Revue Générale
de
Droit International Public

Fondée en 1894
par
A. PILLET, P. FAUCHILLE et A. PEDONE

TOME CXXVII - 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Revue Générale
de
Droit International Public

Conseil Scientifique

Luigi CONDORELLI
Professeur à l'Université de Florence

Pierre-Marie DUPUY
Professeur émérite de l'Université Paris Panthéon-Assas 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 (Paris Panthéon-Assas)

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 Paris Panthéon-Assas
Directeur de l'Institut des Hautes Etudes Internationales

Comité de Rédaction

Denis ALLAND
Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Niki ALOUPI
Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Louis BALMOND
Professeur à l'Université de Toulon

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

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

Florence POIRAT
Professeur à l'Université Paris-Saclay, en délégation à l'Université de la Polynésie française

Raphaële RIVIER
Professeur à l'Université Paris I

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

Sébastien TOUZÉ
Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Baptiste TRANCHANT
Professeur à l'Université de Bordeaux

Bénédicte PEDONE RIBOT
Secrétaire de rédaction

TOME CXXVII - 2023

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

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

AGRESSSION RUSSE CONTRE L'UKRAINE : ENJEUX DE DROIT INTERNATIONAL

INTRODUCTION

LA RUSSIE CONTRE L'UKRAINE : ESPACES GÉOPOLITIQUES ET FRONTIÈRES DU DROIT INTERNATIONAL

Thibaut FLEURY GRAFF

Professeur à l'Université Paris-Saclay (UVSQ)

En avril 2022 paraissait pour la première fois, quelques semaines seulement après le déclenchement des hostilités entre la Russie et l'Ukraine, *Guerre* de Louis-Ferdinand Céline, issu d'un manuscrit perdu après la Seconde Guerre Mondiale et retrouvé il y a quelques années[1]. L'évènement littéraire se fondait alors dans l'évènement géopolitique, et réciproquement : le « bruit atroce des obus » que le soldat Destouches a « attrapé dans sa tête » pendant le premier conflit mondial[2] résonne désormais, et pour la première fois avec cette ampleur depuis le second, sur le continent européen, après que la Russie a décidé, le 24 février 2022, de lancer contre l'Ukraine ce qu'elle nomme une « opération militaire spéciale »[3], mais qui est surtout une agression armée au sens du droit international.

Cela, nul ne le conteste sérieusement, dès lors que les forces armées russes ont, dès cette date et de manière continue depuis lors, « attaqué » et « bombardé », au sens de l'article 2§4 de la Charte et de la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies[4], le territoire ukrainien, sans pouvoir se prévaloir, en dépit de leurs déclarations en ce sens[5], du droit de légitime défense tel qu'il est rappelé à

[1] L.-F. CÉLINE, *Guerre,* Paris, Gallimard 2022. Sur les circonstances qui auront permis au manuscrit de réapparaître il y a quelques années, après avoir été volé pendant le séjour de l'écrivain en Allemagne au sortir de la Seconde Guerre Mondiale, voy. J. DUPUIS, « Des milliers de feuillets inédits : les trésors retrouvés de Louis-Ferdinand Céline », *Le Monde* du 6 août 2021.

[2] L.-F. CÉLINE, *Guerre, op. cit.,* p. 26.

[3] Il faut voir, au sujet de cette dénomination, la « passe d'armes » – orale… – entre le représentant de l'Ukraine et celui de la Russie au Conseil de Sécurité des Nations Unies, le 24 février 2022 : https://www.youtube.com/watch?v=H5fcis5LfJ0 (à partir de 1h 16 min. 21 sec.).

[4] Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies, dont l'article 3 identifie comme « conditions d'un acte d'agression », l'« invasion ou l'attaque du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat » et « le bombardement, par les forces armées d'un Etat, du territoire d'un autre Etat ».

[5] Tel est notamment l'un des arguments avancés par la Russie dans sa lettre adressée à l'ONU le 24 février 2022 : voy. « Lettre datée du 24 février 2022, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Fédération de Russie auprès de l'Organisation des Nations Unies », S/2022/154, p.6 : « En application

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'article 51. Certes, la nécessaire réponse à l'extension de l'OTAN est souvent mise en avant pour justifier l'agression. Mais la mise hors-la-loi internationale de l'usage de la force entre Etats après la Seconde Guerre Mondiale a précisément pour objet d'éviter qu'un différend géopolitique ne se règle de manière licite par la confrontation physique. De ce point de vue, la réponse russe aux politiques d'élargissement menées tant par l'OTAN que par l'Union européenne n'est pas seulement illicite, elle est également « asystémique », « en dehors du système » international mis en place après la Seconde Guerre Mondiale (système comme ordre juridique, mais aussi système comme ensemble suffisamment cohérent de considérations suffisamment explicites sur la façon d'interagir dans le monde interétatique). Nul ne conteste non plus les réponses tout aussi « asystémiques » de certains Etats occidentaux à des questions (géo)politiques. Mais peu importe, du strict point de vue du droit international encadrant le recours à la force : le système a évacué, contrairement à ce qui est encore parfois invoqué dans le contexte ukrainien[6], la question de la « guerre juste », si bien que l'invocation des exemples occidentaux, si elle permet certainement de contextualiser la situation, ne saurait la rendre licite. Ainsi et comme l'écrit Yves Sandoz dans la contribution qui ouvre ce dossier spécial, « même selon les thèses les plus permissives de la légitime défense préventive », celle-ci ne saurait être constituée en l'espèce[7]. La violation de l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies est établie, et fut constatée quelques jours après l'agression par une Assemblée générale de l'ONU sinon unanime, du moins très largement unie autour de cette qualification[8]. Si légitime défense il y a, c'est donc, assurément, l'Ukraine qui peut s'en prévaloir, laquelle a d'ailleurs occasionnellement visé des cibles en territoire russe.

Mais que la question de l'illicéité du recours à la force ne pose guère de difficultés ne doit naturellement pas conduire à exclure toute analyse de droit international. L'agression russe et la situation qui en découle soulèvent plus précisément deux grandes catégories de questions juridiques pour l'internationaliste.

La première est la plus large. Elle regroupe l'ensemble des considérations de nature à révéler « ce que dit » cette situation de l'état du droit international public et de « l'ordre » qu'en constituent ses règles. A ce titre, l'affaissement du milieu dans lequel se construit le droit international depuis trente ans est certain. De l'aveu de son Secrétaire général, « [l]es principes qui sont au cœur même de la coopération multilatérale n'ont jamais été aussi éprouvés depuis la création de l'Organisation des

de l'Article 51 du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, avec l'aval du Conseil de la Fédération de Russie et conformément aux traités d'amitié et d'assistance mutuelle conclus avec les Républiques Populaires de Donetsk et de Lougansk et ratifiés par l'Assemblée fédérale le 22 février de cette année, [Vladimir Poutine a] pris la décision de mener une opération militaire spéciale ».

[6] Voy. not. A. COLIN LEBEDEV, *Jamais frères ? Ukraine et Russie : une tragédie post-soviétique,* Paris, Seuil 2022, p. 214.

[7] Y. SANDOZ, « Le droit international à la lumière et à l'épreuve du conflit armé en Ukraine », *infra,* p. 7.

[8] Résolution A/ES-11/L.1 du 2 mars 2022 de l'Assemblée générale des Nations Unies. La résolution a été votée par 141 Etats, seuls 5 Etats ayant voté contre (les autres s'étant abstenus ou n'ayant pas pris part au vote).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Nations Unies »[9]. Le passage d'un « moment kelsénien » à un « moment schmittien » dans l'ordre international se confirme[10], et la « prise de terre » que tente actuellement la Russie (qui dit combattre en Ukraine « pour ses terres historiques »[11]), après l'annexion *de facto* de la Crimée en 2014[12] et d'une partie du Donbass en 2021, en est l'une des illustrations topiques, dans la suite d'autres tentatives du même ordre (quoique selon des modalités qui peuvent diverger), menées par les Etats-Unis, par Israël ou par le Maroc – entre autres. Le terrain du multilatéralisme est devenu, à force de prendre l'eau, particulièrement mouvant. Les espaces géopolitiques que délimitent les intérêts étatiques et régionaux se heurtent aux frontières juridiques que tracent les règles du droit international, sans que ces dernières ne permettent, ces dernières années, d'appréhender efficacement ces tensions.

En ce sens, l'agression russe contre l'Ukraine témoigne, assez largement, des difficultés qu'il y a à penser – et donc à « réglementer » – à la lumière du droit international la diversité des espaces qui s'entremêlent en Ukraine, aux confins de l'Europe et de la Russie. Si la force a pu apparaître, à un moment précis de l'opposition russo-occidentale, comme une solution envisageable – et si l'on veut bien ne pas accorder trop d'importance à l'argument de la prétendue « folie » de Vladimir Poutine, qui est surtout une ignorance du point de vue russe et n'apporte guère d'éclairage – c'est que le droit a été par trop mutique ou, à tout le moins, n'a pas suffi à offrir une réponse jugée satisfaisante, en dépit des efforts menés en ce sens par les parties[13]. Les règles du droit international sont en effet peu loquaces sur l'articulation entre, d'une part, les espaces historiques, politiques et linguistiques et, d'autre part, la forme étatique et l'« obsession territoriale » qu'elle nourrit[14]. Et si le « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » peut apparaître comme un principe clef pour cette articulation, sorte de charnière juridique entre légitimité et licéité de la possession territoriale, il est cependant suffisamment flou dans sa formulation et lâche dans son interprétation pour n'être que de peu de secours dans la résolution des tensions qui rassemblent et divisent l'Est du continent européen. Alors que l'URSS contenait ces espaces, sa dislocation y a ajouté des frontières juridiques étanches aux phénomènes linguistiques et culturels qui les dépassent souvent :

[9] Cité par M.-C. RUNAVOT, J. RIOS RODRIGUEZ, « Le droit international à la croisée des "-latéralismes" : quelle direction prendre ? » *in Le droit international multilatéral. Actes du Colloque de Perpignan de la Société française pour le droit international,* Paris, Pedone 2023, p. 17 note 9.

[10] Nous renvoyons sur ce point à « La fin du moment kelsénien ? Quelques réflexions sur les relations internationales contemporaines à l'aune de Kelsen », *Annuaire français de relations internationales,* vol. XX (2019), pp. 623-637.

[11] « Guerre en Ukraine : la Russie combat pour ses "terres historiques", proclame Poutine », *L'Express* du 22 février 2023.

[12] Voir sur cette question C. SANTULLI, « La crise ukrainienne : position du problème », cette *Revue,* n°2014/4, pp. 799-820.

[13] Au cours des années 1990 surtout, avant la dégradation des années 2000, avec, notamment, la signature de l'« Acte fondateur sur les Relations, la Coopération, et la Sécurité Mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie », le 27 mai 1997 à Paris.

