda) et ce faisant, d'autre part, à sa position relative à la situation sécuritaire de Kaboul (CNDA, GF, 19 novembre 2020, n°190009476 R). Sa décision avait été bien mal accueillie au sein même de la juridiction (J. Bénézit, *Le Monde*, 13 janvier 2021, « Le revirement de la Cour nationale du droit d'asile à propos des Afghans critiqués ») comme dans les milieux académiques (voir les tribunes publiées dans *Le Monde* du 28 novembre 2020, « Droit d'asile : La France aligne sa jurisprudence sur celle d'autres Etats européens pour expulser les Afghans » et du 3 mai 2021 « Comment est évaluée la dangerosité des situations pour les personnes demandeuses d'asile ? »). Saisi d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat a ainsi rendu le 9 juillet 2021 un arrêt attendu. L'enjeu est important : l'Afghanistan est depuis 2018 le premier pays d'origine des demandes d'asile en France (OFPRA, *Rapports annuels*). En l'espèce, M. Moradi, de nationalité afghane et d'origine ethnique Hazara – une minorité particulièrement visée par les talibans – demandait l'annulation de la décision de la CNDA qui lui refuse une protection internationale. Son pourvoi est rejeté. Le Conseil valide ainsi la position de principe adoptée par le juge de l'asile et son application d'espèce qu'il juge exempte d'erreur de qualification juridique (là où il ne contrôlait auparavant que la dénaturaison des faits). La Cour a notamment estimé, à bon droit selon le Conseil d'Etat, que ni la province d'Herat – province d'origine du requérant – ni la ville de Kaboul, ne connaissent un niveau de violence tel que la vie ou la personne de tout civil y serait menacée. Echouant à convaincre de l'existence d'éléments propres à sa situation personnelle, le demandeur est en définitive privé d'une protection internationale.

L'apport essentiel de la décision réside dans la méthodologie à appliquer pour apprécier les craintes des demandeurs d'asile qui, faute de pouvoir être protégés en tant que réfugié sur le fondement de la convention de Genève, invoquent un risque pour leur vie ou leur personne en raison du conflit armé qui sévit dans leur pays d'origine. L'article L. 512-1, 3° du Ceseda dispose en effet que :

« Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié et pour laquelle il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle courrait dans son pays un risque réel de subir l'une des atteintes graves suivantes [...] 3) S'agissant d'un civil, une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle et résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ».

Craintes en cas de retour et fuite d'un conflit armé. – Cette disposition est la transposition de l'article 15, c) de la directive dite « Qualification » du 10 décembre 2003 (refondue par celle du 13 décembre 2011). L'Union européenne a effet choisi de créer un fondement de protection spécifique, distinct de la convention de Genève relative au statut de réfugié, des personnes fuyant les conflits armés ou, plutôt, des personnes qui craignent de retourner dans leur pays d'origine en proie à un conflit armé. La nuance est importante. Alors que dans d'autres régions du monde, le seul fait de fuir la guerre permet d'être reconnu réfugié, l'Union européenne choisit de protéger, parmi les exilés de la guerre, uniquement les civils *sur qui pèsent un risque en cas de retour dans le pays d'origine*.

La seule appartenance à une population fuyant un conflit armé ne suffisant pas à l'obtention d'une protection internationale, ce n'est pas la qualification d'une situation en tant que conflit armé qui importe mais l'appréciation du bien-fondé des craintes exprimées par un demandeur d'asile de subir les conséquences de celui-ci s'il devait rentrer dans son pays d'origine. En d'autres termes, l'essentiel réside dans l'intensité de la violence dû au conflit armé, laquelle permet de mesurer la réalité du risque d'atteinte à la vie ou la personne. À cet égard, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a tenu à souligner l'autonomie du droit de l'asile par rapport au droit humanitaire en estimant que l'application de la PS, 3 est indépendante de l'existence d'un conflit armé au sens de celui-ci si bien qu'« il n'est pas nécessaire, lors de l'examen d'une demande de protection subsidiaire, de procéder à une appréciation spécifique de l'intensité de ces affrontements en vue de déterminer, indépendamment de l'évaluation du degré de violence qui en résulte, si la condition tenant à l'existence d'un conflit armé est satisfaite » (CJUE, 30 janvier 2014, aff. C-285/12, *Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, par. 32).

Intensité de la violence. – La même juridiction a par ailleurs corrigé les maladresses rédactionnelles de l'article 15, c) de la directive « Qualification » qui demande d'apprécier des menaces « individuelles » suscitées par une « violence qui peut s'étendre à des personnes sans considération de leur situation personnelle » en estimant que « le terme "individuel" doit être compris comme couvrant des atteintes dirigées contre des civils sans considération de leur identité, lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours [...] atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs [...] de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné [courrait], du seul fait de sa présence sur le territoire de ceux-ci, un risque réel de subir les menaces graves [...] » (CJCE, 17 février 2009, *Elgafaji*, aff. C-465/07, par. 35 et repris ici au par. 10 de l'arrêt commenté). Elle réserve alors l'appréciation de l'existence de craintes personnelles aux autres types de menaces contre lesquelles la protection subsidiaire protège les personnes : la crainte de la peine de mort, d'une exécution ou d'un traitement ou d'une peine inhumains ou dégradants (fondements de protection transposés aux art. L. 512-1, 1° et 2° du *Ceseda*). Pour autant, l'aptitude éventuelle du demandeur « à démontrer qu'il est affecté spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle » reste évidemment pertinente pour démontrer l'existence d'un risque pour sa vie ou sa personne résultant de la violence d'un conflit armé et diminuera d'autant « le degré de violence requis pour qu'il puisse bénéficier » de la PS, 3.

Sur le fondement de ce dernier paragraphe – mais en méconnaissant la logique d'ensemble de l'arrêt – la CNDA avait alors estimé possible de distinguer trois types de violence. Les violences de « moyenne » et de « basse intensité » demandent une personnalisation du risque inversement proportionnel à leur degré d'intensité afin de conclure que tel demandeur est davantage menacé que n'importe lequel de ses compatriotes. Au contraire, lorsqu'une région connaît une violence dite de « haute intensité » tous les civils qui en sont originaires doivent être protégés sans avoir à démontrer une personnalisation de leurs craintes. Tel était précisément le cas de Kaboul, seul point d'entrée dans le pays depuis la France, si bien que tout civil dont la nationalité afghane était établie (et qui ne tombait pas sous le coup des clauses d'exclusion de la protection internationale) recevait asile en France, qu'elle que soit la situation dans sa région d'origine (CE, 16 octobre 2017, n°401585, *T.*).

C'est sur cette jurisprudence que les grandes formations de la Cour ont souhaité revenir afin d'apporter un peu de prévisibilité juridique. Le triptyque des degrés de la violence était en effet d'autant plus malaisé à appliquer qu'aucun critère de qualification n'était véritablement identifié et il commençait à être abandonné. La CNDA a ainsi consacré une nouvelle distinction entre deux catégories de violence : celle d'« intensité exceptionnelle » contre laquelle tout civil doit être protégé et celle qui n'atteint pas ce degré et qui appelle donc une personnalisation de la crainte. Surtout, la Cour a défini un *vade mecum* de l'appréciation de l'intensité de la violence fondé sur une approche globale de la situation prévalant dans la région en cause.

Appréciation de l'intensité de la violence : approche multifactorielle. – La Cour nationale du droit d'asile avait estimé que « le niveau de violence aveugle résultant d'une situation de conflit armé interne ou international, doit être évalué en prenant en compte un ensemble de critères quantitatifs et qualitatifs appréciés au vu des sources d'informations disponibles et pertinentes à la date de cette évaluation ». Elle énumère par la suite certains de ces critères :

« S'agissant des critères tant quantitatifs que qualitatifs, il y a lieu de prendre en compte, sur la base des informations disponibles et pertinentes, notamment, les parties au conflit et leurs forces militaires respectives, les méthodes ou tactiques de guerre employées, les types d'armes utilisées, l'étendue géographique et la durée des combats, le nombre d'incidents liés au conflit, y compris leur localisation, leur fréquence et leur intensité par rapport à la population locale ainsi que les méthodes utilisées par les parties au conflit et leurs cibles, l'étendue géographique de la situation de violence, le nombre de victimes civiles, y compris celles qui ont été blessées en raison des combats, au regard de la population nationale et dans les zones géographiques pertinentes telles que la ville, la province ou la région, administrative, les déplacements provoqués par le conflit, la sécurité des voies de circulation internes. Il doit également être tenu compte des violations des droits de l'homme, de l'accès aux services publics de base, aux soins de santé et à l'éducation, de la capacité des autorités de contrôler la situation du pays et de protéger les civils y compris les minorités, de l'aide ou de l'assistance fournie par des organisations internationales, de la situation des personnes déplacées à leur retour et du nombre de retours volontaires ».

On retrouve ici inévitablement des éléments également mobilisés par le droit humanitaire (type d'armes utilisées, étendue du conflit, nombre de victimes, nombre d'incidents liés au conflit), déjà présent de la jurisprudence antérieure de la Cour et d'autres qui les dépassent en prenant en compte, de manière réaliste, la diversité des conséquences résultant d'un conflit armé qu'elles soient ou non directement liées aux actes de violence (violation des droits de l'homme, accès aux services publics de base, aux soins de santé et à l'éducation). L'essentiel est la prise en compte de ces éléments dits « qualitatifs », en plus des seuls éléments « quantitatifs », même si on hésite parfois sur la qualification de tel ou tel critère. Certains Etats membres estiment en effet que l'évaluation du risque ne peut être que mathématique, qu'il ne peut être déduit que du pourcentage du nombre de victimes par rapport à la population totale de la région en question. C'est par exemple ainsi que la Cour administrative fédérale allemande a jugé qu'une probabilité d'être victime (décès ou blessure) du conflit de 0,12 % par an ne permet pas d'obtenir le bénéfice de la protection subsidiaire. Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a estimé ce type d'évaluation contraire à la directive « Qualification » (CJUE, 10 juin 2021, *CF*,

DN c/ Bundesrepublik Deutschland, C-901/19). Selon elle, l'intensité de la violence doit être appréciée au moyen « d'une prise en compte globale de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment de celles qui caractérisent la situation du pays d'origine du demandeur ». Et la Cour de citer, outre le niveau d'organisation des forces armées, la durée du conflit, son étendue géographique et les cas d'« agression éventuellement intentionnelle contre des civils exercée par les belligérants » (*ibid.*, par. 43). Les grandes formations de la CNDA ont donc devancé sur ce point le juge européen si bien que le Conseil d'Etat, qui statuait après l'arrêt de celui-ci, pouvait difficilement contredire celle-là. On verra toutefois qu'il ne fait pas tout à fait sien l'ensemble des critères retenus par la CNDA. Pour l'instant, il est aussi possible de noter que cette méthode est semblable à celle du juge européen des droits de l'homme lorsqu'il apprécie le risque de violation de l'article 3 de la convention du fait de l'éloignement d'un étranger vers un pays en guerre. Cette convergence des jurisprudences est certes heureuse mais elle n'en est pas moins symptomatique du décalage, induit par l'obligation faite aux autorités de l'asile de nécessairement apprécier des craintes en cas de retour dans des contextes qui sont pourtant à l'origine des flux les plus importants de personnes, entre le besoin de protection internationale que ces derniers manifestent et la possibilité d'obtenir l'asile. À ce titre, pour appuyer sa conclusion, la Cour ne manque pas de renvoyer à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme estimant que le renvoi d'un afghan à Kaboul ne l'exposait pas, en soit, à un risque de mauvais traitements (Cour EDH, 25 février 2020, *ASN et al. c. Pays-Bas*, n°68377/17).

Poids des sources géopolitiques. – Quelle que soit la méthode appliquée, la difficulté principale, en cette matière comme en droit humanitaire, réside dans l'existence et la récolte d'informations pertinentes, l'objectivité et la diversité de leurs sources. Le Conseil d'Etat souligne à cet égard qu'aux fins de l'analyse de la situation sécuritaire, la CNDA « s'est fondée sur des rapports et documents librement accessibles au public, notamment d'organisations et missions des Nations Unies, du Bureau européen d'appui en matière d'asile et d'organisations non gouvernementales » (par. 12). Il faut dire que les grandes formations avaient pris soin d'asseoir leur raisonnement sur ce point. En renvoyant aux exigences des directives « Qualification » et « Procédures », elle consacre un paragraphe entier de sa décision à cette problématique et explique « s'appuyer sur différentes sources d'information sur les pays d'origine émanant, notamment, des organisations internationales et intergouvernementales, des organisations non gouvernementales, des institutions gouvernementales ou juridictionnelles, des organismes législatifs et administratifs ou encore des sources médiatiques ou académiques » (CNDA, préc., par. 11). Pour estimer que la région d'origine du requérant et Kaboul ne sont plus le théâtre d'une violence telle que tout civil y court un risque contre sa vie ou sa liberté, elle s'appuie ainsi essentiellement sur des rapports du Bureau européen d'appui en matière d'asile (BEAA/EASO), d'agences onusiennes (*United Nations Assistance Mission in Afghanistan*) et américaine (*United States Agency for International Development*). Ce recours à des données d'agences internationales ou gouvernementales, sans se référer à « aucun article scientifique » a été critiqué par des chercheurs dans une des tribunes précitées dont les auteurs soulignent les biais et les difficultés rencontrées dans la récolte de ces informations estimant notamment que les pertes civiles sont ainsi sous-estimées et allant jusqu'à douter du sérieux, voire de l'objectivité, du Centre de recherche et de documentation (Ceredoc), l'organe de la Cour chargé de la veille géopolitique et juridique. Sans entrer dans ce dernier débat (qui s'est traduit au sein du prétoire par une demande de récusation d'un membre de

la formation de jugement, ancienne cheffe du Ceredoc), il relève de l'évidence que les données factuelles doivent être appréciées avec la plus grande circonspection et un recul certain. Comme l'écrit la rapporteur public, l'évaluation de l'intensité de la violence « repose exclusivement sur des données de seconde main, recensées certes par des organismes indépendants et réputés fiables mais dans des conditions qui ne permettent pas d'être tout à fait certain de leur complétude et de leur actualité s'agissant de conflits armés nécessairement très évolutifs ». La conscience de cette imprécision devrait ainsi conduire à la plus grande précaution dans le processus de qualification de faits préalablement établis sur une base aussi fragile. C'est d'ailleurs cet aspect, autant que la volonté de bénéficier d'une prise pour contrôler le poids respectif des différents éléments pris en compte qui a présidé le choix du Conseil d'Etat de resserrer son contrôle en optant en faveur de celui de l'erreur de qualification. On l'a dit : il n'en trouvera pas dans celle opérée en l'espèce par la Cour.

Application des critères. – À lire la décision, on peine toutefois à être convaincu du fait que le juge du fond ait réellement suivi le mode d'emploi qu'il vient de retenir. Ce ne sont pas tant les conclusions que la Cour tire des différents éléments énumérés qui interpellent que la nature de ceux-ci.

Quant au premier aspect, chacun pourra en effet estimer s'il est raisonnable ou non, s'agissant de Kaboul, de noter qu'« un grand nombre » des attentats perpétrés le sont « sans tenir compte de possibles dommages collatéraux parmi les civils » pour ensuite conclure qu'« il est manifeste que les civils ne constituent pas les principales cibles des groupes insurgés », tout en soulignant que, malgré une diminution de 16% de victimes civiles entre 2018 et 2019, ce sont pas moins de 1563 civils qui ont été victimes du conflit. Chacun pourra également estimer contestable ou non, au regard des 2,6 millions de réfugiés afghans et 550 000 déplacés internes en 2020 (HCR, *Global Trends*, 2020 et *Position on returns to Afghanistan*, August 2021), d'estimer que Kaboul « s'avère être un refuge pour les civils qui fuient les violences dans les autres provinces et districts du pays » immédiatement après avoir reconnu que « le nombre de personnes déplacées en raison du conflit vivant à Kaboul n'est pas connu avec exactitude » (CNDA, par. 14). D'aucuns pourront enfin s'étonner de ce que la Cour revendique de s'appuyer sur les informations les plus fraîches plutôt que de se fonder sur le temps long afin de déterminer la signification réelle d'une hausse ou d'une baisse du nombre de victimes. La volatilité bien connue des conflits armés – dont l'été 2021 a précisément offert une édifiante illustration en Afghanistan – ne doit-elle pas nécessairement être prise en compte dans l'appréciation de craintes futures et conduire à relativiser la signification de la diminution du pourcentage de victimes ? Y a-t-il par exemple vraiment un sens à relever que « le conflit en Afghanistan reste l'un des plus mortels pour les civils » en continuant ainsi : « toutefois le nombre de victimes civiles s'élève entre le 1^{er} janvier et le 30 septembre 2020 à 5939 (3822 blessés et 2117 morts) soit une diminution de 30% au regard de la même période en 2019 et le plus faible nombre de victimes civiles dans les neuf premiers de l'année depuis 2012 » (*ibid.*, par. 13) ?

Or, quant au second aspect, c'est l'absence de certains éléments dits « qualitatifs » qui frappe. Il est certes bien fait mention des méthodes de combats, de l'étendue du conflit mais, d'une part, ce sont là des éléments que la Cour a toujours pris en compte et, d'autre part, la Cour oublie d'apprécier les conditions « d'accès aux services publics de base, aux soins de santé et à l'éducation ». En définitive, au regard du poids accordé aux données

quantitatives, la décision de la CNDA ne diffère pas réellement de celles de ses homologues européens qui se fondent sur un pourcentage prédéfini de victimes. Sans prise en compte des autres éléments pourtant annoncés, la « déclassification » de Kaboul semble causée par le fait que le degré de la violence est tombé en deçà d'un certain seuil. Or, c'était précisément tout l'intérêt de panacher l'appréciation de la violence avec des éléments de cette nature. Ils permettent, en somme, d'avoir une compréhension, certes plus large, mais aussi plus réaliste des formes de la violence qu'il engendre. Si le Conseil ne s'y arrête pas, c'est probablement que la Cour est allée plus loin que ce que la CJUE a imposé par la suite. C'est en effet la rédaction et les éléments cités « notamment » par le juge européen que le Conseil d'Etat préfère à celle proposée par la CNDA :

« la constatation de l'existence d'une telle menace ne saurait être subordonnée à la condition que le rapport entre le nombre de victimes dans la zone concernée et le nombre total d'individus que compte la population de cette zone atteint un seuil déterminé mais exige une prise en compte globale de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment de celles qui caractérisent la situation du pays d'origine du demandeur, par exemple, outre des critères quantitatifs relatifs au nombre de victimes, l'intensité des affrontements armés, le niveau d'organisation des forces armées en présence, la durée du conflit, l'étendue géographique de la situation de violence, ou l'agression éventuellement intentionnelle contre des civils exercée par les belligérants ».

C'est ce paragraphe qui est dorénavant repris par la Cour, notamment lorsqu'elle nie l'existence d'un conflit armé sur le territoire afghan depuis la prise des pouvoirs des talibans ; c'est dire si « les conditions d'accès aux services publics de base, aux soins de santé et à l'éducation » sont dorénavant oubliées. Ainsi supplanté par la position de la CJUE, la décision des grandes formations restera mémorable uniquement pour être celle par laquelle Kaboul a été retiré des zones connaissant une violence aveugle d'intensité exceptionnelle deux jours après l'annonce du retrait des troupes américaines.

ALEXIS MARIE

Cass. crim., 28 juillet 2021, n° 20-81.553

[« Biens mal acquis » — Immunité de juridiction pénale — Immunité personnelle — Vice-Président de la République en exercice — Coutume internationale — Ordonnance en indication de mesures conservatoires (CIJ) — Inviolabilité des locaux de la mission diplomatique / « Ill-Gotten Gains » — Immunity from Criminal Jurisdiction — « Personal » Immunity — Current Vice-President of the Republic — International Custom — Provisional Measures Order (ICJ) — Inviolability of Diplomatic Mission's Premises]

« M. [F] [K] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, chambre 5-12, en date du 10 février 2020, qui, pour blanchiment, l'a condamné à trois ans d'emprisonnement avec sursis, à 30 000 000 euros d'amende et a ordonné une mesure de confiscation.

Des mémoires, en demande et en défense, ont été produits.

Sur le rapport de Mme Planchon, conseiller, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. [F] [K], les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de l'association transparency international France, et les conclusions de Mme Mathieu, avocat général, après l'intervention de Mme l'avocat général, la parole a été à nouveau donnée aux

avocats présents et en dernier lieu à l'avocat du demandeur, après débats en l'audience publique du 16 juin 2021 où étaient présents M.Soulard, président, Mme Planchon, conseiller rapporteur, Mme de la Lance, conseiller de la chambre, et Mme Coste-Floret, greffier de chambre,

la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.

2. L'association Transparency international France a porté plainte et s'est constituée partie civile le 2 décembre 2008 aux fins de dénoncer des faits de recel de détournement de fonds publics mettant en cause, notamment, M. [F] [K], fils du président de l'Etat de Guinée équatoriale, exerçant les fonctions de ministre de l'agriculture et des forêts.

3. L'enquête préliminaire a établi l'existence en France d'un patrimoine important appartenant à la famille [K] acquis à l'aide de fonds provenant de plusieurs sociétés de droit guinéen, et notamment, de la société Somagui forestal, société d'exploitation forestière domiciliée en Guinée équatoriale.

4. Le 4 juillet 2011, une information a été ouverte des chefs de complicité de détournement de fonds publics, d'abus de biens sociaux, de recel et complicité de ce délit, d'abus de confiance, de blanchiment et de complicité de ce délit, et le procureur national financier s'est saisi du dossier.

5. M. [K], ministre de l'agriculture et des forêts à l'époque des faits, a été nommé par son père le 21 mai 2012, deuxième vice-président de la République en charge de la défense et de la sécurité, puis, le 21 juin 2016, premier vice-président de la République en charge de la défense et de la sécurité.

6. La procédure d'information a permis d'établir qu'il a dépensé une somme totale de 158 639 322 euros, notamment, pour acquérir des biens mobiliers et immobiliers de luxe et payer diverses prestations d'entretien de ces biens et de personnel, les paiements ayant été effectués à l'aide de fonds provenant du Trésor public guinéen ainsi que des sociétés Somagui forestal, Socage, Edum, Foch services et Ganesha holding.

7. A l'issue de l'information, M. [K] a été renvoyé devant le tribunal correctionnel par ordonnance en date du 2 décembre 2016 du chef de blanchiment pour avoir à Paris et sur le territoire national, courant 1997 et jusqu'au mois d'octobre 2011, apporté son concours à des opérations d'investissements cachés ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit, en l'occurrence des délits d'abus de biens sociaux, détournement de fonds publics, abus de confiance et corruption, en acquérant plusieurs biens mobiliers et immobiliers et en procédant au paiement de plusieurs prestations de service, notamment par le biais des fonds de diverses sociétés.

8. Par jugement en date du 27 octobre 2017 le tribunal correctionnel, après avoir déclaré irrecevable l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, et refusé de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la Cour internationale de justice relative au statut du bien immobilier situé [Adresse 1], a déclaré le prévenu coupable du chef de blanchiment et l'a condamné à trois ans d'emprisonnement avec sursis, 30 000 000 euros d'amende avec sursis et a ordonné la confiscation de biens immobiliers et mobiliers.

9. Le prévenu a interjeté appel de cette décision.

Examen des moyens

Sur le deuxième moyen et sur le quatrième moyen, pris en sa cinquième branche

10. Ils ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi au sens de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

11. *Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a rejeté l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi tirée de l'immunité de juridiction pénale et a condamné pénalement M. [K], alors « qu'il se déduit de l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2020 dans l'affaire dite du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, à ce jour non démenti, et de la pratique des juridictions internationales, que l'immunité de juridiction pénale accordée à certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat n'est pas limitée aux chef de l'Etat, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères mais bénéficie à ceux qui, à l'instar du chef de l'Etat, exercent des fonctions de nature régaliennne, de représentation internationale, et se voient reconnaître la qualité de représenter cet Etat dans l'ordre international du seul fait de l'exercice de la fonction et pour toute la durée de leur exercice ; que cette immunité personnelle vaut pour quelque acte que ce soit, commis pendant ou avant l'entrée dans les fonctions, en lien ou non avec l'exercice par l'Etat de sa souveraineté ; qu'en raison de son rang et de ses fonctions, le vice-président en exercice de la Guinée équatoriale chargé de la défense nationale et de la sécurité de l'Etat, dispose d'une telle immunité ; qu'en refusant d'en faire bénéficier M. [K], titulaire actuel desdites fonctions, la cour d'appel a violé les principes de droit international relatifs à l'immunité de juridiction des Etats étrangers et excédé ses pouvoirs. »*

Réponse de la Cour

12. *Pour rejeter l'exception de nullité de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel prise de l'existence d'une immunité de juridiction dont bénéficierait le prévenu, l'arrêt attaqué énonce que, par son arrêt du 15 décembre 2015, la Cour de cassation lui a refusé le bénéfice de cette immunité alors qu'il occupait à l'époque les fonctions de second vice-président de la République en charge des questions de sécurité et de défense, en constatant, d'une part, que ces fonctions ne sont pas celles de chef d'Etat, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères, d'autre part, qu'il a commis l'ensemble des infractions qui lui sont reprochées, à les supposer établies, à des fins personnelles à l'époque où il exerçait les fonctions de ministre de l'agriculture et des forêts.*

13. *Les juges ajoutent qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause cette décision qui, d'une part, dit le droit concernant la définition juridique des actes poursuivis et constate l'absence d'immunité pour le prévenu en sa qualité de second vice-président de la République de l'Etat de Guinée équatoriale, d'autre part, n'est pas invalidée par un acte juridique ou un fait qui serait survenu ou aurait été porté à la connaissance de la Cour depuis le prononcé de l'arrêt susvisé.*

14. *Ils rappellent que le prévenu soutient, d'une part, qu'en vertu des arrêts de la Cour internationale de justice (CIJ), l'immunité de juridiction s'applique aux personnes occupant un rang élevé au sein de l'Etat et, notamment, aux « fonctions régaliennes de représentation internationale », ce qui est son cas, d'autre part, que la Cour de cassation n'ayant pas statué, dans sa décision du 15 décembre 2015, sur sa situation actuelle de premier vice-président, fonctions auxquelles il a été nommé postérieurement à l'arrêt, il y a lieu de lui octroyer le bénéfice de cette immunité.*

15. *Les juges retiennent que le droit coutumier et la coutume internationale ont instauré la règle non écrite de l'immunité des chefs d'Etat, que le statut des « personnes occupant un rang élevé au sein de l'Etat » n'est pas légalement ou conventionnellement défini, et que seule la jurisprudence définit la norme juridique applicable à cette catégorie de personnes, la décision pertinente étant l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 qui énonce au point 51 « qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction ».*

16. *Ils relèvent qu'il résulte de cette décision ainsi que de la jurisprudence de la Cour de cassation, un fait juridique constant selon lequel si l'immunité de juridiction peut être reconnue aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat concerné, elle ne peut être accordée pour l'avantage personnel de celui qui la revendique et / ou pour d'autres actes qui*

ne relèvent pas de la souveraineté de l'Etat concerné, qu'il est également établi que, formellement, hormis le chef de l'Etat, seuls les chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères sont à ce jour expressément mentionnés par la CIJ comme pouvant bénéficier de cette immunité.