[14] Selon la fameuse expression de G. Scelle.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Volodomyr Zelensky, après son élection à la tête de l'Ukraine, donnait ses interviews en russe, faute de maîtriser suffisamment l'ukrainien[15]… D'où les appels répétés de Vladimir Poutine aux concepts de « monde russe » ou d'« étranger proche »[16] pour justifier son intérêt – et son « opération militaire spéciale » – à l'égard de l'Ukraine, lesquels fonctionnent aussi comme des palliatifs aux difficultés du droit international à penser les attachements nationaux au-delà des frontières étatiques. S'il y a une « instrumentalisation du droit international »[17] dans le discours russe justifiant l'agression de l'Ukraine, ce n'est donc pas seulement qu'il déforme les concepts d'agression et de légitime défense – voire encore de génocide et de nationalité. C'est aussi que ce droit et le système qui l'anime n'a pas permis la prise en compte de ses revendications[18]. « L'instrumentalisation » est aussi dans le refus répété des Etats-Unis et des Européens de faire droit à ces inquiétudes relatives à l'extension de leurs espaces d'influence, tout en reconnaissant par ailleurs, en dépit de leur illicéité, la légitimité de certaines prétentions du même ordre – de la reconnaissance de Jérusalem comme capital d'Israël en 2017 à celle de la souveraineté du Maroc sur le Sahara Occidental en 2020[19]. Dans les deux cas, la légitimité (selon certains) des espaces politiques l'a emporté sur le respect de la licéité internationale. Et la « folie » de Donald Trump, auteur de ces deux reconnaissances, ne saurait être plaidée, à moins de la prolonger, ce qui commencerait à faire beaucoup, par le gâtisme de Joe Biden, lequel n'a pas remis en cause les décisions de son prédécesseur sur ce point.

« Les juristes classiques (…) admettaient la légitimité morale de l'action dictée par les exigences de l'équilibre, cette action fût-elle agressive » écrivait Aron, ajoutant que cette « morale de l'équilibre comportait une sorte de casuistique et n'excluait pas le recours aux armes »[20]. Le système de sécurité

[15] A. CHEMIN, F. VINCENT, « Volodymyr Zelensky dans les affres du pouvoir », *Le Monde* du 22 février 2022.
[16] Pour un résumé des fonctions de ces concepts dans le discours politique russe, voy. M.-P. REY, *La Russie face à l'Europe. D'Ivan le terrible à Vladimir Poutine,* Paris, Flammarion 2022 (3e éd.), not. pp.459-463. M.-P. Rey note ainsi que « le concept d'étranger proche (…) et la nécessité de défendre les citoyens russes "où qu'ils soient" (…) ont trouvé un premier prolongement concret dans le conflit engagé la même année à l'encontre de la Géorgie (…) trop attirée par l'OTAN et l'Union européenne au goût du Kremlin (…). En parallèle du concept d'étranger proche a également émergé le concept de "monde russe" (…), mis en avant par Vladimir Poutine à partir de 2007 (…). Le "monde russe" exprime l'idée selon laquelle la "russité" ne se limite pas aux frontières de la Fédération de Russie, lesquelles, pour V. Poutine, ne sont que des frontières administratives imposées par le passé bolchevik. Ses frontières "réelles" vont bien au-delà, et elles intègrent *a minima* la Biélorussie et l'Ukraine ».
[17] J.-E. PERRIN, « La Russie en Ukraine : un cas d'école de l'instrumentalisation du droit international », *in Ukraine. Le choc de la guerre,* Paris, Equateurs 2022, p. 65.
[18] Voy. not. sur ce point J. FATH, *Poutine, l'OTAN et la guerre. Sur les causes et les enjeux d'une sale guerre en Ukraine,* Paris, Editions du croquant, 2022, not. p.42 citant l'ancien ministre français des affaires étrangères, H. Védrine, selon lequel « [l]e Poutine de 2022 est largement le résultat, tel un monstre à la Frankenstein, des errements, de la désinvolture et des erreurs occidentales depuis trente ans » et le président français E. Macron, d'après qui « on a permis au sentiment d'humiliation qui était là de prospérer ».
[19] Sur l'illicéité de la reconnaissance de Jérusalem comme capitale d'Israël, voy. la Résolution ES-10/19 du 21 décembre 2017 ; sur l'illicéité de la reconnaissance de la souveraineté du Maroc sur la Sahara Occidental, voy. not. la Résolution 77/133 du 12 décembre 2022.
[20] R. ARON, *Paix et guerre entre les Nations* (1962)*,* Paris, Calmann-Lévy, 2004, p. 120.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

collective instauré en 1945 place de telles actions hors de la licéité internationale, sans pour autant évacuer tout à fait la question de leur légitimité, laquelle dépend des options de qualification prises par le Conseil de Sécurité – et, surtout, par ses cinq membres permanents – au titre du Chapitre VII de la Charte. L'autorisation du recours à la force contre la Libye en 2011 l'a montré[21], tout comme l'absence de condamnation de l'agression russe par cette même instance, présidée par la Russie au moment du déclenchement de l'agression le 24 février 2022. Au-delà de ces considérations systémiques, nombreuses sont cependant les règles du droit international encadrant et réprimant les actes illicites commis depuis cette date. Telle est la deuxième catégorie de considérations qu'appelle cette situation.

Cette seconde catégorie regroupe en effet les multiples questions juridiques que soulève ce conflit, tant du point de vue matériel qu'institutionnel. C'est l'objet de ce dossier spécial que de les explorer, dans la suite d'un premier dossier paru en 2014[22], et de manière complémentaire à ce qui a déjà été fait ailleurs[23]. Après le panorama proposé par Yves Sandoz, Nicolas Haupais étudie ainsi les conséquences du conflit sur le jeu institutionnel international et régional, quand Patrick Jacob d'une part, et Arnaud de Nanteuil, d'autre part, analysent les sanctions adoptées par l'UE contre la Russie – en un débat qui n'a pas fini d'animer la doctrine et que nous prolongeons ici[24] – et le statut des traités de protection des investissements étrangers après l'agression du 24 février 2022. Alexis Marie et Julian Fernandez inscrivent quant à eux la mise en place d'une protection internationale européenne spécifique pour les Ukrainiens fuyant le conflit armé dans la perspective plus large d'une réponse politique à l'usage, par la Russie, des migrations provoquées par la guerre comme arme diplomatique. A l'inverse, la politique de « passeportisation » que mène le Kremlin, analysée par Jules Lepoutre, permet à la Russie, qui l'a déjà expérimenté à la fin des années 2000 en Géorgie, d'attirer sous sa juridiction nombre de nouveaux ressortissants, doublant ainsi son emprise territoriale sur l'Est du territoire ukrainien d'une emprise personnelle qu'elle invoque pour justifier la nécessité de son action. Cette dernière, en toute hypothèse, ne saurait s'affranchir des règles du droit international humanitaire – pas plus que la réponse militaire ukrainienne – dont l'application dans le cadre de ce conflit – et l'instrumentalisation par les deux parties – est mise en lumière par Philippe Lagrange.

[21] Résolution du Conseil de Sécurité du 17 mars 2011, S/RES/1973.
[22] « Dossier : la crise ukrainienne », cette *Revue,* n°2014/4, pp.785-861.
[23] Outre le dossier publié à l'*Annuaire français de droit international* 2021 (voir ci-dessous, note 22),
[24] Voy. ainsi, notamment, le dossier consacré à la question des sanctions dans la dernière livraison de l'*Annuaire français de droit international,* vol. LXVII (2021) ; les « Huitièmes journées de la Justice pénale internationale » organisées les 2 et 3 février 2023 à l'Université Paris Panthéon-Assas et consacrées à la situation en Ukraine ; de même que les colloques, dont les actes sont à paraître aux Editions Pedone, « Ukraine : réflexions sur une guerre européenne », organisé par H. Flavier et P.-F. Laval à l'Université Lyon 3 le 25 mai 2022 et « La situation en Ukraine. Regards croisés et premières leçons », organisé par J. Fernandez à l'Université Galatasaray (Turquie) le 18 novembre 2022.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

LE DROIT INTERNATIONAL A LA LUMIERE ET A L'EPREUVE DU CONFLIT ARME EN UKRAINE

Yves SANDOZ*

Professeur honoraire de droit international humanitaire
à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains de Genève.
Ancien directeur du droit international et de la doctrine et membre honoraire du CICR

Dans une première partie en deux volets, nous ferons un bref survol des normes concernant l'utilisation de la force armée dans les relations internationales avant d'examiner l'applicabilité et l'application de ces règles dans le conflit ukrainien. Dans une deuxième partie nous nous pencherons sur l'applicabilité et l'application du droit de la neutralité par rapport à ce conflit. Dans une troisième partie nous nous arrêterons sur l'applicabilité et l'application du droit international humanitaire. Nous essaierons enfin, en conclusion, de tirer les leçons de constatations faites à la lumière de ce conflit.

I. NORMES CONCERNANT L'UTILISATION DE LA FORCE ARMÉE SUR LE PLAN INTERNATIONAL

A. Bref rappel des règles existantes

1. Rôle du Conseil de sécurité et légitime défense

Comme on le sait, l'utilisation de la force armée entre Etats a été bannie par la Charte des Nations Unies, qui réserve le monopole de l'usage extraterritorial de la force armée au Conseil de sécurité, dans le cadre de sa mission d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales[1]. Mais dans un climat de guerre froide qui s'est vite répandu, les Etats n'ont finalement pas donné au Conseil les moyens d'assumer ce rôle : les accords prévus par la Charte[2] pour la mise à disposition de contingents militaires n'ont pas abouti et la confiance en le système s'est effritée à peine avait-il été conçu. Les Etats se sont dotés de moyens militaires et ont forgé des alliances pour garantir leur sécurité, tout particulièrement l'OTAN[3] et le Pacte de Varsovie[4]. La question de la légitime

* L'auteur s'exprime ici à titre personnel.
[1] Cf. chapitre VII de la Charte des Nations Unies, en particulier l'article 42.
[2] Cf. art.43 de la Charte des Nations Unies.
[3] Organisation du Traité de l'Atlantique Nord signé le 4 avril 1949.
[4] Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle (Pacte de Varsovie) signé le 14 mai 1955.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

défense, prévue par la Charte mais seulement comme une mesure transitoire, a repris toute son importance. Cela d'autant plus que la reprise en mains par le Conseil de sécurité à la suite d'une activité de légitime défense, prévue par l'article 51 de la Charte[5], peut être bloquée par un veto. Il devient dès lors d'autant plus important de définir ce que permet la légitime défense pour éviter que l'on utilise ce concept abusivement.