17. La cour d'appel énonce qu'en l'espèce, les actes poursuivis ne peuvent se rattacher à la catégorie de ceux relevant de la souveraineté de l'Etat de Guinée équatoriale, que du point de vue de la CIJ comme de la Cour de cassation, les actes de la vie courante et la constitution d'un patrimoine immobilier par une personne qui, à l'époque de ces acquisitions, ne pouvait pas revendiquer une autre qualité ministérielle que celle de ministre de l'agriculture et des forêts, ne sont pas compris dans les actes de nature à faire bénéficier leur auteur de l'immunité de juridiction, et qu'en 2013 et 2014, selon les sources ouvertes accessibles à tous, lors des travaux de la sixième commission de l'assemblée générale des Nations unies, une majorité d'Etats s'est prononcée en faveur d'une limitation de l'immunité aux trois fonctions de chef de l'Etat, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères.

18. Elle relève que, selon la loi constitutionnelle, la République de Guinée équatoriale est un pays dont le président, père du prévenu, qui exerce la plénitude du pouvoir exécutif en application de l'article 33 de la loi fondamentale, est à la fois chef de l'Etat et du gouvernement et dispose de la faculté constitutionnelle de déléguer certains de ses pouvoirs constitutionnels.

19. En prononçant par ces motifs, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les principes de droit international invoqués.

20. En effet, les fonctions exercées par le demandeur tant à l'époque de la commission des faits, en l'occurrence ministre de l'agriculture et des forêts, que depuis 2011, en l'espèce, second puis premier vice-président de la République en charge de la sécurité et de la défense, ne correspondent pas aux fonctions régaliennes de représentation internationale reconnues par la coutume internationale que sont celles de chef d'Etat, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères.

21. Il s'ensuit que le moyen doit être écarté.

Sur le troisième moyen et sur le quatrième moyen pris, en ses quatre premières branches

(...)

Sur le cinquième moyen

Enoncé du moyen

41. Le moyen critique l'arrêt en ce qu'il a refusé le renvoi de l'affaire et ordonné la confiscation de l'ensemble immobilier désigné au dispositif et des biens meubles s'y trouvant qui y avaient été saisis, alors « que chaque membre des Nations unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de justice dans tout litige auquel il est partie ; que, dans l'affaire « immunités et procédures pénales » (Guinée équatoriale c. France), par une ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2016, la Cour internationale de justice a indiqué que, dans l'attente de sa décision finale, l'immeuble considéré, dont la Guinée équatoriale revendique la propriété et le statut diplomatique, devra « jouir d'un traitement équivalent à celui requis par l'article 22 de la Convention de Vienne, de manière à assurer son inviolabilité » ; que le prononcé de la peine de confiscation, en vertu duquel le bien est automatiquement dévolu à l'Etat, s'analyse en une mesure d'exécution prohibée par l'article 22 ; que la cour d'appel a violé les articles 94 de la Charte des Nations unies et 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. »

Réponse de la Cour

42. Le moyen est irrecevable dès lors que le demandeur est sans qualité pour contester la confiscation d'un bien dont il affirme qu'il ne lui appartient pas.

43. Par ailleurs, l'arrêt est régulier en la forme.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi »

La Cour de cassation a de nouveau été amenée à statuer sur l'affaire des « biens mal acquis » mettant en cause, devant les tribunaux français, le vice-président en exercice de la Guinée équatoriale M. Teodoro Nguema Obiang. Elle s'était déjà prononcée sur la validité de sa mise en examen dans un arrêt rendu le 15 décembre 2015 (Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 15-83156, cette *Revue*, 2016, p. 192, avec notre note), écartant à cette occasion l'immunité dont celui-ci se prévalait au titre des fonctions officielles qu'il exerçait. Elle se trouvait désormais saisie d'un pourvoi contre l'arrêt du 10 février 2020 par lequel la Cour d'appel de Paris, au terme des poursuites menées contre lui, avait déclaré M. Teodoro Nguema Obiang coupable des faits de blanchiment d'argent, confirmant par là une condamnation prononcée en première instance le 27 octobre 2017. Entretemps, les procédures françaises dirigées contre M. Obiang avaient donné lieu à des développements dans la sphère interétatique, la Guinée équatoriale ayant décidé de saisir la CIJ en juin 2016 d'un litige ayant trait à l'immunité de juridiction pénale de son vice-président ainsi qu'au statut juridique de l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris, que l'Etat guinéen présentait comme relevant des locaux de sa mission diplomatique, alors que les autorités françaises avaient pratiqué des mesures de perquisition en son sein, contestant pour leur part une telle qualification. A La Haye, plusieurs décisions furent rendues au cours de la procédure internationale. Par une ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2016, la CIJ décida que la France devait, dans l'attente d'une décision finale en l'affaire, accorder à l'immeuble du 42 avenue Foch un traitement équivalent à celui requis par l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de manière à assurer son inviolabilité (CIJ, ordonnance du 7 décembre 2016, *Immunités et procédures pénales*, Guinée équatoriale c. France, mesures conservatoires, cette *Revue*, 2017-1, p. 171, note P.-F. Laval). Puis, dans un arrêt rendu sur les exceptions préliminaires le 6 juin 2018, la Cour internationale se déclarait incompétente pour connaître des demandes portant sur l'immunité de juridiction pénale du vice-président guinéen mais acceptait de statuer au fond sur le statut de l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris (CIJ, arrêt du 6 juin 2018, *Immunités et procédures pénales*, Guinée équatoriale c. France, exceptions préliminaires, cette *Revue*, 2018-3, p. 703, note P.-F. Laval). Enfin, sur ce dernier point, elle concluait dans son arrêt du 11 décembre 2020 que l'immeuble du 42 avenue de Foch n'avait jamais acquis le statut de « locaux de la mission » de la République de Guinée équatoriale et que la France n'avait pas manqué à ses obligations au titre de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (CIJ, arrêt du 11 décembre 2020, *Immunités et procédures pénales*, Guinée équatoriale c. France, fond, cette *Revue*, 2021-1, p. 111, note A. Hermet). Cette dernière décision mettait un terme à l'instance devant la Cour internationale de Justice. La procédure interétatique initiée par la Guinée avait ainsi connu une issue favorable à la France au moment où, dans l'ordre interne français, la Cour de cassation était amenée à se pencher sur l'arrêt ayant confirmé la condamnation de M. Obiang pour des faits de blanchiment d'argent. Le pourvoi formé par le vice-président guinéen contre sa condamnation par la Cour d'appel de Paris interrogeait le droit international à plusieurs égards. Dans le cadre de la présente note, il sera plus particulièrement question des arguments fondés sur l'immunité de juridiction pénale et sur l'exécution de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires adoptée par la CIJ. La Cour de cassation était en effet invitée à se prononcer à nouveau sur les immunités coutumières dont bénéficierait Teodoro Nguema Obiang, ce dernier faisant valoir qu'il avait accédé à de nouvelles fonctions depuis l'arrêt rendu sur sa mise en examen le 15 décembre 2015, le fils du président de la Guinée équatoriale ayant été promu

le 21 juin 2016 du rang de deuxième vice-président en charge de la défense et de la sécurité au rang de premier vice-président en charge de la défense et de la sécurité. Par ailleurs, il était reproché à la Cour d'appel de Paris d'avoir décidé la confiscation de l'immeuble du 42 avenue Foch en méconnaissance de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la CIJ dans l'instance opposant la Guinée équatoriale à la France. Si, sur chacun de ces points, les moyens invoqués sont rejetés par la Cour de cassation, la motivation avancée dans l'arrêt partiellement reproduit ci-avant ne s'avère pas toujours d'une parfaite limpidité.

Les immunités coutumières de juridiction pénale des représentants de l'Etat. Sur ce point l'arrêt de la Cour d'appel de Paris faisant l'objet du pourvoi, tel qu'il rapporté par la Cour de cassation dans la décision commentée, avait déjà donné lieu à des formulations surprenantes. S'agissant de l'appréhension même de la coutume comme source de règles internationales, les juges d'appel s'étaient montrés assez peu à l'aise, usant de formules pas toujours opportunes. Par exemple, au sujet de l'arrêt d'appel, la Cour de cassation relève que « [I]es juges retiennent que le droit coutumier et la coutume internationale ont instauré la règle non écrite de l'immunité des chefs d'Etat, que le statut des « personnes occupant un rang élevé au sein de l'Etat » n'est pas légalement ou conventionnellement défini, et que seule la jurisprudence définit la norme juridique applicable à cette catégorie de personnes, la décision pertinente étant l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 » (§ 15). Sans s'attarder sur le caractère tautologique de l'expression « le droit coutumier et la coutume internationale », on peut s'interroger sur l'affirmation selon laquelle « le statut des « personnes occupant un rang élevé au sein de l'Etat » n'est pas légalement ou conventionnellement défini, et (...) seule la jurisprudence définit la norme juridique applicable à cette catégorie de personnes ». Ce n'est en effet pas seulement la jurisprudence qui définit les immunités de juridiction bénéficiant aux personnes occupant un rang élevé au sein de l'Etat, mais des règles internationales de nature coutumière, que la jurisprudence peut expliciter conformément au rôle de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit que lui reconnaît l'article 38 du Statut de la CIJ. Mais le fondement de ces immunités réside bien dans le droit coutumier qui en détermine le contenu, et non dans une décision de justice, fut-elle rendue par la CIJ. Et si ces immunités ne sont pas « conventionnellement » définies elles n'en sont pas moins juridiquement établies, des règles non écrites pouvant avoir la même autorité que des règles conventionnelles en droit international. Autre source de perplexité, la Cour de cassation rapporte que les juges d'appel « relèvent qu'il résulte de cette décision [*i.e.* l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002] ainsi que de la jurisprudence de la Cour de cassation, *un fait juridique constant* selon lequel si l'immunité de juridiction peut être reconnue aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'Etat concerné, elle ne peut être accordée pour l'avantage personnel de celui qui la revendique (...) » (§ 16, nos soulignés). Plutôt que d'affirmer qu'il résulterait de l'arrêt de 2002 de la CIJ et de la jurisprudence de la Cour de cassation un « fait juridique constant », ce dont on peine à comprendre précisément le sens, ne convenait-il pas de relever plus pertinemment qu'il résulte de la *pratique* des Etats, y compris celle de leurs juridictions internes, attestée par la jurisprudence internationale, non pas simplement un « fait » mais des « règles », de nature coutumière, qui confèrent une immunité de juridiction pénale à certains agents étatiques devant les tribunaux étrangers ? Quand il s'agit d'établir le contenu du droit international coutumier, pourquoi le juge français ne cherche pas à identifier la « pratique » et l'« *opinio juris* » des Etats, alors qu'il s'agit là des deux éléments bien connus de formation des coutumes internationales ?

S'agissant du contenu de ces immunités, l'arrêt d'appel faisant objet du pourvoi comme l'arrêt rendu par la Cour de cassation sont aussi sources de confusion. Pour commencer, on trouve trace dans le raisonnement de la Cour d'appel d'une assimilation de l'immunité reconnue aux agents étatiques à l'immunité garantie à l'Etat lui-même (voir les §§ 16 et 17 de l'arrêt commenté). Or, il a déjà été relevé dans le cadre de cette chronique qu'une telle assimilation s'avérait pour le moins discutable, en particulier en matière d'immunité de juridiction pénale (voir notamment notre note sous Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-80.511, cette *Revue*, 2021-1, p. 177 ; ainsi que la note de M. Cosnard sous Cass. crim., 19 janvier 2010, n° 09-84818, cette *Revue*, 2011, p. 593). Par ailleurs, les juges d'appel comme la Cour de cassation manquent d'expliquer et de préciser qu'il existe, en matière d'immunité de juridiction pénale des représentants étatiques étrangers, deux catégories différentes d'immunité : l'immunité personnelle, qui bénéficie selon la CIJ à « certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat » et qui couvre pendant l'exercice de leur mandat l'ensemble des actes accomplis par eux, tant à titre privé qu'à titre officiel, y compris ceux antérieurs aux fonctions ; mais aussi l'immunité matérielle, qui bénéficie à une catégorie plus large de représentants des Etats et ne couvre que les actes accomplis par eux à titre officiel (voir sur ce point les travaux de la CDI sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat, notamment : C. Escobar Hernández, *Sixième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat*, A/CN.4/722, 12 juin 2018). Or, dans le cas d'espèce, les juges d'appel comme la Cour de cassation raisonnent comme s'il n'existait point d'immunité de juridiction pénale en dehors de l'immunité personnelle réservée aux plus hauts dirigeants des Etats et ils en viennent à employer des formules qui, par leur généralité, s'avèrent bien excessives. La Cour de cassation rapporte ainsi qu'en ce qui concerne « l'immunité de juridiction » (de manière générale, et non la seule immunité personnelle), l'arrêt d'appel affirmait qu'il est « établi que, formellement, hormis le chef de l'Etat, seuls les chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères sont à ce jour expressément mentionnés par la CIJ comme pouvant bénéficier de cette immunité » (§ 16), ou encore que « lors des travaux de la sixième commission de l'assemblée générale des Nations unies, une majorité d'Etats s'est prononcée en faveur d'une limitation de l'immunité aux trois fonctions de chef de l'Etat, chef de gouvernement et ministre des affaires étrangères » (§ 17). Le raisonnement avancé par la Cour de cassation pour rejeter le moyen tiré de l'immunité de juridiction pénale appelle la même critique. Celle-ci relève que « [l]es fonctions exercées par le demandeur tant à l'époque de la commission des faits, en l'occurrence ministre de l'agriculture et des forêts, que depuis 2011 [sic], en l'espèce, second puis premier vice-président de la République en charge de la sécurité et de la défense, ne correspondent pas aux fonctions régaliennes de représentation internationale reconnues par la coutume internationale que sont celles de chef d'Etat, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères » (§ 20). L'affirmation s'avère confuse car elle ne fait pas la différence entre l'immunité matérielle dont M. Obiang peut se prévaloir au regard des fonctions de ministre de l'agriculture qu'il exerçait à l'époque de la commission des faits, d'une part, et l'immunité personnelle qu'il a revendiquée au regard de ses qualités officielles au moment des poursuites et de sa condamnation, d'autre part. Or, le critère appliqué en l'espèce par la Cour de cassation (déterminer si les fonctions du demandeur correspondent ou non à celle de chef d'Etat, de chef du gouvernement ou de ministre des affaires étrangères) ne s'avère pertinent qu'en ce qui concerne l'appréciation des conséquences pouvant être attachées, au titre de l'immunité personnelle,

aux fonctions exercées au moment des poursuites et de la condamnation, mais pas en ce qui concerne les conséquences attachées, au titre de l'immunité matérielle, aux fonctions exercées au moment de la commission des faits. Si les fonctions de vice-président en exercice peuvent, en l'espèce, être déclarées sans effet par la Cour de cassation au motif qu'elles ne correspondent pas à celles de chef d'Etat, de chef de gouvernement ou de ministre des affaires étrangères en exercice, c'est bien parce que la Cour de cassation considère que l'immunité personnelle est réservée à ces trois hauts représentants des Etats étrangers. Mais s'agissant des fonctions de ministre de l'agriculture exercées par M. Obiang au moment des faits, il est impertinent de relever, comme la Cour de cassation le fait, qu'elles ne correspondent pas aux trois fonctions qui confèrent une immunité personnelle, car elles pouvaient tout de même conférer à M. Obiang le bénéfice d'une immunité matérielle (couvrant les actes alors accomplis par lui à titre officiel). Si ses fonctions passées de ministre de l'agriculture ne lui permettent pas de se prévaloir valablement de l'immunité de juridiction en l'espèce, c'est parce que les faits qui sont reprochés à M. Obiang ont été accomplis à des fins personnelles (et non à titre officiel).

Reste que, si on se concentre sur l'immunité personnelle, le cas d'espèce questionnait à nouveau l'identification des bénéficiaires d'un tel privilège, en particulier le fait de savoir s'il y avait lieu d'en accorder le bénéfice à d'autres personnes occupant un rang élevé dans l'Etat que la triade explicitement mentionnée dans l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002. Dans son arrêt du 15 décembre 2015 rendue sur la mise en examen de M. Obiang, la Cour de cassation avait refusé d'élargir le cercle des bénéficiaires de cette immunité aux fonctions de second vice-président de la République en charge de la défense et de la sécurité. Dans l'arrêt commenté, elle applique la même solution à la qualité désormais revendiquée par M. Obiang de premier vice-président de la République en exercice en charge de la défense et de la sécurité. Se trouve ainsi confirmée une lecture restrictive de l'arrêt rendu par la CIJ en l'affaire du *Mandat d'arrêt*, excluant du champ des bénéficiaires de l'immunité personnelle les représentants étatiques autres que la triade « chef de l'Etat – chef de gouvernement – ministre des affaires étrangères » (voir à ce sujet la note précitée sous Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 15-83156).

Le respect par le juge national des ordonnances en indication de mesures conservatoires prononcées par la CIJ. Un autre argument avancé devant la Cour de cassation pourra retenir l'attention des internationalistes, moins pour la réponse que lui apporte la Cour que pour les questions qu'il soulevait. Par son cinquième pourvoi, le demandeur reprochait à la Cour d'appel de Paris d'avoir méconnu l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 7 décembre 2016 par laquelle la CIJ avait demandé à la France, dans l'attente d'une décision finale en l'affaire, d'accorder à l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris un traitement équivalent à celui requis par l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, de manière à assurer son inviolabilité. Or, l'arrêt d'appel adopté le 20 février 2020 alors que l'instance interétatique était pendante devant la CIJ, tout comme l'arrêt rendu en première instance par le tribunal correctionnel de Paris, avaient décidé de prononcer la confiscation de l'immeuble situé au 42 avenue Foch. Ces condamnations prononcées par les juridictions françaises soulevaient dès lors la question de leur compatibilité avec l'ordonnance en indication de mesures conservatoires de la CIJ, acte dont le caractère obligatoire est désormais solidement établi dans la jurisprudence internationale (CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand*, Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique).

Les juges français considéraient toutefois que les mesures conservatoires indiquées par la CIJ au sujet de l'immeuble sis au 42 avenue Foch rendaient impossibles « non pas le prononcé d'une peine de confiscation mais l'exécution par l'Etat français d'une telle mesure » (CIJ, arrêt du 11 décembre 2020 précité, spéc. § 36). L'affirmation aurait pu être discutée. On sait en effet que, *mutatis mutandis*, au sujet de l'inviolabilité due à un ministre des affaires étrangères en exercice, la CIJ a pu considérer que la simple édicition d'un mandat d'arrêt à son encontre, n'ayant pas donné lieu à exécution, s'analysait comme un fait internationalement illicite (CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, spéc. § 70). Dans l'instance opposant la Guinée équatoriale à la France, la question du respect par cette dernière de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires n'avait toutefois pas été examinée par la CIJ dans l'arrêt rendu au fond le 11 décembre 2020, alors que d'autres affaires ont vu la Cour de La Haye exercer un tel contrôle (CIJ, arrêt du 27 juin 2001 précité, spéc. §§ 44-45 ; CIJ, arrêt du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo c. Ouganda, spéc. §§ 262-265 ; CIJ, arrêt du 26 février 2007, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro, spéc. §§ 451-458). On observera à cet égard que la Guinée équatoriale n'avait pas formulé de demande en ce sens dans ses conclusions présentées devant la CIJ. La Cour de cassation, saisie pour sa part de la question, ne la tranchera pas cependant dans l'arrêt commenté, le moyen avancé à ce sujet par le demandeur étant rapidement rejeté comme irrecevable (§ 42). Du reste, il pourra être relevé que ce moyen avait perdu de sa pertinence depuis l'adoption par la CIJ de son arrêt au fond le 11 décembre 2020. Ce dernier mettait en effet un terme aux obligations découlant de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qui constituait une décision par nature provisoire s'imposant à la France uniquement « dans l'attente d'une décision finale en l'affaire ». Faute d'avoir été soulevés au bon moment devant le bon forum, les questionnements évoqués ci-avant resteront par conséquent sans réponse.

BAPTISTE TRANCHANT

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notules de

**Raphaël COSTA, Jean-Baptiste DUDANT, Victoria DHAISNE,
Cécile GOUBAULT-LARRECQ, Robert KOLB, Marie-Lee LUREL et Claire MERIC**

GORNIG (CAROLIN). – *Der Ukraine-Konflikt aus völkerrechtlicher Sicht*, 1 vol. broché de 533 p., 2020, Berlin (Duncker & Humblot), ISBN : 978-3-428-15893-5 12

Dans une thèse de doctorat très fouillée, Mme GORNIG nous offre un panorama à la fois général et approfondi du conflit qui sévit en Ukraine depuis quelques années. La thèse, publiée désormais en monographie, est écrite selon le style imposé pour ce type de sujet en Allemagne, à savoir le style d'avis juridique (« Gutachtenstil »). C'est dire que l'auteur doit examiner les divers aspects du conflit (ou de la question) en les subsumant aux normes applicables et ce en donnant à chaque fois une réponse la plus précise possible sur la situation juridique. Ce style compartimente un peu le flux de la démonstration et aboutit parfois à traiter dans de très brèves sections des questions d'importance mineure dans un cas donné (voire des aspects un peu tirés par les cheveux) ; mais il a l'avantage d'une très grande clarté de l'exposé et d'une insigne lisibilité du plan d'ensemble. En peu de mots, il est à la fois un peu scolastique et très limpide.

Le présent travail est quadriparti. Après une brève introduction posant le problème et annonçant la trame de l'exposé, on plonge dans la première partie substantielle : l'analyse des évolutions historiques depuis le Moyen Age à nos jours (p. 29ss). Le but de ce chapitre est de faire comprendre les réalités sociologiques et populationnelles sous-jacentes aux problèmes actuels. La deuxième partie expose en détail le droit applicable au conflit, c'est-à-dire des normes du droit international potentiellement violées et qui sont expliquées dans leurs traits généraux (p. 119ss). Il s'agit, entre autres, du principe de non-recours à la force et de ses exceptions réelles ou potentielles (un des mots utilisés est « *Durchbrechungen* », ce qui connote des failles, des « in-fractions » au sens non pénal du terme, aspect sémantique intéressant, plus étroit et dépréciatif que le terme « exceptions » - était-ce voulu ?), parmi lesquelles les mesures collectives du Conseil de sécurité, la légitime défense, l'intervention sur invitation ou l'intervention humanitaire sont abordées ; de la qualité d'Etat (éléments de l'Etat, reconnaissance, etc.) ; du droit d'autodétermination des peuples, y compris du droit de sécession ; de la succession d'Etats ; du droit des conflits armés ; et du droit des sanctions économiques. La troisième partie applique ces principes au cas d'espèce (p. 333ss, v. *infra*). L'exposé du droit dans cette partie reste très

R.G.D.I.P. 2020-3

mainstream et donc juridiquement solide. Mais il se manifeste quelques écarts dus sans doute à la tradition nationale. Nous en voulons pour exemple l'affirmation trop peu critique de l'existence d'un droit de sécession-remède pour des cas de violations très graves des droits de l'homme. Cette affirmation est sans doute due au passé de l'Allemagne. Il rend la doctrine de ce pays souvent très sensible à ces questions de traitement des populations et induit une acceptation un peu rapide de normes telles que l'intervention humanitaire par la force ou justement la sécession-remède. Enfin, la quatrième partie conclut sous la bannière des « évolutions » (« *Weitere Entwicklungen* ») en traitant des divers accords de paix conclus (notamment la Déclaration de Genève, 2014 et les Protocoles de Minsk I et II, 2014, 2015), de l'action institutionnelle internationale (l'action de l'AGNU, les Plans de l'UE, l'action de l'OSCE) et des sanctions dans leur évolutivité temporelle (et leur compatibilité par exemple avec le droit de l'OMC ou des contre-mesures). Une dernière sous-section envisage dans quelle mesure des actions judiciaires pourraient être intentées au niveau international, en aboutissant à un résultat largement négatif (p. 427 ss). Le traitement de la question et la minutie du travail accompli font de cette monographie l'une des publications les plus complètes et détaillées de la crise d'Ukraine. Le lecteur y trouvera tous les matériaux pertinents cités et analysés. L'on regrettera uniquement que Mme GORNIG se soit concentrée pratiquement uniquement sur la doctrine allemande dans les citations d'auteurs.

En résumant les contenus de la troisième partie, qui forme le cœur du présent travail, le lecteur pourra mieux saisir sur le vif la présente monographie. Cette partie est scindée en deux sous-parties, la première consacrée à la Crimée et la deuxième à l'Ukraine de l'Est.

a. *Crimée* (p. 333ss). Première question : droit de sécession ? On a fait valoir que ce droit pourrait découler de l'autodétermination des peuples (ci-après AD) ou du référendum tenu. Or, le « peuple » de Crimée n'est pas un peuple au sens de l'AD du droit international. Il n'est un peuple ni objectivement (plus d'une centaine d'ethniques, absence d'unité religieuse) ni subjectivement (manque de sentiment d'unité). De plus, l'AD interne des russes de Crimée est également difficile à configurer du fait qu'ils ne peuplent pas une aire suffisamment unitaire. Quant au référendum, il était contraire à la Constitution de l'Ukraine. Cette Constitution prévoit que des référendums limités à une région doivent concerner des questions locales et en aucun cas ne peuvent concerner des frontières de l'Ukraine. Il est également constant que les standards internationaux les plus élémentaires pour assurer une expression de volonté libre n'ont pas été respectés : la liberté d'expression n'a pas été garantie, une propagande intense en faveur d'une seule position a eu lieu, le référendum a été mené dans la précipitation temporelle, des intimidations ont pris place, aucun observateur neutre n'a été admis, etc. Qui plus est, les conditions exigeantes pour une sécession-remède ne sont pas réunies. Des violations massives de droits de l'homme fondamentaux pendant le contrôle ukrainien du territoire n'ont pas été rapportées dans la région. Toute comparaison avec le Kosovo – avancé par la Russie – est juridiquement mal fondée : il n'y a pas eu de persécutions en Crimée, contrairement au Kosovo ; et l'indépendance du Kosovo n'a pas été obtenue directement par l'intervention massive d'un Etat étranger. Le résultat de ce qui précède est que : la déclaration de sécession (à défaut de droit à la sécession) est une violation du droit international, c'est-à-dire de l'intégrité territoriale de l'Ukraine ; l'accord d'incorporation de la Crimée est donc nul et non avenu en vertu de normes de *jus cogens* ; et la Crimée reste, du point de vue du droit international,

une partie de l'Ukraine. – Deuxième question : l'annexion. L'occupation russe de l'Ukraine en violation du principe de non-recours à la force est illicite en droit international (*jus ad bellum*). Il en va à plus forte raison de même de l'incorporation (annexion), qui viole en plus l'intégrité territoriale de l'Ukraine et intervient dans ses affaires intérieures. Ces actes sont aussi en infraction des articles 2 et 3 du Traité d'amitié entre la Russie et l'Ukraine de 1997 ; de diverses normes de *soft law* (comme l'Acte final d'Helsinki de 1975 ou le Mémoire de Budapest de 1994). Peut-il y avoir des justifications ? La Russie en a fait valoir, notamment : (1) l'intervention sur invitation du Président YANOUKOVITCH. Or, le Président mentionné n'était plus en fonction au moment de l'invitation. A défaut d'effectivité gouvernementale, il n'avait pas le pouvoir d'inviter la Russie. De même, le nouveau Président de Crimée, installé par les russes, ne pouvait pas le faire davantage, car il revenait au seul gouvernement de l'Ukraine de prononcer cette invitation. (2) Intervention humanitaire : c'est l'argument de la protection des russes ethniques. Or, des violations massives de droits de l'homme fondamentaux en Ukraine n'ont pas existé. De plus, la Russie avait un objectif offensif (incorporation territoriale) et pas défensif (protection de personnes). (3) L'illégalité du don de la Crimée à l'Ukraine en 1954. En effet, ce transfert territorial quelque peu improvisé était contraire à la Constitution de l'URSS, mais la Russie a reconnu le statut territorial qui en résultait au moment de l'indépendance de l'Ukraine par divers traités stipulant le principe de *uti possidetis* et le respect des frontières héritées. En somme, il n'y a pas de motif justificatif et la Crimée appartient selon le droit international encore à l'Ukraine. Il en découle un devoir de non-reconnaissance (retenu par l'AGNU, Résolution 68/262, 2014) et un devoir de protester régulièrement pour éviter tout argument d'acceptation par silence. – Troisième question : le DIH. La Crimée est un territoire occupé au sens du droit des conflits armés (voir p. 419).