La légitime défense est prévue pour faire face à une agression et il a fallu attendre 1974 pour que celle-ci soit enfin définie par l'Assemblée générale[6] : il s'agit de « l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat ». Cela sans toutefois fermer la porte à des actes qui seraient « de toute autre manière incompatibles avec la Charte des Nations Unies ». Celle-ci énumère ensuite une série d'actes couverts par la définition mais laisse une latitude au Conseil de sécurité de « qualifier d'autres actes d'agression conformément aux dispositions de la Charte ». On réalise mieux aujourd'hui l'utilité de cette formule avec la question, qui ne se posait pas à l'époque, des attaques cybernétiques, capables de causer de grands dommages sans utilisation de la force armée et qui posent de nombreuses questions. La première d'entre elles est d'identifier l'auteur du dommage : est-ce un Etat et, sinon, la responsabilité de celui-ci est-elle engagée du fait d'incitation ou de laxisme, voire d'une insuffisance de moyens (avec le problème des Etats « défaillants ») ; la deuxième est d'évaluer le dommage causé dans le territoire de l'Etat victime de l'attaque, de son espace aérien ou, le cas échéant, dans la mer territoriale, la zone contiguë ou la zone économique exclusive, voire dans l'espace extra-atmosphérique (si des satellites ou des installations d'un Etat sont visés) ; et la troisième, en fonction de la réponse aux deux premières, s'il y a l'amorce d'un conflit armé et donc une atteinte à la paix et à la sécurité qui relève du Conseil de sécurité et de la légitime défense. Toutes questions qui, sans être directement liées au conflit ukrainien, concernent néanmoins de près la Fédération de Russie, dont proviennent nombre d'attaques cybernétiques. Nous nous contenterons toutefois de rappeler ici qu'un travail d'experts de grande envergure a produit une analyse juridique, qui fait référence, des nombreux problèmes posés par de telles attaques[7].

Certains Etats, appuyés par une partie de la doctrine[8], ont estimé qu'il était justifié d'étendre la compétence de légitime défense pour suppléer les carences d'un système qui fonctionne mal en raison des blocages du Conseil de sécurité

[5] La légitime défense est admise, selon l'article 51, « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ».
[6] Cf. Résolution 3314 de l'Assemblée générale de l'ONU, du 14 décembre 1974.
[7] Cf. *Tallin Manual 2.0 on International Law Applicable to Cyberoperations*, prepared by The International Group of Experts at the Nato Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2nd ed., Cambridge, CUP, 2017.
[8] Les différentes positions doctrinales sur cette question sont bien résumées dans : R. KOLB, *Jus contra bellum, le droit international relatif au maintien de la paix*, Helbling et Lichtenhahn, Bâle / Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 184 et ss.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

engendrés par une utilisation très fréquente, et abusive, du droit de veto. Ils ont notamment défendu le concept de « légitime défense préventive »[9]. Même les auteurs favorables à cette notion lui ont toutefois fixé de strictes limites, comme l'a notamment fait le professeur Bindschedler en 1975, lors de la session de l'Institut de droit international. La défense préventive n'est licitement envisageable, selon lui, que « contre une agression qui, avec une vraisemblance avoisinant la certitude, est sur le point de se déclencher dans l'immédiat »[10]. Des actes allant bien au-delà et non liés à une menace imminente et concrète sont en tout cas presque unanimement condamnés, telle notamment l'attaque d'un réacteur nucléaire irakien par Israël en 1981 : malgré une certaine modération due à la menace d'un veto américain, le Conseil de sécurité, à l'unanimité, a condamné « énergiquement l'attaque militaire menée par Israël en violation flagrante de la Charte des Nations Unies »[11]. La Cour internationale de justice, de son côté, a bien précisé que le droit de légitime défense individuelle ne peut être exercé « que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée » et que « l'invocation de légitime défense collective ne change évidemment rien à cette situation »[12]. La Cour relève cependant que, faute d'être sollicitée sur ce point, elle ne se prononce pas sur la « licéité d'une réaction à la menace imminente d'une agression armée »[13], laissant toutefois ainsi entendre que la question ne se pose que si la menace est imminente.

Malgré ses défauts initiaux, le Conseil de sécurité a néanmoins rempli un rôle plus ou moins important en fonction de la qualité des relations entre les grandes Puissances et ce rôle s'est accru après la chute du mur de Berlin. Cela s'est notamment traduit par un élargissement de la définition de ce qui constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales. Partant d'une interprétation très étroite de la Charte, à savoir qu'il n'y avait atteinte ou menace à la paix internationale qu'en cas d'agression réalisée ou imminente d'un Etat par un autre, le Conseil a progressivement élargi sa vision, avec l'émergence des droits de l'homme dans la sphère internationale, reconnaissant que des conflits armés non internationaux ou des violations massives des droits de l'homme dans un Etat, et tout particulièrement un génocide, pouvaient être considérés comme des menaces à la paix et à la sécurité internationales[14]. Il faut bien reconnaître que des conflits

[9] Voir notamment à ce sujet A. CASSESE, « Commentaire de l'Article 51 », in J-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, 3ème éd., Economica, Paris, 2005, pp. 1329 et ss., en particulier pp. 1335-1343.
[10] Cf. *Annuaire de l'Institut de droit international*, Tome 56 (1975), p.73. La plupart des auteurs contestent la notion et la grande majorité de ceux qui l'acceptent partage ce point-de-vue restrictif.
[11] Résolution 487 (1981).
[12] CIJ, Arrêt du 16 juin 1986, *Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), Rec.*1986, § 195.
[13] *Ibid.*, § 194.
[14] Il y a une très longue liste des résolutions prises dans le cadre du chapitre VII concernant de telles situations depuis 1991 (avec des résolutions comme celles concernant l'ex-Yougoslavie 771(1991)) et 836 (1993) ou la Somalie (794 (1992)) jusqu'à aujourd'hui avec une résolution comme celle du 29 juillet 2022 concernant la République Centre-africaine (2648 (2022)).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

internes, notamment s'ils engendrent un flux de réfugiés, peuvent entraîner une déstabilisation de l'ensemble d'une région et constituent donc objectivement une menace à la paix internationale. Le Conseil de sécurité, très prudent au début à cet égard, a ensuite beaucoup évolué, considérant même dans certains cas que des violations graves des droits de l'homme ou du droit international humanitaire constituaient en elles-mêmes une raison pour agir dans le cadre du chapitre VII, sans même qu'il soit besoin de les rattacher à une déstabilisation régionale. Sa pratique manque toutefois de cohérence et dépend aussi des intérêts politiques des membres du Conseil, et avant tout des membres permanents. Ce qui nous rappelle que le Conseil a la compétence de sa compétence, soit un pouvoir quasi discrétionnaire pour définir les situations qui menacent la paix[15]. Au point qu'un auteur a pu dire, non sans ironie, que « le Conseil n'agit pas parce qu'une menace existe, mais une menace existe parce que le Conseil veut agir »[16].

2. Du « devoir d'ingérence » à « l'intervention d'humanité »

Il est utile de remonter un peu dans l'histoire pour comprendre l'origine du nouveau débat qui s'est engagé sur ces questions. De 1968 à 1971 s'est déroulé un terrible conflit au Nigéria entre le gouvernement central et la province du Biafra, qui souhaitait faire sécession et se constituer en Etat indépendant. Je ne vais pas entrer ici sur les causes de ce conflit ni sur les responsabilités des uns et des autres mais le fait est que la population biafraise a souffert de graves problèmes alimentaires faute d'accès à la nourriture, et ce malgré les actions de secours entreprises. C'était alors l'époque où les télévisions ont fait leur entrée dans la plupart des foyers, en Europe en tout cas, et les images d'enfants au ventre gonflé et aux membres squelettiques ont suscité une grande émotion. Bernard Kouchner avait participé à une mission pour le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), dont la taille s'était beaucoup réduite après la seconde guerre mondiale. Le Comité s'était lancé dans cette grande action d'aide humanitaire, avec un certain courage, sans avoir alors la structure lui permettant de le faire de manière très professionnelle. Il y a donc eu beaucoup d'improvisation et on peut même dire que c'est à partir de cette expérience que la structure actuelle du CICR s'est mise en place. C'est aussi après son expérience au Biafra avec le CICR que Bernard Kouchner, estimant la politique de communication du CICR trop timorée, a créé l'organisation « Médecins sans frontières ». C'est d'ailleurs tout le monde des « humanitaires », comme on les appelle de manière un peu sommaire, qui s'est considérablement élargi depuis lors pour faire face, par des actions de secours de

[15] Ce point étant reconnu par l'Institut de droit international, dans sa session d'Hyderabad en 2017. En effet, l'Institut reconnaît que la Charte des Nations Unies « ne prévoit pas de contrôle des décisions du Conseil de sécurité par des juridictions nationales ou régionales » (art.4, par.1), même s'il admet, toutefois, que les cours nationales et régionales peuvent examiner la mise en œuvre des sanctions ciblées décidées par le Conseil de sécurité, et de ce fait interpréter ses décisions (cf. art.4, par.2). Résolution finale de l'Institut sur la base du Rapport de la 12ème Commission sur le contrôle juridictionnel du Conseil de sécurité en matière de sanctions ciblées, p. 3.

[16] Cf. R. KOLB, *op. cit*. note 8, p. 66.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

grande ampleur, aux nombreux conflits qui se déroulèrent ensuite, pour la plupart, dans des pays où la population vivait déjà dans la précarité. Je ne m'étends pas ici sur le développement de ce que l'on a appelé le « charity business », de certaines dérives qui se sont alors produites et des efforts de coordination[17] et de professionnalisation[18] qui les ont suivies, avec un relatif équilibre finalement trouvé entre une meilleure coordination de l'aide humanitaire et la préservation des Organisations humanitaires de trop de lourdeur bureaucratique pour leur conserver la fraîcheur et la créativité qui font leur force.

Nous intéresse particulièrement, en revanche, le fait que l'émotion provoquée par le conflit du Nigéria-Biafra a aussi joué un rôle décisif sur les normes internationales. Les Conventions de Genève étaient encore très restrictives en ce qui concerne les actions de secours, marquées par le fait que pour de nombreux Etats, au sortir de la seconde guerre mondiale, « le blocus apparaît comme l'arme la plus efficace »[19]. A l'exception des dispositions concernant les territoires occupés – l'occupant étant tenu d'accepter des actions de secours s'il est incapable de pourvoir lui-même aux besoins essentiels de la population[20] – force est de constater que la IV^{ème} Convention de Genève est très restrictive en ce qui concerne les actions de secours en faveur de la population civile[21].

Les Protocoles additionnels de 1977 ont en revanche une approche tout à fait différente et beaucoup plus sensible au sort des populations civiles[22]. Ils posent le principe d'actions de secours à destination de l'ensemble de la population civile, et cela aussi sur le propre territoire des Parties au conflit. L'on admet par ailleurs que les dispositions sur les secours des Protocoles additionnels sont entrées dans le droit international humanitaire coutumier[23] et s'imposent donc même aux Parties à un conflit qui n'y sont pas liées.

Pouvait-on aller plus loin sur le plan normatif ? C'est, sous l'impulsion de Bernard Kouchner, ce qu'a espéré la diplomatie française, qui a porté la question

[17] Avec notamment la création en 1991, par la Résolution 46/182 de l'Assemblée générale de l'ONU, du Bureau de coordination des affaires humanitaires.
[18] Et l'élaboration de codes de conduites, parmi lesquels on mentionnera notamment le *Code de Conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales,* que la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge de 1995 a « accueilli favorablement » et auquel ont souscrit plusieurs organisations non gouvernementales.
[19] J. PICTET, dir., *Commentaire de la IV^{ème} Convention de Genève du 12 août 1949, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, p. 192.
[20] Cf. art.59 de la IV^{ème} Convention.
[21] Selon l'article 23 de la IV^{ème} Convention, les vivres et les vêtements doivent être destinés uniquement aux enfants de moins de 15 ans et aux femmes enceintes ou en couches. En plus l'obligation de laisser passer ces biens est subordonnée à la condition que la Partie qui accorde le passage n'ait pas de « raisons sérieuses de craindre le détournement des vivres ou que l'ennemi puisse en tirer avantage pour ses efforts militaires ou son économie ».
[22] Cf. art. 70 du Protocole 1 (conflits armés internationaux) et 18 du Protocole additionnel II (conflits armés non internationaux) additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés, du 8 juin 1977.
[23] Cf. J-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, ed,, *Customary International Humanitarian Law*, Vol.1, ICRC / Cambridge, CUP, pp. 193 et ss.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

à l'Assemblée générale des Nations Unies. Celle-ci a adopté en 1988 une résolution qui a été saluée par ses promoteurs comme une remarquable avancée, la résolution 43/131 sur « l'Assistance humanitaire aux victimes de catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre ». L'intitulé de la résolution démontre toutefois déjà que la négociation n'a pas été facile puisque l'on n'a même pas expressément mentionné les conflits armés, dont on doit comprendre qu'ils entrent dans « les situations du même ordre ». Certes, cette résolution est un rappel bienvenu et le débat qui l'a accompagné a permis de remettre sur le devant de la scène la nécessité de l'aide humanitaire d'urgence et les difficultés qu'elle rencontre. A la lire attentivement l'on peine toutefois à voir une réelle avancée par rapport aux dispositions sur les secours contenus dans les Protocoles additionnels de 1977 évoqués plus haut. Si la résolution rappelle l'importance de l'assistance humanitaire, elle réaffirme également la souveraineté des Etats et rien n'est dit sur une éventuelle action des Organisations humanitaires sans autorisation dans les situations extrêmes. Il n'est nullement mon intention de minimiser le mérite de ceux qui ont porté ce débat à l'ONU, qui s'est prolongé avec l'adoption de nombreuses autres résolutions[24]. La question d'une éventuelle obligation d'accepter une aide indispensable n'est toutefois résolue ni par les Protocoles additionnels de 1977, ni par les résolutions de l'ONU.

Dans les Protocoles additionnels il est précisé que les actions de secours seront entreprises « sous réserve de l'accord des parties concernées ». Beaucoup d'auteurs[25] ont toutefois estimé que le refus de secours indispensables serait une violation de ces dispositions, voire de l'interdiction d'utiliser la famine des civils comme méthode de guerre, prévue aussi dans le droit humanitaire[26]. Cela ne résout toutefois pas la question de savoir que faire en cas d'un tel refus. Les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU ne répondent pas davantage à cette question. Celle-ci avait pourtant fait l'objet d'une importante réunion qui a vu, à côté de la participation de responsables d'organisations actives dans l'action humanitaire d'urgence, d'écrivains, de juristes, de philosophes et de prix Nobel de la paix, celle de personnalités politiques, notamment le Président français d'alors, François Mitterrand, et le premier ministre Jacques Chirac. Les interventions faites lors de cette réunion ont été reproduites dans un ouvrage intitulé « Le devoir d'ingérence »[27]. En s'adressant au Président de la République, le professeur Bettati s'est dit heureux « de rencontrer le pouvoir qui aidera peut-

[24] Parmi lesquelles on mentionnera notamment la Résolution A/46/182 du 19 décembre 1991 qui contient en annexe des principes directeurs concernant le renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence de l'ONU. L'Assemblée générale a continué de se préoccuper de ces questions de manière permanente depuis lors, adoptant encore en 2022, à sa 77ème session, plusieurs résolutions sur le sujet et réaffirmant dans celles-ci la validité de ses principes directeurs.

[25] Parmi lesquels on mentionnera particulièrement M. BOTHE, K-J. PARTSCH et A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, 2ème ed. révisée par M. BOTHE, Martinus Nijhoff, Leiden – Boston, 2013, pp. 485-488 et 800-802.

[26] Cf. art. 54 du Protocole additionnel I.

[27] M. BETTATI et B. KOUCHNER, *Le Devoir d'Ingérence, Peut-on les laisser mourir ?* Denoël, Paris, 1987.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

être demain, nous l'espérons vivement, à la proclamation générale et universelle d'un droit des victimes à l'assistance humanitaire »[28]. Se référant à Sakarov, le célèbre dissident russe, François Mitterrand a lui-même parlé d'une pensée sans prévention – ce qui, a-t-il ajouté, ne signifiait pas sans examen – qui, associés aux critères moraux, était « une façon de se guider lorsqu'on butte sur les évidences que sont les questions complexes et contradictoires qu'on appelle souveraineté d'un Etat, le droit d'un gouvernement de décider pour tous, y compris d'élever des barrières hostiles aux droits de l'homme »[29].

Ce disant, le président mettait le doigt sur la question cruciale : quelle réaction doit-on avoir face aux Etats qui élèvent ces barrières hostiles ? Peut-on imposer par la force une action humanitaire, doit-on intervenir militairement dans les Etats qui commettent des violations graves et massives des droits de l'homme ? Aucune réponse claire ne fut toutefois donnée à cette question. Et Jacque Chirac, qui prononça le discours de clôture, a parlé « d'actions diplomatiques », de « pressions économiques », de dénonciation « des violations continuelles des droits de l'homme », actions dont il reconnaît « qu'elles restent souvent inefficaces » mais qui lui paraissent essentielles néanmoins et propres à faire bouger les choses dans la durée. Et à cela il ajoute l'aide économique des pays manquant de tout, soulevant toutefois le problème, sans y apporter de réponse, que l'aide peut conforter des régimes totalitaires. Mais il n'évoque nulle part la possibilité d'imposer l'aide humanitaire ou plus généralement le respect des droits de l'homme par la force[30]. D'autres ont néanmoins paru franchir le pas, comme Bernard Kouchner lui-même : « nous revendiquons, contre une mauvaise interprétation de la souveraineté nationale, le droit d'intervention auprès des hommes en péril »[31]. Mais en réalité, il ne faisait pas allusion à une éventuelle utilisation de la force mais seulement au droit qu'avaient, selon lui, les organisations humanitaires d'entrer dans un Etat pour aider les populations dépourvues de biens essentiels, dans les situations d'urgence, même sans l'accord de l'Etat sur le territoire duquel se trouvent ces populations. Et il a mentionné en appui à sa thèse maintes situations dans lesquelles de l'aide a pu être apportée dans de telles conditions, notamment en Afghanistan, au Salvador, au Nicaragua, en Afrique du Sud et en Ethiopie[32].

Il ne faut certes pas minimiser l'importance de telles actions. On peut aussi mentionner ce que l'on peut qualifier « d'ambiguïté constructive », dans des cas tel celui qui s'est produit dans la guerre entre l'Erythrée, encore rattachée à l'Ethiopie, qui revendiquait son indépendance et le gouvernement éthiopien : le CICR avait alors une action du côté érythréen tolérée par le gouvernement éthiopien mais à laquelle celui-ci n'aurait pas, pour des raisons politiques, donné

[28] *Op. cit*, p. 26.
[29] *Op. cit*., p. 36.
[30] *Op. cit*, p. 284.
[31] *Op. cit*, p. 22.
[32] *Op. cit*., p. 272 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

un accord formel. Il fallait donc admettre une sorte d'accord tacite dont chacun s'accommodait. On peut enfin s'appuyer sur la Cour internationale de Justice qui, dans son arrêt de 1986 sur l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, indique « qu'il n'est pas douteux que la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays, quels que soient leurs affiliations politiques ou leurs objectifs, ne saurait être considérée comme une intervention illicite »[33], pour autant « que l'aide soit prodiguée sans discrimination à toute personne dans le besoin »[34] (ce qui revient à rappeler le principe d'impartialité qui est un des principes fondamentaux du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et qui est largement reconnu pour toute aide humanitaire internationale).

On ne saurait toutefois ignorer qu'on ne pénètre pas si facilement dans un pays sans l'accord des autorités, avec des limites évidentes à l'ampleur et à la pérennité de telles actions et de grands risques pour ceux qui entrent dans ces conditions : risques pour leur intégrité physique d'abord, bien sûr, mais risques aussi de sanctions très lourdes en cas de capture, le plus souvent sans garanties sérieuses ni de traitement ni d'un procès équitable et respectueux des garanties judiciaires. Imagine-t-on aujourd'hui une organisation allant aider les Ouïghours sans l'accord du gouvernement chinois ?

La question cruciale qui a finalement été éludée est donc bien celle d'une éventuelle utilisation de la force armée en *ultima ratio*, dans un pays qui refuse l'accès de secours à une population affamée ou qui viole massivement les droits de l'homme. Historiquement, l'on doit rappeler ce que l'on a nommé les « interventions d'humanité », soit des interventions entreprises par un ou plusieurs Etats dans un autre Etat pour protéger soit ses propres citoyens, dans une acception restrictive de la notion, soit des citoyens de l'Etat dans lequel l'intervention se produisait, contre des exactions commises à leur égard. L'idée est ancienne et dans la première moitié du XVII^{ème} siècle Grotius estimait déjà légitime une intervention dans des cas extrêmes et il fut suivi par une bonne partie de la doctrine aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècle. Mais il est intéressant de noter que le débat qui subsiste sur l'intervention d'humanité était déjà présent en ces temps. Vattel, quoique partisan d'une action collective des Etats pour réprimer, châtier « et même pour mettre hors d'état de nuire » une nation « malfaisante, toujours prête à nuire aux autres »[35], s'oppose à l'opinion de Grotius selon lequel « un Souverain peut justement prendre les armes pour châtier des Nations qui se rendent coupables de fautes énormes contre la loi naturelle », pour la raison que

[33] CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique),* Rec. 1986, par. 242.
[34] *Ibid*., par. 242 - 243).
[35] E. DE VATTEL, *Le Droit des Gens, ou Principes de la loi naturelle appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, Livre II, chap. IV, §53. On ne saurait mentionner Emer DE VATTEL sans citer, pour ceux qui veulent approfondir son apport, la remarquable thèse d'E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du Droit International classique*, Pedone, Paris, 1998.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

« son sentiment ouvre la porte à toutes les fureurs de l'enthousiasme et du fanatisme, et ouvre aux ambitieux des prétextes sans nombre »[36]. Ce type d'interventions s'est pourtant effectivement développé, tout particulièrement au XIX[ème] siècle, souvent pour protéger des minorités religieuses, en particulier chrétiennes, mais aussi avec quelques interventions pour protéger des personnes que l'on qualifierait aujourd'hui de détenus politiques, notamment celle faite dans les Deux-Siciles en 1856 par la France et le Royaume-Uni pour protéger des personnes arrêtées et cruellement traitées pour leurs opinions libérales[37].