b. *Ukraine de l'Est* (p. 390ss). Première question : la sécession. Par rapport au référendum de 2014, il faut noter ici aussi que les habitants des certaines villes de l'Ukraine de l'Est ne sont pas un « peuple » au sens du droit d'AD international. Les mêmes considérations objectives et subjectives que pour la Crimée sont applicables ici. Le référendum était anticonstitutionnel, car des référendums locaux ne peuvent pas porter sur la sécession ou l'altération des frontières. On constate ici aussi la violation des standards internationaux en matière de conduite de référendums (v. *supra*). Pour les mêmes raisons qu'en Crimée, une sécession-remède ne peut pas être admise. Dès lors, la proclamation des Républiques de Donetsk et de Luhansk sont contraires à l'intégrité territoriale de l'Ukraine et contraires au droit international. Deuxième question : l'annexion. La Russie a envoyé des combattants et des armes dans la région. Tant que la Russie le conteste, une annexion au sens formel du terme sera impossible. Toutefois, il existe des devoirs de droit international (diligence due) quand un Etat permet le départ de volontaires pour des théâtres de conflits étrangers. Il n'est pas sûr que la Russie les ait respectés. Les hostilités continuent. Dès lors, les républiques mentionnées ne sont pas encore des régimes de fait internationaux suffisamment consolidés. Le conflit est par ailleurs asymétrique et hybride : il est le lot de « volontaires », de trafic d'armes, de campagnes de désinformation, etc. – Troisième question : le DIH. Dans cette partie de l'Ukraine, il y a un conflit armé non international auquel s'applique tant l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949 que le Protocole additionnel II de 1977 à ces Conventions, le seuil plus élevé de son article 1, § 1, étant atteint. Il n'y a pas de conflit armé international, car le contrôle russe dans la région ne peut pas être démontré.

L'analyse juridique est soigneuse. Elle ne manifeste pas des originalités ou des départs surprenants, ce qui est une qualité majeure dans un travail portant sur une crise déterminée. L'exposé du droit est ainsi crédible et bien ancré dans le domaine positif généralement accepté, pas perché sur des spéculations ou des idiosyncrasies plus ou moins douteuses. Il reste seulement des détails où l'ajustement de l'exposé juridique est peut-être imparfait. Quatre exemples. En premier : faut-il recourir à des critères objectifs et subjectifs pour analyser l'existence d'un peuple au sens sociologique du terme (p. 334ss), ou n'aurait-il pas suffi de dire que même si un tel peuple sociologique existait, il n'aurait pas droit à l'AD externe, étant donné que le droit international ne le concède pas aux « minorités », quel que soit leur type ? Puis : est-ce que à défaut de droit à la sécession une déclaration de sécession est automatiquement contraire au droit international comme étant incompatible avec l'intégrité territoriale (p. 358) ? C'est possible. Mais ce n'est pas la position de la CIJ dans l'avis *Kosovo* de 2010 ni de la majorité de la doctrine, qui applique ici plutôt le principe 'ni interdit ni permis' (neutre) ou le principe du *Lotus* (permis si pas interdit). Autrement dit, les acteurs internes ne sont pas liés par la norme sur l'intégrité territoriale. Ici, évidemment, il y avait l'intervention massive de la Russie ; et c'est à ce titre que la donne changeait. Ensuite : peut-on appliquer le *jus cogens* de la CVDT ou du droit international général à l'accord d'incorporation entre la Russie et la Crimée (p. 358) ? Est-ce réellement un accord (ou traité) international ? Le droit impératif s'applique-t-il éventuellement par analogie ? Enfin : la Russie serait intervenue dans les affaires intérieures de l'Ukraine en violation de l'article 2, § 6, de la Charte des Nations Unies (*recte* sans doute : l'article 2, § 7) (p. 365). Mais cette disposition ne porte selon son texte que sur les rapports verticaux entre les organes des Nations Unies et les Etats membres, non sur les rapports horizontaux des Etats en dehors de l'enceinte de l'Organisation. Cette dernière relation est régie par une autre norme du droit international général (non-intervention dans les affaires intérieures). Il n'est certes pas impossible de donner une interprétation plus large à l'article 2, § 7 ; mais il aurait alors fallu montrer comment cette disposition aurait évolué dans la pratique subséquente. Mettons désormais à part ces questions mineures. Qu'est-ce qui reste : un ouvrage de référence sur son sujet, écrit dans une langue des plus fluides et plein de bon sens juridique.

ROBERT KOLB

CORTEN (OLIVIER), DUBUISSON (FRANÇOIS), FALKOWSKA-CLARYS (MARTYNA). – *Cinematic perspectives on international law*, 1 vol. broché de 233p., 2021, Manchester, (Manchester University Press), ISBN : 9781526149916 13

Six ans après la publication *Du droit international au cinéma*, les Professeurs Olivier CORTEN et François DUBUISSON en remaniant les principaux articles en langue anglaise avec l'assistance de madame FALKOWSKA-CLARYS. Le projet des éditeurs n'était manifestement pas de reproduire à l'identique l'ouvrage initialement publié aux éditions Pedone. Si certains chapitres de l'édition originale n'ont malheureusement pas survécu à la traversée de la Manche, les lecteurs pourront se reconforter avec l'apparition de nouveaux chapitres inédits.

Avant néanmoins de plonger la tête la première dans la nouveauté, il convient de faire un détour par le chapitre introductif des Professeurs CORTEN et DUBUISSON, établissant la méthodologie adoptée par les contributeurs ainsi que les difficultés de l'exercice entrepris. Celui-ci n'apparaît pourtant pas, a priori, bien difficile. Il suffirait en effet de prendre une

œuvre, n'importe laquelle à condition qu'elle permette de mobiliser certaines règles de droit international, puis de l'analyser comme un cas pratique. Les juristes auraient alors à remplir l'unique fonction qu'on a tendance à leur attribuer : évaluer la licéité des comportements des personnages du film. Avec l'exemple du Pont de la rivière Kwai (1957), les éditeurs reconnaissent qu'il est possible d'opérer ainsi afin de déterminer « *which of the two officers – Lieutenant Colonel Nicholson or Colonel Saito – is correct from a strictly legal point of view* » (Chapitre 1, p. 9). Une telle approche, aux vertus pédagogiques certaines, ne suffit pourtant pas. Elle doit être enrichie d'une analyse théorique et/ou sociologique du droit en présence.

La combinaison de ces trois éléments – juridique, philosophique et sociologique – permettra aux différents contributeurs d'atteindre le double objectif fixé par les éditeurs : « *first, to identify representations of international law in the cinematographic productions, and, second, to try to determine some of the functions fulfilled by these representations* » (p. 14). Loin d'une succession de cas pratiques, les différents chapitres projettent de réfléchir sur le droit international grâce au cinéma.

Ainsi résumée, l'ambition des auteurs ne permettait pas de réduire leur champ d'études aux seuls films qui mobilisent plus ou moins explicitement les règles de droit international pertinentes. C'est au contraire lorsque ces règles ont été délibérément écartées, alors qu'elles étaient applicables aux faits décrits dans le film, que les auteurs en déduisent une réflexion féconde. Le Professeur CORTEN, par exemple, profite du non-respect, voire de la non-invocation, de la Charte des Nations Unies dans les films d'action afin de réétudier les doctrines étendant la légitime défense aux attaques terroristes (chapitre 4). La démarche entreprise est similaire dans le chapitre de Mme FALKOWSKA-CLARYS et M. KOUTROULIS lorsqu'ils commentent le rôle infime, voire inexistant encore une fois, du droit international humanitaire dans les films de guerre (chapitre 7). Le Professeur Dubuisson, en plus d'offrir une synthèse historico-juridique unique du conflit israélo-palestinien, déduit des œuvres cinématographiques décrivant ledit conflit que le droit international oscille « *between criticism and idealism* » (chapitre 5, p. 101).

La plupart du temps ignoré, comme ces chapitres l'illustrent, le droit international peut se trouver parfois surreprésenté. C'est à partir de ce constat, formulé à propos du droit pénal international, que la Professeur LAGERWALL soulève une question qui va bien au-delà d'un problème de licéité de comportements présentés dans un film : pourquoi cette branche du droit international est-elle représentée sous un meilleur jour que celui qu'on lui connaît habituellement (chapitre 6) ? Ce genre d'interrogation impose au juriste de percer le voile, c'est-à-dire d'aller au-delà de l'écran – « *off-screen* » (p. 203) – s'il veut pouvoir raisonner sur sa matière à partir du cinéma. L'exercice requiert parfois d'identifier, au-delà des règles juridiques appliquées (ou non), les caractéristiques communes de l'action décrite par une œuvre avec le droit international.

Ainsi, le Professeur Serge SUR prend l'exemple du Parrain et d'une réunion organisée entre les cinq familles rivales new-yorkaises : « *How can one not think of the UN Security Council and its five permanent members, eternal rivals, yet condemned to cooperate if they want to avoid confrontation ?* » (p. 201, chapitre 11). Le matériau de base des auteurs ne correspond donc pas à une cinémathèque composée uniquement de films « juridiques » - si tant est que cela existe. Au contraire, repenser les conceptions classiques du droit international se réalise aux moyens de films qui n'ont rien à voir avec le droit. En ce sens, le Professeur Simpson prend l'exemple d'Aguirre, la colère de Dieu : si ce dernier ne

concerne en aucune façon le droit international, « *it suggests some possibly unusual or heterotopic ways of thinking about the field of international law* » (p. 218, chapitre 13).

On comprend alors mieux l'agilité avec laquelle certains auteurs parviennent à raisonner sur les principes structurels du droit international à partir de films qui n'ont pourtant rien à voir, a priori, avec la matière. M. KANG-RIOU, notamment, s'interroge sur la place de l'Etat dans le droit international : celui-ci peut-il exister sans celui-là ? (Chapitre 8) Pour répondre, l'auteur observe que les films de science-fiction décrivent généralement les relations qu'entretiennent des institutions extraterrestres de nature non étatique. Malgré l'absence de l'Etat, ces relations juridiques présenteraient de nombreuses similitudes avec notre droit international. Ces affinités puiseraient leur origine dans l'égalité souveraine des sujets de l'ordre juridique décrit et non pas dans la nature de leurs institutions (Etat, Fédération, etc). Partant, l'horizontalité du droit international, sa principale caractéristique, n'aurait pas pour origine l'étaticité mais plutôt l'égalité souveraineté (pp. 164-165). L'auteur propose donc un horizon au-delà duquel l'Etat pourrait ne plus être le sujet principal du droit international, sans que cela ne menace l'existence de cet ordre juridique.

La proposition formulée par l'auteur est originale et se construit adroitement en tenant compte des chapitres de MM. BENATAR et CHAPEAUX, eux-mêmes relatifs aux films de science-fiction (chapitres 2 et 3). Le renvoi constant aux travaux des différents contributeurs est la principale force de cette réédition. Le lecteur se laissera alors prendre au jeu de la confrontation des diverses positions et analyses qui sont parfois faites d'un même film ou d'un même thème. De nombreux chapitres enrichissent des développements initiés ailleurs. Mme SIMM éclaire sous un jour différent l'analyse du Professeur CORTEN en analysant l'un des motifs invoqués par le Président BUSH pour intervenir en Afghanistan en 2001 – le mauvais traitement des femmes – à partir d'un film en particulier, Osama (Chapitre 9).

D'avantage que des approfondissements, il y a parfois des désaccords, ainsi que l'illustre le chapitre de M. PROST. Celui-ci nuance les conclusions défendues dans le chapitre 7, selon lesquelles « *in showing atrocities committed by armed forces without taking a strong moral stance against violations of the laws of war, films risk 'trivializing' these atrocities, influencing both the public and soldiers themselves* » (chapitre 10, p. 196). Si les films doivent davantage inclure le droit international humanitaire comme un moyen de modérer les excès de la guerre, l'auteur défend que ces excès ne pourront jamais cesser d'être mis en mouvement au cinéma : ils sont inhérents à la guerre. Ces développements ne sont pas sans rappeler ceux relatifs à la question de la nécessité militaire et l'opposition qui existe entre les « réalistes » et les « idéalistes » ; les premiers plaident pour l'impossibilité de réguler ces nécessités inhérentes au combat, les seconds souhaitant un net recul de ces nécessités au profit du principe d'humanité.

Quoiqu'en apparence détonnant par rapport aux ouvrages que l'on a l'habitude de lire, celui entre nos mains présente l'originalité d'étudier des sujets finalement connus du droit international sous une perspective nouvelle. Soyons rassurés, *Cinematic perspectives in international law* n'est pas un moyen pour les académiciens de justifier des séances de cinéma pendant leurs horaires de travail. Les chapitres présentés ci-dessus démontrent le contraire : le livre permet d'aborder de graves questions de droit international avec une pédagogie certaine. C'est également l'occasion de réfléchir sur notre matière à partir de la conception que s'en fait l'opinion publique, telle que représentée dans les films.