La situation a radicalement changé avec l'adoption de la Charte des Nations Unies et le monopole laissé au Conseil de sécurité quant à l'utilisation extraterritoriale de la force armée. On l'a relevé, la pratique du Conseil de sécurité a évolué au gré d'une sensibilité accrue aux droits de l'homme et il n'a pas exclu l'utilisation de la force en certaines circonstances. Il a notamment permis de mettre en place des « corridors humanitaires » en ouvrant une voie aérienne sécurisée permettant le passage de secours à des personnes autrement inaccessibles, notamment dans les nombreuses résolutions prises lors de la guerre du Golfe, imposant à l'Irak l'accès à la partie kurde du pays, mais aussi dans de nombreux autres conflits, tels ceux de l'Angola, du Libéria, de la Géorgie, du Mozambique, de la Somalie, du Yémen, du Rwanda, de l'ex-Yougoslavie. Et dans le cadre du conflit du Soudan, en 2009, le Conseil a clairement affirmé qu'il était disposé à intervenir militairement, comme l'y autorise la Charte des Nations Unies, en cas de conflit armé où des civils seraient pris pour cibles ou si l'acheminement de secours humanitaires destinés à des civils était délibérément entravé[38].

Se pose toutefois l'ultime question du blocage d'actions indispensables par des vetos. Le droit international humanitaire indique que les actions prises en cas de violations graves du droit international humanitaire doivent l'être en conformité avec la Charte[39] mais cela ne résout pas le problème car ceux qui revendiquent le droit d'agir unilatéralement dans ces cas ne prétendent pas le faire en contradiction avec celle-ci. Pour résumer très succinctement leur argumentation, on dira qu'ils mettent en avant que les principes fondamentaux sur lesquels la Charte est fondée ne tolèrent pas une telle situation : faut-il par exemple prétendre que le respect de la Charte imposait de ne pas intervenir au Cambodge, du fait du blocage du Conseil de sécurité, alors qu'un des pires génocides de l'histoire s'y commettait ? Dans ces cas les principes doivent, selon eux, prévaloir sur les questions de compétence. Mais les détracteurs d'une telle approche ont aussi un très sérieux argument à faire valoir : en remettant en question le droit de veto, on ouvre une boîte de Pandore et l'on fait peser de graves incertitudes sur les relations internationales. Le prétexte de « l'intervention d'humanité » risque fort d'être utilisé par des Etats ayant des

[36] *Ibid*. Livre II, Chap.I, §7.
[37] Pour un résumé de cette pratique, cf. R. KOLB, *op. cit*. note 8, par.496 et ss.
[38] Voir notamment la Résolution 1870 (2009).
[39] Cf. art. 89 du Protocole additionnel I de 1977.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

desseins tout autres qu'humanitaires, comme l'avait déjà compris de Vattel. Admettons en toute honnêteté que c'est un vrai dilemme[40], sans nous y arrêter davantage ici car nous nous y penchons un peu davantage ci-dessous dans un cas concret en relation avec le conflit en Ukraine.

3. Les réponses au terrorisme

Les attentats du 11 septembre 2001 ont par ailleurs mis le doigt sur la question du terrorisme international, qui ne devenait plus seulement une menace ciblée dans la défense d'une cause, comme ce fut le cas notamment dans le conflit nord-irlandais ou dans le conflit basque, mais une menace beaucoup plus générale dans ce que l'on a qualifié de « choc des civilisation »[41]. La lutte contre le terrorisme, avec l'expression trompeuse de « war on terror »[42], a relancé le débat sur l'utilisation unilatérale de la force. Cette prétendue « guerre contre la terreur » permet-elle aux Etats d'intervenir sur le territoire d'Etats qui abritent des groupes terroristes ? L'intervention en Afghanistan a été avalisée par le Conseil de sécurité pour cette raison, l'ampleur de l'attaque justifiant, comme le représentant français l'a déclaré, la qualification d'agression[43]. Mais qu'en est-il si un Etat n'abrite pas volontairement de tels groupes mais qu'il est incapable de les contrôler ? Les questions de la responsabilité de l'Etat, du principe d'effectivité, des Etats dits « défaillants » ou « en déliquescence » (l'expression anglaise de « failed States » a encore d'autres traductions dans la littérature française)[44] et des « homicides ciblés »[45] sont alors soulevées et posent de nombreux problèmes que je n'aborde pas ici : même si l'argument de la lutte contre le terrorisme a pu parfois être mentionné par Vladimir Poutine, il reste marginal dans l'analyse du conflit en Ukraine.

Cela non sans souligner toutefois qu'il s'agit de rester très vigilant face à une tendance renouvelée de certains Etats, suite à la recrudescence d'actes terroristes, de donner à nouveau une interprétation très large de la légitime défense préventive, qui met en cause tout le système de sécurité mis en place par la Charte. Vigilance d'autant plus justifiée que la qualification de « terroristes » est souvent

[40] Pour une étude approfondie de la question, cf. notamment O. CORTEN et P. KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction*, Bruylant, Bruxelles, 1992.
[41] Théorie notamment développée dans le livre de S. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, Simon and Shuster, 1996.
[42] George Bush a été, sauf erreur, le premier à utiliser cette expression, dans un discours de septembre 2001 : "Our war on terror begins with Al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist groups of global reach has been found, stopped and defeated". Il a ensuite aussi utilisé, dans un discours du 11 octobre de la même année, l'expression « Gobal war on terror ». Citations mentionnées en ligne dans la « *George Bush Presidential Library and Museum* ».
[43] Cf. Résolutions 1368 (2001) du 12 septembre 2001 et 1373 (2001) du 28 septembre 2001, dans lesquelles le Conseil de Sécurité s'appuie sur le chapitre VII de la Charte pour prendre de nombreuses mesures concernant la prévention et la répression du financement, du recrutement et de la fourniture d'armes liés à des groupes terroristes et pour préconiser l'échange d'informations. Toutefois en réaffirmant le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, il reconnaît implicitement qu'il n'est pas en mesure de prendre lui-même en mains l'opération militaire, comme le prévoit l'article 51.
[44] Là-dessus, cf. notamment D. THÜRER, «the "failed States" and international law», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N°836, dec.1999, pp. 731et ss.
[45] Sur laquelle cf. notamment N. MELZER, *Targeted Killing and International* Law, Oxford, OUP, 2008.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

un alibi utilisé par les Etats pour discréditer leurs opposants et leur supprimer même les droits essentiels.

B. L'intervention armée de la Fédération de Russie en Ukraine à la lumière du droit international

L'existence d'un conflit armé ne fait aucun doute. Même si la Fédération de Russie emploie l'expression « d'opération spéciale », elle l'a d'ailleurs implicitement reconnu puisqu'elle parle de prisonniers de guerre, catégorie réservée aux conflits armés internationaux. Mais s'agit-il d'une agression ? Cela paraît évident mais la Fédération de Russie n'accepte évidemment pas une qualification qui reviendrait pour elle à reconnaître qu'elle commet ainsi un crime international. Son attitude laisse dès lors place à trois justifications possibles.

La première est celle de la légitime défense. Dans les discours tenus à l'intérieur de la Russie par le président Poutine, il dénonce fréquemment l'extension constante de l'OTAN et la menace qu'elle fait peser sur la Russie. Indépendamment de l'aspect juridique de la question, il ne faut pas négliger cette version du problème. Beaucoup de politologues, même dans les pays occidentaux, soulignent que l'OTAN, et les Américains en particulier, n'ont pas tenu les promesses qui auraient été faites à Gorbatchev, lors du processus de réunification de l'Allemagne, de ne pas élargir l'OTAN. En ce sens on relèvera que dans une interview donnée en 1998, George Kennan, diplomate et politologue très influent aux Etats-Unis, avait estimé, alors que l'OTAN venait d'incorporer la Pologne, la République tchèque et la Hongrie, que cette expansion était une « tragique erreur » qui marquait le début d'une nouvelle guerre froide. Il avait mis en garde de ce que les Russes allaient « gradually react adversely ». Après l'entrée dans l'OTAN de sept autres Etats de l'Europe de l'est, dont les Etats baltes qui faisaient partie de l'Union soviétique, Poutine lui-même parla de « sérieuse provocation » et en 2007, à la Conférence de Munich sur la sécurité, un forum annuel consacré aux politiques de défense, il s'interrogea sur ce qu'étaient advenues les assurances de ses partenaires européens après la dissolution du Pacte de Varsovie. Et quand, au sommet de l'OTAN de 2008, il fut promis à l'Ukraine qu'elle pourrait rejoindre l'OTAN, en dépit de la véhémente opposition de la Russie, l'ambassadeur des Etats-Unis à Moscou lui-même écrivit dans une note à Condoleezza Rice, Secrétaire d'Etat à l'époque, que dans tous ses contacts avec des personnalités russes, il n'y en avait pas une « who views Ukraine in NATO as anything other than a direct challenge to Russian interests »[46]. Bref, selon les tenants de cette analyse, la responsabilité des Puissances occidentales est fortement engagée par rapport au conflit ukrainien, même si l'intervention militaire russe est malgré tout condamnée par la grande majorité d'entre eux.

A l'opposé, certains estiment que Poutine n'avait jamais vraiment accepté la dissolution de l'URSS et était prêt à saisir toute occasion pour reprendre une partie

[46] Cette citation et les réflexions qui précèdent sont contenues dans M. BENJAMIN et N.J.S. DAVIES, « Nato and a War Foretold », *Counterpunch,* 29 juin 2022.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

du terrain perdu. Finalement, il est difficile de prétendre que c'est la Géorgie, amputée de l'Abkhazie et de l'Ossétie du sud, ou la Moldavie, dont une partie, la Transnistrie, est occupée, ou encore l'Ukraine, de laquelle on a détaché la Crimée, qui menacent la Russie et pas le contraire. S'agit-il de victimes collatérales de l'attitude agressive de l'OTAN ou au contraire les Etats qui ont été admis dans l'OTAN, tels notamment les Etats baltes, ont-ils trouvé, en adhérant, une protection qui, seule, les met à l'abri des ambitions expansionnistes du président Poutine ? N'y aurait-il pas, sinon, le risque que celui-ci trouve un prétexte, notamment la protection des minorités russophones dans ces Etats, pour se lancer dans une nouvelle aventure militaire ? Je ne prétends pas trancher ces questions mais si l'on en revient au droit international, on doit bien constater que même selon les thèses les plus permissives de la légitime défense préventive, la prétendue menace de l'OTAN ne permet pas de justifier l'attaque de la Russie en Ukraine.

Le deuxième argument qu'a aussi implicitement utilisé la Fédération de Russie est celui de l'intervention d'humanité, pouvant notamment se fonder sur le précédent de l'intervention de l'OTAN en 1999 dans l'ex-République fédérale de Yougoslavie. L'OTAN avait donné à son intervention sans l'aval du Conseil de sécurité, en 1999, la justification d'éviter une « catastrophe humanitaire », selon les termes utilisés par plusieurs membres du Conseil de sécurité dans les débats sur le sujet du 24 puis du 26 mars[47], le second à propos d'un projet de résolution présenté par le Bélarus, la Fédération de Russie et l'Inde[48]. Il avait notamment été dit lors de ces débat que la Charte des Nations Unies n'implique pas « que la communauté internationale doive ignorer une catastrophe humanitaire » et que l'on ne saurait « regarder passivement » une telle catastrophe se produire ; que le Conseil de sécurité a « la responsabilité principale, mais non exclusive, du maintien de la paix et de la sécurité » ; que celui-ci avait par ailleurs lui-même affirmé « dans les résolutions 1199 (1998) et 1203 (1998) que la détérioration de la situation au Kosovo fait peser une menace sur la paix et la sécurité dans la région » ; que « le caractère urgent d'une situation exige parfois une action immédiate et décisive » : et que comme « tous les moyens diplomatiques ont été épuisés … l'action militaire en République fédérale de Yougoslavie est devenue inévitable ». Le représentant de la Fédération de Russie s'était alors opposé à ce point de vue de manière virulente, déclarant que celle-ci était « profondément indignée par le recours à la force de l'OTAN » ; qu'il faut rappeler « la nécessité absolue pour tous les Etats de respecter scrupuleusement le droit international » ; que l'action de l'OTAN « contre un Etat souverain sans l'autorisation du Conseil de sécurité et en éludant ce dernier pose une réelle menace à la paix et à la sécurité internationales et constitue une violation flagrante de la Charte des Nations Unies et des autres normes fondamentales du droit international » et qu'une telle action aurait des conséquences préjudiciables à

[47] Le verbatim de la séance du 24 mars est reproduit dans le document S/PV.3988 et celui de la séance du 26 mars dans le document S/PV.3999. Les citations qui suivent sont tirées de ces deux documents.
[48] Document S/1999/328 du 26 mars 1999.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

long terme « aussi pour la stabilité de tout le système multipolaire actuel des relations internationales ». Défendre actuellement la légitimité de l'agression russe, en affirmant que des nazis gèrent l'Ukraine et commettent un génocide contre la minorité russophone, tout particulièrement dans le Donbass et en raison de l'inaction du Conseil de sécurité, implique donc une volte-face complète alors que, ironie de l'histoire, le représentant de la Fédération de Russie qui a défendu la position de cet Etat en 1999 était Sergueï Lavrov, l'actuel ministre des Affaires étrangères. L'on comprend donc mieux l'utilisation de l'expression « opérations militaires », pirouette qui ne trompe personne, ni même ceux qui l'utilisent. Et la Fédération de Russie a d'autant moins de légitimité d'utiliser l'argument de « l'intervention d'humanité » que le projet de résolution mentionné ci-dessus exigeant « qu'il soit immédiatement mis fin à l'emploi de la force contre la République fédérale de Yougoslavie » avait été rejeté par 12 voix contre 3, donc par le Conseil dans son ensemble, alors que seul le veto russe a empêché l'adoption le 25 février 2022 d'une Résolution qui « déplore dans les termes les plus énergiques l'agression commise par la Fédération de Russie », la Chine, l'Inde et les Emirats arabes unis s'abstenant et les 11 autres membres du Conseil l'approuvant[49]. Bref, même si ce qui s'est passé dans le Donbass mérite investigation et qu'il ne faut pas *a priori* nier toute responsabilité de l'Ukraine, ni d'ailleurs ignorer le fait que la Russie a soutenu les séparatistes et n'a rien fait pour calmer le jeu, la thèse d'une intervention d'humanité pour mettre fin à un génocide n'est pas sérieuse.

Le troisième argument que pourrait évoquer la Russie est celui d'un soutien aux Républiques auto-proclamées de Donetsk et de Lougansk, soit une aide à des Etats qui se défendent légitimement contre l'agression de l'Ukraine. Cet argument a évolué avec l'annexion proclamée par Poutine de ces « Républiques » et celle, en sus, de Kherson et Zaporija. Pour la Fédération de Russie, les attaques contre ces territoires deviennent dès lors des attaques contre elle-même, donnant une nouvelle vie à une prétendue légitime défense. Cet argument de la légitime défense n'est toutefois pas plus sérieux que les deux autres. Certes, le droit reconnu des peuples à disposer d'eux-mêmes souffre de l'absence d'une définition reconnue de la notion de peuple. Mais la « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies », annexée à la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970, visait essentiellement les peuples sous domination coloniale et précise bien que rien dans la Déclaration « ne sera interprété comme une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain ou indépendant … » et que « Tout Etat doit s'abstenir de toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un autre Etat ou d'un autre pays ». On ne peut ignorer toutefois quelques précédents, notamment celui du

[49] Le projet de résolution est contenu dans le document S/2022/155, du 25 février 2022.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Kosovo, Etat d'ailleurs toujours non reconnu par la Russie. Mais le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a été strictement délimité[50] et il est évident que l'on ne saurait admettre que chacun attribue la qualité de peuple à qui bon lui semble au gré de ses humeurs et incite quand il le juge utile des entités sans légitimité démocratique à se proclamer indépendantes ou à décider de leur annexion à un autre Etat (cela sans même parler de l'absence de toute crédibilité du référendum organisé). C'est tout l'ordre international qui serait ainsi remis en question.

De tout cela l'on peut donc conclure que même si l'on accepte l'analyse des politologues les plus compréhensifs à l'égard de la Russie, rien de sérieux ne permet, dans le droit international, de justifier l'action actuelle de ce pays, qui est à l'évidence une agression contraire à la Charte et donc un crime condamné par le droit international.

Quant à l'Ukraine, elle utilise le « droit naturel de légitime défense » qui lui est reconnu par la Charte des Nations Unies, droit qui s'exerce selon l'article 51 « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix » et donc sans limite de temps en l'occurrence puisque toute action sérieuse serait bloquée par le Conseil du fait du veto russe. Pour peu qu'elle les sollicite, les Etats qui souhaiteraient soutenir l'Ukraine en participant eux-mêmes au conflit seraient, par ailleurs, légitimés à le faire, conformément aux règles reconnues de la légitime défense.

II. LA NEUTRALITÉ

« Les peuples neutres, dans une guerre, sont ceux qui n'y prennent aucune part, demeurant Amis communs des deux partis, et ne favorisant point les armes de l'un, au préjudice de l'autre ». Cette définition d'Emer de Vattel[51] a donné un essor décisif au droit de la neutralité et cet auteur fut la référence principale qui a sous-tendu ensuite des applications concrètes de ce droit dans les années qui suivirent, notamment de la part des Etats-Unis[52].

L'application du droit de la neutralité a néanmoins donné lieu à moult controverses et l'on a ensuite essayé de le préciser par des traités. Le 16 avril 1856 fut adoptée la « Déclaration de Paris réglant divers points de droit maritime »[53] en complément du Traité de Paris du 30 mars de la même année, qui mettait fin à la guerre de Crimée. Considérant que « le droit maritime, en temps de guerre, a été pendant longtemps l'objet de contestations regrettables » et que cela « donne lieu, entre les neutres et les belligérants, à des divergences d'opinion qui peuvent faire naître des difficultés sérieuses et même des conflits », la Déclaration pose

[50] Voir notamment à ce sujet, O. CORTEN et P. KLEIN, *op. cit*. note 40, pp. 251 et ss.
[51] E. DE VATTEL, *op.cit*. note 35, Livre III, Chap. VII : « De la Neutralité et du passage des Troupes en pays neutre », 1er par.
[52] A ce sujet, cf. notamment K. WANI, *Neutrality in international law*, Routledge, Londres et New-York, 2017, en particulier pp. 102 et ss.
[53] On trouvera notamment le texte de cette Déclaration dans D. SCHINDLER et J. TOMAN, *Droit des conflits armés*, CICR/Institut Henry Dunant, pp. 1095 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

quatre règles concernant la course (qui est abolie), le pavillon neutre, la marchandise neutre et le blocus. Quoique signé seulement par un nombre limité d'Etats[54], ce texte est l'une des premières conventions « à vocation universelle », soit ayant l'ambition, comme elle l'indique dans son préambule, d'établir « une doctrine uniforme », pour l'ensemble des Etats. Les signataires se déclarant de ce fait « convaincus que les maximes qu'ils viennent de proclamer ne sauraient être accueillies qu'avec gratitude par le monde entier ».

C'est toutefois à La Haye, en 1907, que deux Conventions ont réellement posé les bases du droit de la neutralité encore en vigueur de nos jours, soit la « Convention concernant les droits et devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre » et la « Convention concernant les droits et devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime »[55]. Ces Conventions visent à définir la relation entre ceux d'entre eux qui participent à un conflit armé et les autres, sans donner de statut particulier aux Etats dotés d'un statut de neutralité permanente. La très grande majorité des Etats est donc neutre dans la plupart des conflits internationaux. Le but de ces Conventions est de définir la ligne rouge à ne pas franchir pour que les relations que continuent d'avoir les Etats avec les belligérants ne soient pas considérées comme une participation au conflit. Les forces armées de l'un ou de l'autre ne doivent, notamment, pas transiter par le territoire de l'Etat neutre. Celui-ci ne doit pas non plus tolérer de servir de base de recrutement. Parmi les quelques autres exigences imposées par la neutralité, l'envoi d'armes à partir d'un territoire neutre mérite que l'on s'y arrête au vu de l'importance qu'elle a prise dans le conflit ukrainien. Selon les Conventions de 1907, une Puissance neutre n'est pas tenue d'empêcher l'exportation ou le transit, pour le compte d'un belligérant, d'armes, de munitions et, en général, de tout ce qui peut être utile à une armée[56]. Cela s'explique par la grande place laissée alors à la liberté du commerce. Il est toutefois précisé que si des mesures restrictives sont prises, elles doivent être « uniformément appliquées aux belligérants ». La Convention sur la guerre maritime donne par ailleurs une précision supplémentaire dont il est admis qu'elle vaut aussi pour la Convention concernant la guerre sur terre[57] : l'Etat neutre n'a pas le droit de remettre lui-même un tel matériel[58].