Avant de conclure, il faut remarquer que la plupart des œuvres étudiées sont principalement produites par des pays anglo-saxons (principalement les Etats-Unis). Si l'on peut regretter ce fait, celui-ci doit être nuancé par deux constats : d'abord, il fallait bien commencer quelque part ; ensuite, ce point de départ pouvait difficilement être différent dès lors que l'on observe chaque jour la domination de l'industrie hollywoodienne sur celle des pays européens depuis les années quatre-vingt. Plutôt qu'une faiblesse de l'ouvrage, prenons cela comme une invitation : les juristes, désireux de poursuivre l'œuvre initiée, pourront l'enrichir par l'étude des représentations du droit international dans le cinéma asiatique, africain, européen ou encore indien. Attention toutefois à ne pas trop s'égarer de la prescription méthodologique des éditeurs énoncée plus tôt, ou la qualité des analyses en souffrirait grandement...

JEAN-BAPTISTE DUDANT

FERRARI (GIUSEPPE FRANCO) (DIR.). – *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, 1 vol. broché de 902 p., 2020, Leiden/Boston (Brill Nijhoff), ISBN: 978-90-04-24311-8 14

Cet important opus, dirigé par le comparatiste milanais Giuseppe Franco FERRARI, présente une synthèse historico-contemporaine du recours au droit étranger par les cours constitutionnelles.

L'ouvrage s'ouvre sur une longue introduction signée par son directeur, laquelle nous étonne de la foudroyante prolifération de publications en la matière ces dernières années, dans tous les pays. Rien qu'entre 1997 et 2015, on dénombre près de trente ouvrages publiés en langue anglaise traitant de la propension comparatiste des juges constitutionnels.

Bien que le contentieux constitutionnel comparé soit en plein essor dans les cours éponymes et dans les publications académiques, la doctrine est éparpillée à travers une foule d'ouvrages consacrés tantôt à des Etats en particuliers, tantôt des régions spécifiques du globe, tantôt à des branches du droit choisies (droits de l'homme, principes d'interprétation, etc.).

L'épais volume ambitionne d'exposer le recours au droit étranger dans les différentes cours constitutionnelles, classées d'abord par systèmes juridiques (en fait, il s'agit seulement des systèmes de common law), puis ensuite par zones géographiques. Vingt-sept systèmes nationaux sont traités de façon individuelle. Les autres sont étudiés dans des articles compréhensifs avec une approche comparatiste. L'ouvrage tente de battre le record de systèmes constitutionnels nationaux traités (p. 20).

L'objectif poursuivi est rempli au regard de la liste (utile à ceux qui souhaiteraient se procurer l'ouvrage et, nous l'espérons, pardonnée par les autres) des cours constitutionnelles étudiées par trente-six contributeurs du monde entier, mais pour leur écrasante majorité européens.

Dans cette première partie consacrée aux Etats de common law, sont d'abord traités : le Royaume-Uni, l'Irlande, les Etats-Unis, le Canada, l'Inde, l'Australie et l'Afrique du Sud. En partie deux, c'est au tour de l'Europe continentale avec : la France, l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, l'Espagne, la Suisse, le Portugal et l'Italie. Viennent ensuite l'Europe du Nord (de façon générale puis la Lettonie et l'Estonie) puis l'Europe de l'Ouest (Russie, Pologne, République Tchèque, Hongrie, Croatie, Roumanie, Bosnie-Herzégovine et états formant l'ex-Yougoslavie). Enfin, trois courtes parties couvrent l'Asie (de façon générale puis le Japon), l'Amérique latine et enfin Israël.

Si les contributeurs balaient effectivement la planète, plus ou moins dans son ensemble, le point de vue global proposé par l'ouvrage, de par la nationalité des auteurs et les pratiques constitutionnelles détaillées, reste essentiellement européen-centré.

Néanmoins, l'introduction du directeur fait le constat que l'étude de l'usage comparativiste par les cours constitutionnelles sort peu à peu de l'américano-centrisme. A chaque continent son tour. De force ou de gré, l'ouverture s'est faite peu à peu au début des années 1990 avec l'étude des arrêts rendus en Afrique du Sud, au Canada ou encore en Israël. Cet axe de recherche a suivi, avec un léger retard, la globalisation des échanges et l'accessibilité informatique des travaux des juridictions.

L'auteur de l'introduction souhaite faire évoluer les différentes classifications proposées par les universitaires en la matière. La première est celle de Basil MARKESINIS (*Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London, UCL Press, 2006). Ce dernier classe les Etats en trois groupes : ceux dont le droit positif écrit autorise explicitement les juges à s'inspirer des systèmes étrangers afin d'interpréter le droit interne (par ex. : l'Afrique du Sud), ceux dont les juges constitutionnels interprètent les textes de façon littérale (par ex. : l'Allemagne) et, enfin, ceux dont les cours constitutionnelles s'autorisent des interprétations « plus aventureuses » afin d'influer, sinon provoquer, des changements de société (par ex. : les Etats-Unis et Israël). Les dispositions de ces dernières cours recevraient aisément le qualificatif de psychopouvoir (Marcela IACUB, « Comment le droit est-il devenu un psychopouvoir ? », in : *La politique, le droit*, Atlante, 2021).

D'autres classifications ont depuis été soumises, mais l'introduction ici commentée propose sa propre taxonomie, d'une façon qui aurait gagné à être plus limpide. D'après Ferrari, il faut retenir plusieurs critères/systèmes de classification, et surtout de les croiser, ce qui permettrait de palier à l'obsolescence rapide de certains d'entre eux. Les critères qu'il expose en catalogue sont nombreux : regrouper les décisions par branches du droit ou le recours au droit comparé est admis ou non, source du recours au droit étranger (légale ou prétorienne), etc.

L'ouvrage sera surtout très utile à qui souhaite se renseigner sur l'usage du droit étranger par la cour constitutionnelle d'un Etat précis, listé ci-avant. En la matière, le manuel est très complet, qu'il s'agisse d'analyse doctrinale ou d'apports informatifs statistiques.

Concluons notre propos par un exemple significatif : la très jeune Cour suprême britannique, en siège depuis 2009. Elle fait référence à l'envi au droit étranger. Près d'un arrêt sur quatre est concerné (p. 37). Parmi les droits d'ailleurs cités, on retrouve d'abord le droit américain (plus d'une fois sur quatre), du droit australien (une fois sur cinq) mais également du droit français. Néanmoins, aucune de ces références ne sert à développer un point de droit essentiel. L'auteur (Justin O. FROSINI) démontre qu'en réalité, près de quatre citations sur cinq ne sont absolument pas opérantes, elles ne sont là qu'à titre quasi-décoratif : « *cherry on the cake* » (p. 38).

Le cosmopolitisme prétorien reste souvent l'unique illustration d'une culture juridique qui se globalise, faite des incises quasi-touristiques dans les développements. Il ne s'agit pas vraiment, pour l'heure, d'une pratique fonctionnelle utilisée par les juges pour fonder leurs décisions.

RAPHAËL COSTA

LE BRIS (CATHERINE) (DIR.). – *Les droits de l’homme à l’épreuve du local*, 3 Vol. brochés de 230 p., 334 p. et 294 p., 2020, Paris (Mare & Martin – Coll. De l’Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne), ISBN : 978-2849344774, 978-2849344835 et 978-2849344842. 15

Ces trois ouvrages sont le produit du projet de recherche « *Droits de l’homme et collectivités territoriales : entre le global et le local* », impulsé et coordonné par Madame Catherine Le Bris. Ils rassemblent les contributions des chercheurs ayant participé à ce projet et les organisent en trois temps : *Les fondements* (tome 1), *La praxis* (tome 2) et *La non-discrimination* (tome 3). L’objet de ces contributions est double : d’une part, évaluer la prise en compte et le respect par les collectivités locales des normes universelles de droits de l’homme et, d’autre part, identifier les modalités de protection et de réalisation des droits de l’homme dans le cadre local. Pour ce faire, la méthode retenue a été celle de l’interdisciplinarité, confrontant juristes et sociologues aux réponses apportées par des membres de collectivités territoriales à un questionnaire et lors d’entretiens individuels (pp. 28-29 et p. 64, tome 1). Ce choix d’objet et de méthode se justifie pleinement dans le domaine des droits de l’homme : alors que le principe de subsidiarité pose que les autorités locales sont les premières responsables de garantir les droits, leur rôle n’avait jusqu’alors fait l’objet que d’une analyse sporadique chez les juristes et d’une analyse partielle chez les sociologues (p. 46, tome 1). Si ces recherches visent à combler un vide dans la doctrine juridique et sociologique, il peut être regretté qu’elles n’aient pas donné lieu à une combinaison d’analyses croisées mais à une simple superposition d’analyses individuelles, proposées tantôt par des juristes tantôt par des sociologues. Et pour cause, outre le fait que la méthode suivie s’apparente alors davantage à la pluridisciplinarité qu’à l’interdisciplinarité, le résultat en est que les contributions des sociologues semblent peu accessibles aux juristes non invertis, et inversement. Il n’en reste pas moins que la pertinence du projet et l’apport des contributions réunies dans ces trois ouvrages ne sauraient faire aucun doute, en ce qu’elles mettent en lumière à la fois le cadre et le sens de l’action des collectivités locales en matière de droits de l’homme.

Premièrement, l’action des collectivités locales prend pour cadre une double complémentarité : une complémentarité normative, d’une part, et une complémentarité organique, d’autre part.

D’une part, de nombreuses normes, internationales, européennes, constitutionnelles et légales, en matière de droits de l’homme s’imposent aux collectivités locales. Toutefois, la question de la normativité des droits ne s’épuise pas avec ce seul constat. La valeur normative de certains textes a longtemps pu être remise en cause, à l’instar de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (pp. 86-86, tome 1). La normativité de certains droits est d’ailleurs encore sujette à quelques interrogations, à l’instar du droit à l’eau, bien que certains puissent prétendre le contraire grâce à une lecture extensive et contestable de la jurisprudence (pp. 138-141, tome 2). A la question de la valeur s’ajoute celle de la portée normative, surtout lorsque les collectivités locales sont confrontées à des acceptations divergentes en droit international et en droit interne d’un même droit, tel que cela est le cas du principe de non-discrimination (pp. 24-27, tome 3), ou lorsque le droit interne n’incorpore pas les droits consacrés en droit international (p. 142, tome 2). Les autorités locales suivent alors une logique de proximité géographique, préférant se référer au droit interne et délaissant les normes internationales les obligeant (p. 153, tome 2 ; p. 43, tome 3). De ce constat pourrait découler l’inquiétude d’un manque d’effectivité des droits

au niveau local. Mais c'était sans compter sur les normes de *soft law*, qui complètent les normes internationales, notamment sur la non-discrimination (p 77, tome 3) et les droits des détenus (pp. 310-311, tome 1), et qui sont à l'origine de nombreuses initiatives menées par les autorités locales pour protéger les droits de l'homme, tant au niveau local par la mise en place d'aides et l'organisation de manifestations notamment (pp. 117-120, tome 1 ; p. 266, tome 2) qu'au niveau transnational par l'intégration de réseaux de coalitions régionales (p. 42, tome 3) et l'adoption de chartes, qui ne sont pas obligatoires mais qui traduisent un engagement mutuel à adopter un programme pour la mise en œuvre des droits énoncés et inspirés des conventions internationales de droits de l'homme (p. 31, tome 1 ; p. 177-178, tome 2 ; pp. 212-218, tome 3). La distension géographique entre la sphère internationale et la sphère locale paraît ainsi résorbée grâce à la complémentarité des normes obligatoires et de *soft law* de droits de l'homme. Il n'est toutefois pas certain que cette complémentarité suffise à assurer la pleine effectivité des droits, à défaut de système d'évaluation opérant du respect de ces chartes transnationales (p. 226, tome 3).

D'autre part, l'action des collectivités locales complète celle de l'Etat, dans la mesure où la loi fixe les règles concernant les droits fondamentaux (p. 111, tome 2). Dans les domaines dont le législateur s'est saisi, tel le droit à la santé (p. 115, tome 2) ou le droit au logement (pp. 204 et 222, tome 2), les collectivités sont tenues d'intervenir dans la seule mise en œuvre au niveau local des mesures décidées au niveau national. Dans les domaines dont le législateur ne s'est pas emparé, comme la protection des étrangers (p. 261, tome 2), elles peuvent intervenir pour combler la défaillance de l'Etat, en décidant aussi bien des mesures les plus appropriées que de leur mise en œuvre. Cette faculté devient une obligation lorsque l'inaction du législateur résulte d'un transfert de responsabilité opéré par le droit international aux autorités locales, notamment en tant que responsables de traitements de données personnelles (p. 94, tome 2). Dans chacune de ces hypothèses, l'intervention des autorités locales apparaît essentielle au stade opérationnel. L'ensemble des auteurs partagent toutefois un même constat : le manque de ressources auquel ces autorités sont confrontées constitue un obstacle à la réalisation effective des droits (pp. 156-158, p. 164 et p. 286, tome 2). La combinaison des principes de subsidiarité et du principe de libre administration des collectivités territoriales a pour effet que, chargées de la réalisation de l'ensemble des droits existants, les autorités locales peuvent être amenées à employer les fonds transférés par l'Etat dans un domaine pour mettre en œuvre d'autres droits (p. 320, tome 2). La résorption du problème financier soulève ainsi l'enjeu préalable d'une réflexion commune sur les mécanismes locaux de protection des droits (p. 148, tome 3). Aussi, les difficultés relatives à l'effectivité des droits, qui résultent d'une pluralité de normes et d'organes intervenant de manière complémentaire, ne peuvent être résolues sans un examen du sens de l'action locale.

Deuxièmement, l'action des collectivités locales s'oriente vers un double défi : le défi de l'accès au droit et aux droits, d'une part, et le défi de l'égalité dans le bénéfice des droits, d'autre part.