Si les Conventions de 1907 restent aujourd'hui la base du droit de la neutralité, le droit international coutumier leur a apporté quelques modifications. La plus importante concerne précisément la question du transfert d'armes. Du fait notamment des nombreuses Conventions de désarmement, la responsabilité des

[54] 7 lors de son adoption, 17 autres les deux années qui suivirent, puis l'Espagne en 1908 et le Guatemala en 1956.
[55] On trouvera notamment le texte de ces Conventions dans D. SCHINDLER et J. TOMAN, *op. cit*. note 53, respectivement pp. 1353 et ss. et 1365 et ss.
[56] Cf. art.7 des deux Conventions.
[57] Là-dessus cf. Y. SANDOZ, "Rights, Powers and Obligations of Neutral Power under the Conventions" in : A.CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI, ed., *The 1949 Geneva Conventions, a commentary*, Oxford, OUP, 2015, p. 89.
[58] Cf. art.6 de la Convention.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Etats est généralement reconnue pour toutes les armes, munitions et autre matériel de guerre exportés à partir de son territoire[59].

On relèvera aussi la question du survol de l'espace aérien de l'Etat neutre par les belligérants, non prévu en 1907 à une époque où l'aviation n'était qu'embryonnaire, mais en principe interdit comme le transit par le territoire pour appliquer à la réalité actuelle la logique qui a prévalu en 1907.

Le droit de la neutralité aurait logiquement dû disparaître avec l'adoption de la Charte des Nations Unies puisque les conflits armés entre Etats sont proscrits par celle-ci. Il est redevenu d'actualité du fait que l'ONU n'a pas réussi dans son ambition d'abolir l'utilisation de la force entre les Etats, mais il devient une sorte de droit subsidiaire puisqu'il ne s'applique que quand il y a eu violation du droit international, c'est-à-dire qu'un Etat en a attaqué un autre.

S'est toutefois alors posée la nouvelle question de la neutralité par rapport à des actions coercitives décidées par l'ONU, en principe le Conseil de sécurité, en vue de rétablir la paix. Ce cas de figure n'est évidemment pas prévu dans les Conventions de 1907 et il a donc fallu réinterpréter le droit de la neutralité. En ce qui concerne les sanctions, la Suisse[60], comme d'autres Etats neutres, a estimé que la participation à des sanctions décidées par l'ONU n'était pas contraire au droit de la neutralité et cette position est généralement admise[61].

Les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui ont repris et développé l'ensemble du droit international humanitaire, ont également précisé et développé certains éléments de ce droit et ouvert des compétences particulières pour les Etats neutres. Des précisions sont notamment données en ce qui concerne l'internement des blessés et malades militaires d'un pays en conflit dans un pays neutre[62], avec aussi l'injonction nouvelle de rapatrier les grands blessés[63] et la possibilité de transférer en pays neutre des internés civils prévus par la IV^{ème} Convention de Genève[64], catégorie non prévue avant 1949 par le droit international humanitaire. La II^{ème} Convention prévoit, quant à elle, la possibilité d'en appeler aux embarcations neutres pour prendre en charge des blessés, malades et naufragés[65] et celle de mettre, à fin de contrôle, un délégué d'un Etat neutre sur les navires hôpitaux des Etats belligérants[66]. Le Protocole additionnel I de 1977 a par ailleurs précisé les droits et

[59] En ce sens cf. notamment E. CASTREN, "The Present Law of War and Neutrality", *Annales Academiae Sciertarum Fennicae*, 1954, n.11, at 475.
[60] Cf. notamment N. MICHEL « La neutralité de la Suisse à l'épreuve du conflit du Kosovo », *Revue suisse de droit international et de droit européen,* 2/2000, pp.197 et ss.
[61] En ce sens, cf. notamment M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *Droit international public*, 9ème éd., LGDJ, 2022, par. 935.
[62] Cf. art.109-111 de la II^{ème} Convention de Genève de 1949.
[63] Cf. art.110 de cette Convention et l'Accord-type annexé aux Convention (Annexe 1).
[64] Cf. art.132ss. de la IV^{ème} Convention de Genève.
[65] Cf. art.21 de la II^{ème} Convention de Genève.
[66] Cf. art.31, dernier al., de la II^{ème} Convention de Genève.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

devoirs des Etats neutres par rapport aux avions sanitaires des belligérants qui pourraient survoler leur territoire ou y atterrir[67].

Dans les nouvelles possibilités ouvertes par les Conventions de Genève aux Etats neutres, on mentionnera en particulier celle de créer en pays neutre une Agence centrale de renseignements sur les prisonniers de guerre[68] et une telle Agence également pour les personnes protégées par la IV^{ème} Convention, notamment les internés[69]. Un Etat neutre peut également être désigné comme Puissance protectrice ou collaborer avec celle-ci par la mise à disposition de délégués[70], le rôle d'une telle Puissance étant de concourir à l'application des Conventions, de contrôler que celles-ci soient bien respectées et de sauvegarder l'intérêt des Parties en conflit. Ces nouvelles possibilités données aux Etats neutres de jouer un rôle propre à améliorer le respect du droit international humanitaire et le sort des victimes de la guerre ne sont toutefois plus utilisées. Nous reprenons cette question dans la partie consacrée au droit international humanitaire.

Une évolution importante s'est produite lors de la seconde guerre mondiale, l'entrée en jeu d'une catégorie intermédiaire entre la belligérance et la neutralité, que l'on a qualifiée de non-belligérance. On en trouve une référence dans les actes de la Conférence d'experts gouvernementaux qui avait pour but d'étudier les projets des Conventions de Genève, lors de laquelle le Délégué français a demandé que l'article 4,B,2 de la III^{ème} Convention, qui concerne l'internement en pays tiers, mentionne les « Puissances neutres ou non belligérantes ». Il a justifié sa demande comme suit : « Certains de nos camarades ont été internés en Bulgarie, Hongrie, ou même Espagne, pays qui étaient non-belligérants à l'égard de la France, mais qui n'étaient pas considérés comme des pays neutres »[71]. Cette formule a subsisté dans ce même article après son examen par la Conférence diplomatique et il aurait alors logiquement dû s'étendre aux autres articles concernant les Etats neutres. Cela n'a pourtant pas été fait et l'on doit admettre que le maintien de cette mention est en réalité une inadvertance, cette question n'ayant pas été discutée lors de la Conférence diplomatique et cette mention n'existant dans aucun autre article des quatre Conventions, qui ne contiennent aucune référence à une catégorie intermédiaire entre la belligérance et la neutralité[72]. La confusion a

[67] Cf. art.31 du Protocole additionnel I.
[68] Cf. art.123 de la III^{ème} Convention.
[69] Cf.art.140 de la IV^{ème} Convention.
[70] Cf. art. 8-8-8-9 des quatre Conventions de Genève.
[71] Sténogrammes de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions pour la protection des victimes de la guerre, Genève, 14-26 avril 1947, Vol. IV, par.36.
[72] Dans le commentaire initial de la III^{ème} Convention de Genève, l'on mentionne bien à une reprise, à propos de cette disposition, les Etats neutres et les Etats non belligérants, mais sans explication sur l'origine de la distinction, en se contentant ensuite de l'expression « Etats neutres » et sans conséquence en ce qui concerne l'internement de prisonniers de guerre, possible dans les deux types d'Etats : cf. J. PICTET, dir., *Commentaire de la III^{ème} Convention de Genève*, CICR, Genève, 1956, pp.77 et ss. L'on peut en conclure soit que le législateur n'était pas conscient de la distinction, soit qu'il n'a pas jugé utile de la reproduire dans d'autres dispositions. Il apparaît en tout cas que le droit international humanitaire applicable aux Etats

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

toutefois été augmentée par le choix, dans le Protocole additionnel I de 1977, de la mention « Etats neutres et autres Etats non parties au conflit »[73]. Le projet de Protocole avait préféré l'expression d'Etats « non engagés » dans le conflit, reconnaissant par là que « à la neutralité telle que définie par le droit conventionnel et coutumier s'étaient ajoutées d'autres formes de non-participation à un conflit »[74]. Les Etats ayant un statut de neutralité permanente, en particulier, n'ont toutefois pas souhaité la disparition de l'expression « Etat neutre », d'où cette formule. Comme elle est partout mentionnée ainsi dans le Protocole, elle n'introduit pas pour autant une catégorie intermédiaire dans l'application du droit humanitaire, d'autant plus que, comme il l'a été relevé, cette adjonction au mot neutre « n'affecte pas le sens de ce mot dans les Conventions »[75].

Il n'en reste pas moins que la notion de non-belligérance a bel et bien existé lors de la I[ère] guerre mondiale déjà puis lors de la seconde, comme l'indique la pratique de certains Etats. On mentionnera notamment que Mussolini a utilisé cette notion au début de la guerre, ne se sentant pas prêt à entrer en guerre mais souhaitant néanmoins apporter son soutien au régime hitlérien[76]. Franco a fait de même pour l'Espagne dans une relation très ambiguë et complexe avec Hitler tout au long de la guerre[77]. Du côté des alliés, les Etats-Unis ont aussi louvoyé d'une attitude de neutralité à une claire entrée en guerre après le bombardement japonais de Pearl Harbor en 1941, avec des phases où les soutiens donnés à la Chine, à l'URSS et, surtout, à la Grande-Bretagne, allaient clairement au-delà des limites fixées par le droit de la neutralité[78]. Or la notion de non-belligérance retrouve aujourd'hui son importance dans le conflit ukrainien, cela même si « aucun texte général n'a procédé à la détermination explicite d'un véritable statut de neutralité différentielle ou de non-belligérance au sens large »[79].

A côté du droit de la neutralité, certains Etats soucieux de préserver une neutralité permanente, pratiquent ce qu'ils appellent une « politique de neutralité ». C'est particulièrement le cas de la Suisse, sur lequel nous nous arrêtons brièvement. Être neutre, soit ni pour ni contre, bien au contraire ont ajouté certains humoristes, n'est pourtant pas une grande vertu mais c'est devenu en Suisse un concept aussi intangible qu'une vache sacrée. Cela bien que l'Europe dans laquelle a été reconnue la neutralité permanente de la Suisse par le Congrès de Vienne en 1815, composée

neutres s'applique de la même manière aux Etats non-belligérants, ce qui est confirmé dans la nouvelle version du Commentaire de la III[ème] Convention, dont seule la version anglaise est actuellement sortie : cf. J-M. HENCKAERTS (dir.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, Cambridge, CUP, par.1084.

[73] Cf. art.2,22,31,37 et 39 du Protocole additionnel I de 1977.

[74] Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN dir., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Nijhoff, Genève, 1986, par.135.