D'une part, les auteurs observent une rupture dans le lien qui unit l'action des autorités locales en faveur des droits et les personnes censées en bénéficier. L'identification par les collectivités des besoins de ces personnes est imparfaite, dès lors que, en matière d'accès au logement par exemple, l'évaluation du *besoin* se calque sur le nombre de *demandes* de logement faites dans le cadre du dispositif DALO (p. 236, tome 2) ou, en matière de discrimination, la recension des cas est freinée par l'interdiction des fichiers répertoriant

les origines ethniques (p. 83, tome 3). L'autoévaluation par les collectivités de leurs actions ne suffit donc pas à garantir l'effectivité des droits. Qui plus est, la revendication par les personnes de leurs droits est également obstruée. Malgré les politiques menées en faveur d'une justice de proximité, de nombreuses personnes ne connaissent pas leurs droits (p. 188, tome 1), ni l'existence des maisons de justice et du droit (p. 190, tome 1) ou des délégués du Défenseur des Droits (p. 211, tome 1), qui ont pourtant vocation à les accompagner dans leurs démarches juridiques au niveau local. Et même si une personne arrive jusqu'au juge, il lui faudra encore prouver son intérêt à agir en tant que contribuable local (p. 218, tome 1) et démontrer que l'acte attaqué fait grief (p. 222, tome 3), avant de pouvoir contester la mesure locale. Qu'on adopte le point de vue d'une collectivité ou de ses habitants, les obstacles matériels et juridiques à la mise en œuvre effective des droits sont multiples. C'est pourquoi les auteurs insistent sur la nécessité de réduire ces obstacles et soulignent les initiatives prises en ce sens, aux termes notamment du Plan territorial de lutte contre les discriminations indexé aux contrats de ville de 2004 (pp. 243-244, tome 3) et d'une convention-cadre entre le ministère de la Justice et le Défenseur des droits (p. 192, tome 1).

D'autre part, l'ensemble des auteurs constatent que le degré d'effectivité avec lequel les droits sont mis en œuvre varie fortement d'une collectivité à une autre, en matière de protection des victimes de traite (p. 273, tome 2), des droits des gens du voyage (p. 307, tome 2), des droits des détenus (p. 323, tome 2), de l'interdiction de la discrimination (p. 67, tome 3) ou encore de liberté de religion (p. 120, tome 3). Madame Le Bris est même allée jusqu'à affirmer que « *la pratique des collectivités territoriales est la principale source de discrimination* » (p. 35, tome 3). Cette variabilité est inévitable et n'est pas contestable en soi, puisqu'elle n'est que le produit du principe de libre administration des collectivités territoriales (p. 260, tome 2). Elle est même essentielle à l'effectivité des droits, puisque les collectivités sont en principe les mieux placées pour déterminer quelles sont les mesures les plus appropriées pour garantir les droits dans leur localité (*ibid.*). Mais, et là se trouve précisément ce que regrettent les auteurs, cette variabilité n'est pas rationalisée, à défaut de principes clairs ressortant d'une politique publique cohérente guidant ce choix des mesures au niveau local (p. 282, tome 1 ; p. 264, tome 3). C'est pourquoi les facteurs de variation de l'effectivité des droits dans une collectivité, identifiés au terme de l'analyse des questionnaires soumis et des entretiens menés avec leurs membres, sont liés à la personnalité de l'élu – son engagement social ou associatif, son niveau de diplôme et sa pratique religieuse (p. 68, tome 1) – et non à un cadre politique et juridique complet, précis et stable.

Si, comme l'indique le titre des trois tomes, les droits de l'homme sont mis « *à l'épreuve du local* », c'est parce qu'ils y font face à un double défi : garantir l'effectivité des droits et l'égalité devant le droit, tout en préservant la marge d'appréciation des autorités locales. La difficulté a donc été identifiée, mais les solutions manquent encore. Peut-être auraient-elles pu émaner d'un travail de réflexion croisée mené entre juristes et sociologues, que malheureusement l'approche pluridisciplinaire retenue dans ces trois volumes ne permet pas. Aussi, la protection des droits de l'homme au niveau local et l'analyse qui en est faite semblent être toutes deux à l'image des tableaux pointillistes retenus par l'éditeur pour les couvertures : plus on s'en approche, plus la disparité des éléments qui les composent paraît nette. Mais peut-être les solutions émergeront-elles d'un futur projet de recherche interdisciplinaire, mené dans la continuité de cette étude.

CÉCILE GOUBAULT--LARRECQ

BARANOWSKA (GRAZYNA). – *Rights of Families of Disappeared Persons, How International Bodies Address the Needs of Families of Disappeared Persons in Europe*, 1 vol. broché de 218 p. 2021, Cambridge (Intersentia - Series on Transnational Justice, Volume 26), ISBN : 978 1839701375..... 16

Cet ouvrage se rapporte à une problématique classique du droit international de droits de l'homme : les disparitions forcées. Grazyna BARANOWSKA étudie dans cette monographie un point particulier de la thématique à savoir les droits des familles des personnes disparues et, plus spécifiquement, la façon dont les organes du droit international reconnaissent, ou non, ces droits. Dans une partie introductive, l'auteur rappelle la définition des disparitions forcées comme « *the deprivation of liberty of the state or with their acquiescence, which is followed by a refusal to acknowledge this fact or disclose the fate of the disappeared person* » (p. 2). L'auteur explique également la particularité des disparitions forcées, à savoir le fait que cette mesure n'affecte pas seulement la personne disparue mais aussi ses proches, « *who are purposely kept in ignorance of the fate of their loved ones and suffer the anguish of uncertainty* » (p. 1). L'intérêt de l'ouvrage tient justement à cette spécificité, la thématique des droits des proches étant souvent éludée lors de l'examen du régime des disparitions forcées. L'auteur rappelle les quatre besoins principaux des proches des personnes disparues, identifiés au sein des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire : le retour de la dépouille de la personne disparue, le droit à la vérité, la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat et le droit à réparation (p. 2). Après avoir précisé les tenants et les aboutissants de la thématique, Grazyna BARANOWSKA choisit une perspective organique en étudiant la façon dont la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (ci-après CDH), les organes institués après le conflit en ex-Yougoslavie et ainsi des mécanismes non-juridictionnels protègent les droits des proches des personnes disparues. Si cette perspective implique quelques répétitions thématiques, celle-ci permet indubitablement de comparer les différents systèmes européens. Cette approche euro-péano-centrée peut sembler limitative eu égard à la richesse des développements du système inter-américain sur la question mais celle-ci constitue la seconde spécificité de la présente publication.

La première partie de l'ouvrage est consacrée à l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne. L'auteur explique que celle-ci est confrontée à certains obstacles. Le premier obstacle est lié à la compétence *ratione temporis* de la Cour, puisque de nombreuses disparitions forcées ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la Convention mais la qualification de la situation de violation continue permet de contourner cet obstacle (pp. 38-47). Le second obstacle est lié à l'établissement de la responsabilité de l'Etat (p. 55-67). Malgré ces difficultés, la Cour considère que les familles des personnes disparues peuvent bien être victimes de violations de la Convention (pp. 80-101). Plusieurs indices permettent, le cas échéant, de conclure à l'atteinte au droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants : la proximité du lien familial, l'implication des proches pour obtenir des informations à propos de la personne disparue, l'attitude des autorités étatiques mais aussi la durée de la disparition (pp. 84-93). En outre, les proches des personnes disparues peuvent, dans une certaine mesure,

invoquer le « *droit à la vérité* » (pp. 96-97) ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale (pp. 97-99). Eu égard à des situations de violation, la Cour européenne peut ordonner des mesures de réparation, notamment la satisfaction équitable (pp. 101-106). Grazyna BARANOWSKA conclut son analyse en considérant que seul le droit à réparation est pleinement satisfait devant la Cour, surtout en comparaison avec d'autres mécanismes internationaux.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à l'étude du rôle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. A l'instar de la Cour européenne, le CDH fait face à certains obstacles dans la reconnaissance des droits des proches des disparus. *Ratione temporis*, de nombreuses communications concernent des disparitions forcées ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur du traité mais celles-ci peuvent être qualifiées de violation continue (pp. 117-120). Un autre obstacle similaire à celui rencontré par la Cour européenne tient à la démonstration de l'existence d'une disparition forcée (pp. 121-124). Malgré les similarités entre les deux systèmes, l'auteur note que le Comité n'a pas établi de critères permettant de reconnaître les familles des personnes disparues comme des victimes de traitements cruels, inhumains ou dégradants (p. 127). Toutefois, le CDH a reconnu l'existence d'un droit à la vérité (p. 127). Concernant les réparations, le Comité précise les mesures que l'Etat doit adopter, visant notamment à permettre un recours effectif pour les proches des disparus (p. 130).

La troisième partie de l'étude se focalise sur les disparitions forcées de masse ayant eu lieu lors du conflit en ex-Yougoslavie et l'auteur étudie successivement le rôle de divers organes. Le premier mécanisme mentionné est la Chambre des droits de l'homme de Bosnie-Herzégovine. La Chambre a insisté sur le droit à réparation et a rappelé la nécessité de mener une enquête sur la disparition et d'avertir les proches du disparu des résultats de celle-ci, de libérer la personne ou, le cas échéant, d'indiquer l'emplacement de sa dépouille à ses proches et, souvent, les requérants ont obtenu des dommages et intérêt pour préjudice moral (pp. 147-148). Le second acteur mentionné par l'auteur est le Groupe consultatif sur les droits de l'homme au Kosovo chargé d'étudier les allégations de violations des droits de l'homme par la mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (ci-après UNMIK) (p. 150). La particularité de ce mécanisme tient au fait que les disparitions n'ont pas été commises par la UNMIK mais que celle-ci avait la responsabilité d'enquêter, d'exhumer et d'identifier les dépouilles ou encore de poursuivre les responsables (pp. 152-153). Le troisième organe mentionné, de manière plus sommaire, est le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY). Le Statut du TPIY ne qualifie pas les disparitions forcées de crime contre l'humanité mais la jurisprudence du tribunal a permis une telle catégorisation (p. 168). Toutefois, aucune condamnation ne fut prononcée pour ce motif car d'autres crimes pouvaient être plus facilement caractérisés (pp. 168-170). Concluant son analyse sur les dispositifs mis en place dans les balkans, Grazyna BARANOWSKA note de nombreuses ressemblances entre les décisions de ces organes et la jurisprudence de la Cour européenne mais certaines différences apparaissent, concernant notamment la reconnaissance du droit à la vérité et l'importance du retour de la dépouille éventuelle. Eu égard au quatuor de droits identifiés par l'auteur, la jurisprudence des organes semble plutôt satisfaisante (pp. 171-172).

Dans une quatrième partie, Grazyna BARANOWSKA évoque le travail des organes non juridictionnels. En premier lieu, l'auteur s'intéresse au mécanisme phare en matière de disparitions forcées à savoir le comité onusien qui y est consacré (ci-après : CED). Le CED reconnaît deux des besoins des familles des personnes disparues à savoir le droit à la vérité et le droit de recevoir l'éventuelle dépouille du disparu par plusieurs mécanismes : l'examen des rapports de l'Etat, la procédure d'action urgente, les communications individuelles, les communications interétatiques ainsi que les visites pays (pp. 175-185). En second lieu, l'auteur étudie le rôle du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, une des procédures spéciales du CDH (p. 186). Ce groupe examine des rapports individuels et demande des informations auprès des Etats concernés (pp. 187-191). Malgré l'intérêt de cette procédure dans l'obtention d'informations, l'auteur note que celle-ci ne permet pas aux familles de recevoir les dépouilles, de voir satisfait leur droit à la vérité, d'établir la responsabilité de l'Etat ou encore de recevoir une réparation (p. 191). L'intérêt du mécanisme est toutefois entier, considérant que la compétence *ratione temporis* de celui-ci est très large (p. 195). Grazyna BARANOWSKA s'intéresse en troisième lieu à un mécanisme spécifique à savoir le Comité des personnes disparues à Chypre. Le Comité a procédé à l'exhumation, l'identification et au retour des corps aux familles mais ne permet pas de connaître les circonstances du décès et ou d'établir la responsabilité des auteurs (pp. 197-198). En quatrième lieu, un mécanisme spécifique a également été mis en place en ex-Yougoslavie. Cette procédure vise notamment à établir la vérité sur les faits mais celle-ci a également mené à certaines exhumations et identifications (p. 202). La Commission internationale sur les personnes disparues est le dernier mécanisme évoqué par l'auteur. Les activités de la mission se sont aujourd'hui particulièrement larges et concernent tant les personnes disparues après une catastrophe naturelle que les migrants disparus (p. 205). Ces procédures extrajudiciaires sont diverses et ont chacune des caractéristiques différentes mais toutes participent, à tout le moins en partie, à la satisfaction des droits des familles des personnes disparues (pp. 208-209).

Pour conclure, l'auteur dresse une analyse en demi-teinte de la protection des droits des familles des personnes disparues en Europe. D'un côté, « the families of disappeared persons have an increasing number of international mechanisms which they can use to address their needs » (p. 214). De l'autre, « a functional analysis of the specific organs involved has shown that they respond in varying degrees to the needs of the families » (p. 215). Au-delà des difficultés liées aux compétences des différents organes, l'auteur souligne que la majorité des instruments se concentrent sur la réactions aux disparitions forcées et non à la prévention de celles-ci (p. 215). Ainsi, Grazyna BARANOWSKA conclut que « [t]here is no international instrument nor mechanism which would fully satisfy the four basic needs of the families of disappeared persons » (p. 216). L'analyse minutieuse menée par l'auteur permet de conclure que la protection des droits des familles des personnes disparues en Europe est in fine décevante, considérant notamment le niveau élevé de protection des droits de l'homme assuré sur le continent.

CLAIRE MERIC

WEI (ZHANG) et JIAN (CHANG) (EDS.). – *Human Rights and the Concept of a Human Community with a Shared Future*. Chinese Perspectives on Human Rights and Good Governance, 220 p., 2021, Leiden Boston (Nijhoff Brill), ISBN : 978 90 04 41705 2..... 17

Le présent ouvrage constitue un recueil d'articles préparés en vue du symposium « *Building a Human Community with a Shared Future and Global Human Rights Governance* », organisé par la *China Society for Human Rights Studies* le 8 juin 2017 à l'Université de Nankai. Son objectif est double : étudier la valeur théorique et l'influence réelle de la construction d'une « communauté de destin commun pour l'humanité », proposée par le Président XI JINPING (p. 1), et faire connaître et rayonner ce concept, en Chine comme à l'étranger (p. 5).

Offrir une synthèse didactique de ce livre s'avère complexe, tant l'absence de structure et de justification du choix des thèmes retenus déconcerte le lecteur. En effet, se succèdent, de façon désordonnée, trente contributions, souvent courtes et répétitives, ne s'insérant dans aucun plan. Toutefois, la plupart des chapitres s'attachent à exposer, selon leur prisme propre, l'origine et le contenu du concept de « communauté de destin commun pour l'humanité » ainsi que ses effets sur les droits de l'Homme, avant d'évoquer le rôle de la Chine dans sa construction.

D'abord, de nombreux auteurs notent l'enthousiasme avec lequel la stratégie du Président, miroir de la « sagesse » chinoise (pp. 3, 25), a été reçue au sein des instances et résolutions onusiennes, devenant ainsi un objet important du discours international sur les droits de l'Homme (pp. 16, 77), qui dynamise les buts et principes de la Charte des Nations Unies en reflétant les besoins actuels (p. 74). Ce projet de communauté repose en effet sur l'idée d'égalité des droits et de participation à la gouvernance globale de chaque Etat et de chaque peuple, nécessaire à la réalisation du bien-être commun de l'humanité (pp. 8, 54). Dans un « *earth village* » (p. 83) globalisé et multipolaire, où les individus et les Etats sont interdépendants et confrontés à des menaces mondiales telles que le terrorisme, les changements climatiques ou la sécurité alimentaire (p. 63), « *[t]he time for all humans to stand together in peril or safety is coming, so is the time for a shared future* » (p. 83). L'hégémonie des droits de l'Homme qu'imposeraient les Etats occidentaux, libéraux et capitalistes, qui s'ingèrent dans les affaires internes d'autres Etats et poursuivent des doubles standards ainsi que la maximisation du profit, ne pourrait garantir l'effectivité des droits et exacerberait les conflits et les disparités de développement, profitant au protectionnisme et au populisme (pp. 3, 12, 24, 40).

Partant, il conviendrait de se tourner vers la Chine pour réaliser les conditions de l'existence d'une communauté de destin commun, c'est-à-dire pour « *uphold the spirit of cooperation, abandon jungle law and zero-sum game, and engage in win-win cooperation* » (p. 26). Selon le Président XI JINPING, cette communauté doit se matérialiser par le respect de l'égalité souveraine des Etats, la promotion d'un développement innovant, holistique, interdépendant et durable de l'ensemble des droits de l'Homme, profitant à tous, l'intensification des échanges entre civilisations, le respect de leur diversité et l'édification d'un écosystème respectueux de la nature (pp. 6, 25-26, 32-34, 64-68, 70, 187-188). Cette communauté poursuivrait des valeurs fondamentales, communes à l'humanité, telles que la paix, le développement, la justice, la démocratie, la liberté, et le respect de la diversité (p. 8), desquelles découleraient des obligations communes (p. 60). Ceci aurait de multiples implications, précisément démontrées, tant en termes de globalisation économique (pp. 11-23), de civilisation écologique et de développement durable des droits de l'Homme (pp. 182-

202), qu'en matière d'apport à la théorie des droits de l'Homme et à certaines notions de droit international (pp. 30-35, 16-19).

En outre, l'ancrage du concept analysé dans la culture chinoise revêt une importance singulière. Il repose en effet sur les principes de bienfaisance, d'harmonie et d'humanisme, issus du confucianisme et des idéologies marxiste et communiste (pp. 35-37, 42). Ainsi, pour répondre aux défis actuels, il serait nécessaire d'abandonner l'universalisme et la philosophie occidentale centrée sur l'individu et la liberté, pour retenir cette philosophie orientale (pp. 43, 78-79, 106-118). Une telle orientation fait de la réalisation du droit au développement, y compris celui des femmes (pp. 149-153), un enjeu capital (pp. 80, 216). Ce constat justifie sans nul doute d'interroger la capacité de la communauté envisagée à réaliser le droit au développement en Afrique, où la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples est inspirée de la philosophie « *Ubuntu* », prônant un mode de vie communautaire et solidaire (pp. 205-210).

Plus concrètement, la construction d'une « *communauté de destin commun pour l'humanité* » nécessite la modernisation de la gouvernance mondiale des droits de l'Homme (p. 160). Il s'agit d'un concept flou, brandi par de nombreux auteurs, que seul Luo YANHUA s'essaye à définir comme recouvrant la consultation démocratique et la coopération en vue de maximiser les intérêts communs et de développer un nouvel ordre politique et économique international, répondant aux défis transnationaux, tout en sauvegardant des valeurs communes dont les droits de l'Homme (pp. 89-92, 95). En ce sens, un mécanisme de gouvernance mondiale devrait être créé aux fins de dialogue et de consultation, de partage d'expérience et de coordination des politiques relatives aux droits de l'Homme (pp. 20-23). Les mécanismes universels et régionaux de protection de ces droits devraient également être renforcés ou établis et faire des Etats du Sud, actuellement insatisfaits, de réels acteurs du système de gouvernance (pp. 102-105, 213).

Enfin, les auteurs mettent en exergue le rôle pionnier et proactif de la Chine dans la construction de ladite communauté, idéal guidant sa politique étrangère (pp. 179-180). Ils décrivent ainsi, sans ignorer les difficultés rencontrées (pp. 141-142, 150), le succès de ses initiatives telles que la « *One Belt and One Road* » (pp. 86-87) ou de son engagement en faveur de la réalisation des Objectifs de développement du millénaire, en particulier de la lutte contre la pauvreté (p. 27, 137-148), de l'égalité des sexes (pp. 150-153) ou de la protection sociale (pp. 154-159).

In fine, le lecteur admettra que l'ouvrage fournit les clés de compréhension du « *spirit of important speeches of President Xi on a Human Community with a Shared Future* » (p. 9). Il semble néanmoins en faire la promotion - alors même que la politisation des droits de l'Homme a été reprochée aux Etats occidentaux (p. 2) -, afin d'y rallier l'opinion publique à l'ouverture du 19^{ème} Congrès national du Parti communiste chinois (p. 10). Partant, l'absence de pluralité de vues est regrettable. L'ensemble des auteurs encensent, sans réserve ni nuance, en des termes souvent identiques, la proposition à l'étude. Leurs analyses sommaires ne reposent que très rarement sur des sources juridiques, auxquelles sont privilégiés des éléments philosophiques, historiques ou politiques. En toute hypothèse, si l'abstraction idéale que constitue une telle communauté ne peut que susciter l'adhésion, un certain esprit critique est de rigueur quant à cette proposition humaniste, portée par un Etat que des rapports alarmants accusent d'être responsable de violations massives des droits de l'Homme et de crimes contre l'humanité...

VICTORIA DHAISNE

URSULLA (KILKELLY), LAURA (LUNDY) et BRONAGH (BYRNE) (EDS.) – *Incorporating the UN Convention on the Rights of the Child into National Law*, Cambridge, (Intersentia), 366 p, 2021, ISBN : 978 1 78068 992 0..... 18

Avec cet ouvrage collectif, publié en juin 2021, Ursulla KILKELLY (professeure spécialiste des droits de l'enfant à l'Ecole de droit de l'Université de Cork en Irlande), Laura LUNDY (professeure de droit de l'éducation et droits de l'enfant à l'Université Queen's de Belfast) et Bronagh BYRNE (maître de conférences à l'Université Queen's de Belfast) se proposent d'analyser, dans une perspective comparative, les différentes formes que peuvent revêtir l'incorporation légale de la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après la Convention) dans le droit interne de douze pays de traditions juridique, politique et sociale différentes.

Si une entreprise de la sorte n'est pas inédite, celle-ci se distingue sur au moins deux points. D'une part, chaque Etat mentionné est examiné par un expert national : sa contribution offre une vue d'ensemble sur le contexte local ainsi que le détail des mesures adoptées pour l'intégration de la Convention. D'autre part, l'étude s'élargit à des Etats qui précédemment n'avaient pas été inclus dans de tels travaux : à l'instar des Etats-Unis, seul membre des Nations Unies à ne pas avoir ratifié la Convention à ce jour.

A titre liminaire, les auteures rappellent que c'est l'article 4 de la Convention qui fait obligation aux Etats parties de prendre les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des droits qui y sont contenus, en veillant notamment à ce que leur législation nationale lui soient compatibles (KILKELLY, LUNDY et BYRNE, p. 1). De manière classique, la mise en œuvre d'un traité international en droit interne différera en effet selon que l'Etat intéressé relève d'un système moniste ou dualiste. Dans ce dernier cas, son incorporation passera nécessairement par la voie législative à défaut de quoi il ne pourra être applicable ni invoqué devant les tribunaux (KILKELLY, LUNDY et BYRNE, p. 4).

La majorité des Etats relevant de systèmes dualistes ou mixtes, en l'occurrence, le constat est celui d'un processus d'incorporation incrémentiel progressant sur quatre paliers. Le premier palier serait atteint par des Etats qui n'ont pas encore adopté de mesures significatives en ce sens, soit qu'elles existaient déjà antérieurement, soit qu'elles n'aient pas été introduites à cette fin précise. Ainsi en est-il de l'Australie (TOBIN, pp. 14-23) ou de la Chine (ZHANG, pp. 54-58) qui, dans l'agencement politique et sociale qui leur est propre et malgré une ratification précoce en 1990 et 1992 respectivement, ont jusqu'à présent fait l'expérience d'une intégration indirecte et catégorielle. Le deuxième palier concernerait les Etats comme la Nouvelle Zélande (LYNCH, pp. 87-92), le Pays de Galles de manière dévolutive (HOFFMAN, pp. 103-106) et dans une certaine mesure les Etats-Unis (TODRES, pp. 129-130), qui ont procédé à la révision de leurs lois dont les dispositions étaient incohérentes avec les principes de la Convention et/ou en tenant compte de ces derniers pour les y incorporer, parfois explicitement et notamment par voie jurisprudentielle. Au niveau du troisième palier se retrouvent des Etats ayant fait montre d'avancées importantes en faveur de l'intégration de la Convention, en donnant à ses principes ou à ses dispositions une assise constitutionnelle dans l'ordre juridique interne. L'Afrique du Sud, dont la Constitution serait la plus complète au monde en termes de reconnaissance des droits de l'enfant, en est une parfaite illustration (SKELTON, pp. 150 et 156-161). Il en est de même que l'Irlande dans une proportion plus mesurée et ciblée sur deux des principes directeurs de la Convention : l'intérêt supérieur et le droit d'être entendu (FORDE et KILKELLY, pp. 186-191). S'agissant du quatrième et dernier palier, qui

correspond à un processus complet d'incorporation, il serait le stade ultime atteint par les États dans l'ordre juridique desquels la Convention s'applique désormais à titre de loi nationale. A ce jour, seuls cinq États seraient concernés : le Mexique, l'Islande, la Norvège, la Suède et tout récemment l'Ecosse. Partant, la Convention est-elle complètement intégrée à la fois dans la loi (depuis 1991) et la Constitution mexicaines (avec une réforme de 2011), offrant ainsi un double niveau de protection aux droits de l'enfant (ESPEJO-YAKSIC, pp. 263-266). En Islande, cette intégration s'est opérée suivant la méthode dite de la « transformation », l'intégralité de la Convention ayant été introduite dans la législation nationale depuis 2013, impactant incidemment la structure de sa Constitution (FRÍÐRIKSDÓTTIR, pp. 283-284 et 289-290). Pour sa part, le processus de « transformation » dont la Suède a fait l'expérience s'est traduit par une reformulation de certaines dispositions de la Convention et leur traduction dans de nouvelles lois ou dans celles déjà existantes, ce qui n'a pas empêché une incorporation de la majorité des dispositions de la Convention dans sa législation (THORBURN STERN, pp. 208-209 et 219-220). Enfin, l'incorporation intégrale de la Convention (et de ses protocoles additionnels) dans la législation nationale de la Norvège depuis 2003, lui confère un statut semi-constitutionnel (SANDBERG, pp. 236-237) et tout comme pour l'Ecosse, en 2020, a nécessité l'adoption d'une loi pour être pleinement effective (MCCALL-SMITH, pp. 307-312).

En définitive les auteurs de l'ouvrage invitent à concevoir ces approches comme un continuum : de la plus minimaliste à une incorporation intégrale et directe au niveau national (KILKELLY, LUNDY et BYRNE, p. 334). De précieux enseignements peuvent alors être tirés de ces différentes expériences, en termes de freins et de supports à l'appui d'un meilleur processus d'incorporation et notamment l'importance de l'aspect politique (pp. 343-346). Surtout cette étude vient démontrer que la mise en œuvre et la jouissance effective des droits de l'enfant seront fortement conditionnées par leur intégration dans l'ordre juridique interne mais que celle-ci ne sera jamais identique d'un État à un autre (KILKELLY, LUNDY et BYRNE, pp. 348-351).

MARIE-LEE LUREL

Sommaire

Articles

- Jacques DEHAUSSY - Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon,
Ancien recteur d'Académie
**Particularités essentielles de la personne morale,
état et rapports entre ordres étatiques et ordre international.
Observations critiques sur certaines théories doctrinales et conceptions proposées** 481
- Caroline MIGAZZI - Avocate au Barreau de Lyon, Docteure en droit international, Université Jean Moulin Lyon 3
Les zones franches en droit international public 541

Chronique des faits internationaux 565
Sous la direction de Thibault FLEURY GRAFF

Chronique de jurisprudence internationale 641
Sous la direction de Niki ALOUPI et Pierre-François LAVAL

Jurisprudence française en matière de droit international 669
Sous la direction de Baptiste TRANCHANT

Bibliographie critique 697
Sous la direction de Sébastien TOUZÉ