[75] *Ibidem*, par.136. Cf. aussi notamment E. KUSSBACH, « Le Protocole additionnel et les Etats neutres », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, septembre-octobre 1980, p. 231 et ss.

[76] A ce sujet, cf. notamment P. FORO, *L'Italie fasciste*, chapitre 7, « l'Italie fasciste dans la seconde guerre mondiale », Armand Colin, Paris, 2006, pp.172 et ss.

[77] A ce sujet, cf. notamment S.G. PAYNE, *Franco et Hitler*, Yale University Press, New-Haven, 2008.

[78] A ce sujet, cf. notamment J-J. LANGENDORF, *Histoire de la neutralité*, Infolio, 2007, pp. 270 et ss.

[79] M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *op. cit*. note 61, par.935.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'Etats rivaux et toujours prêts à ouvrir les hostilités, n'a plus rien à voir avec l'Europe actuelle où ces Etats sont intégrés dans l'Union européenne ; ni que ce n'est probablement pas son statut de neutralité – la déclaration belge de neutralité du 3 septembre 1939 n'a pas empêché l'Allemagne de l'envahir – mais les difficultés pratiques d'envahir une Suisse montagneuse et bien armée et, surtout peut-être, les services qu'elle lui rendaient qui a conduit l'Allemagne hitlérienne à préserver la Suisse ; ni enfin que c'est la victoire des alliés qui a finalement sauvé la Suisse d'une invasion car il ne fait guère de doute qu'elle ne serait pas restée à l'écart de l'emprise allemande en cas de victoire hitlérienne. La Suisse reste néanmoins très attachée à sa neutralité, un vif débat s'étant à nouveau engagé non pas tellement sur le maintien du statut que sur la signification de celui-ci sur le plan juridique comme sur le plan politique. Un Etat neutre peut-il participer à des sanctions et, le cas échéant, se limiter à celles décidées par l'ONU ou peut-il également appliquer les sanctions de l'Union Européenne ? Le cas échéant, doit-il les appliquer intégralement ou seulement veiller de ne pas servir de plate-forme pour les détourner ? La participation à des sanctions de l'ONU, comme on l'a vu ci-dessus, n'est généralement pas jugée contraire au droit de la neutralité, mais elle est néanmoins contestée – et *a fortiori* la participation aux sanctions qui ne sont pas prises dans le cadre de l'ONU – par le plus grand parti politique et une partie de l'opinion suisse, partisans d'une plus stricte politique de neutralité. La participation de la Suisse au Conseil de sécurité, qui vient d'y être élue, paraît frôler encore davantage la limite puisqu'elle pourrait, dans ce cadre, participer à une décision d'utiliser la force armée (même si c'est sans obligation de fournir des contingents à cette fin).

Si la possibilité de livrer des armes à l'une des parties à un conflit international a été clairement rejetée, à juste titre, comme contraire au droit de la neutralité – la Suisse a refusé de le faire à l'Ukraine pour cette raison – la question de ce qui peut être livré, à qui, avec quelles exceptions et quelles possibilités de recours auprès du Tribunal fédéral administratif, fait l'objet de subtiles règles[80] et d'un débat permanent[81].

Dans le cadre du conflit ukrainien, l'on constate donc que l'on a aujourd'hui, outre les Etats belligérants, un Etat qui peut probablement être considéré comme co-belligérant, soit la Biélorussie, de nombreux Etats qui se comportent en « non-belligérants » et apportent un soutien militaire substantiel à l'Ukraine, des Etats qui estiment rester neutres tout en appliquant les sanctions décidées par l'Union européenne, et des Etats qui ont une appréciation plus stricte de la neutralité et n'appliquent pas ces sanctions.

[80] Ces règles sont contenues dans la Loi fédérale du 27 septembre 2013 sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, qui, comme le dit L. CAFLISH dans l'analyse d'un récent recours, « vise notamment à protéger la neutralité permanente de la Suisse » : « La pratique suisse en matière de droit international public 2021 », *Revue suisse de droit international et européen*, Vol.32 (2022), p.671.

[81] Un vif débat est notamment actuellement engagé sur le refus du Gouvernement de lever à l'égard de l'Allemagne, pour l'Ukraine, l'engagement pris de ne pas transférer à un pays en guerre des munitions vendues par la Suisse.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Se pose alors la question des conséquences que l'on peut tirer de ces différents statuts. Or les Conventions de 1907 n'abordent pas ce sujet : elles indiquent les exigences posées à un Etat pour qu'il demeure neutre, mais ni la question de savoir qui détermine s'il y a violation ni celle de conséquences graduées d'une violation plus ou moins importante ne sont traitées. Et la notion intermédiaire de « non-belligérance » n'est pas envisagée.

En réalité, plus que jamais aujourd'hui, puisque l'Etat auteur d'une agression a déjà violé le droit international, il s'agit d'un rapport de force, avec des « lignes rouges » que se fixent les Etats. Ni les pays membres de l'OTAN, ni la Fédération de Russie ne souhaitent s'engager dans un conflit armé mais cela n'empêche pas la Fédération de Russie de menacer les Etats qui apportent leur soutien à l'Ukraine, notamment par la livraison d'armes. Or ce n'est pas tellement la menace d'une confrontation armée avec des armes classiques que craignent les pays qui soutiennent l'Ukraine, les forces de l'OTAN étant à l'évidence très supérieures à celles de la Fédération de Russie, mais l'utilisation possible de l'arme nucléaire. Le président Poutine l'a très bien compris en donnant des signaux indiquant qu'il n'excluait pas un tel usage, démontrant ainsi les limites du traité sur la non-prolifération nucléaire[82] : le but annoncé de ce traité dans son préambule de ne ménager aucun effort pour écarter le risque d'une guerre nucléaire n'empêche pas l'un de ses principaux protagonistes de faire un véritable chantage – même si c'est très probablement un bluff – en laissant planer la menace d'un premier usage, dans une logique suicidaire du tous perdants. Cette menace semble toutefois s'éloigner vu la claire opposition qu'elle suscite même chez les Etats, comme la Chine et l'Inde, qui refusent de s'associer aux condamnations de la Fédération de Russie et il semble que Poutine mise davantage sur la lassitude des opinions publiques occidentales qui subissent le contrecoup des mesures prises pour aider l'Ukraine et des contre-mesures de la Fédération de Russie.

Le droit n'est pas d'une grande aide pour déterminer si la participation d'un Etat aux sanctions est conforme au statut de neutralité : la Suisse l'affirme, mais cela n'empêche pas la Fédération de Russie de le nier et de prendre des contre-mesures. Ella a en tout cas sèchement refusé les offres de bons offices présentées par la Suisse. Ce rôle, de même que la représentation des intérêts d'Etats en conflit chez l'adversaire, relèvent pour la Suisse d'une tradition dont la préservation est un argument des défenseurs d'une plus stricte neutralité (même si l'argument plus égoïste d'un commerce sans entraves avec les Etats en conflit est aussi avancé). Or ce n'est pas tant le statut de neutralité permanente de la Suisse mais les circonstances – comme cela a notamment été le cas dans la résolution du conflit entre la France et l'Algérie lors de la guerre d'indépendance – un certain savoir-faire, la situation géographique, la capacité de la Suisse d'assurer la sécurité de ses hôtes et une politique intérieure sans grands troubles qui sont déterminants.

[82] Dont la 10ème Conférence des parties au traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, tenues en août 2022, s'est terminée par un échec prévisible du fait du conflit en Ukraine.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Cela permet de mettre les protagonistes face à face dans un cadre agréable et sûr, voire de proposer des procédures pour faciliter les échanges, mais ce n'est pas suffisant quand il s'agit de réellement peser sur la négociation. L'Etat qui offre ses bons offices, voire une médiation, doit avoir des arguments financiers, politiques ou économiques qui vont au-delà de l'habileté procédurale et des vertus de la neutralité, comme l'a par exemple démontré le succès de la médiation américaine entre Israël et la Palestine qui a abouti aux Accords de Camp David (cela même s'ils n'ont ensuite pas pu être mis en œuvre). Et il est frappant de constater que c'est la Turquie qui joue un tel rôle dans le conflit ukrainien, alors que ce pays est tout sauf neutre de manière permanente et qu'il est loin d'être un modèle de vertu en ce qui concerne le respect des droits de l'homme ou du droit humanitaire.

III. LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Comme le droit de la neutralité, le droit international humanitaire aurait dû disparaître avec l'adoption de la Charte des Nations Unies et l'interdiction de l'usage de la force entre Etats. La Commission du droit international, créée pour développer et codifier le droit international, avait d'ailleurs refusé d'inclure le droit international humanitaire dans la liste des sujets qu'elle allait aborder, estimant que ce serait une marque de défiance à l'égard du système que la Charte venait de mettre en place[83]. Mais comme le droit de la neutralité, le droit international humanitaire est redevenu d'actualité du fait de l'incapacité de la communauté internationale de donner à l'ONU les moyens de son ambition.

Ce droit a certes conservé son autonomie dans le nouveau champ d'application qui s'est ouvert à lui en 1949 avec les Conventions de Genève, celui des conflits armés non internationaux. Le mouvement favorable aux droits de l'homme qui s'est développé en réaction aux horreurs commises même sur une partie de leur propre population par l'Allemagne hitlérienne et les pays conquis, qui s'est traduit par l'entrée des droits de l'homme dans la sphère du droit international et l'adoption de la Déclaration universelle de 1948, a également pesé sur les rédacteurs des Conventions de Genève. C'est dans la foulée de ce mouvement, et aussi avec la mémoire des atrocités commises dans certaines guerres civiles, comme la guerre d'Espagne, que les Etats se sont décidés à introduire dans chacune des Conventions un article consacré aux conflits non internationaux[84]. Or l'interdiction d'utiliser la force armée prévue dans la Charte des Nations Unies ne s'applique pas à de tels conflits. En revanche, la Charte interdisant l'utilisation de la force armée entre Etats, le droit international humanitaire applicable aux

[83] Cf. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1949, p. 281.

[84] L'article 3 de chacune des quatre Conventions de Genève qui, n'ayant pas le même champ d'application que le reste des Conventions, est en fait une petite Convention en lui-même. Pour une analyse détaillée de cet article, cf. J.M. HENKAERTS (dir.), *Commentaire de la Première Convention de Genève*, 2020 (traduit de l'édition anglaise parue en 2016 , Cambridge, CUP), Délégation du CICR à Paris, 2020, pp. 113-272.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

conflits armés internationaux n'est plus qu'un droit subsidiaire applicable en cas de violation de la Charte, une sorte de bouée de sauvetage que l'on utilise en cas de naufrage du droit international.

L'ambition de garder un « espace humanitaire » au sein des conflits armés reste néanmoins tout à fait pertinente. Les législateurs de 1949 l'ont admis en adoptant les quatre Conventions encore en vigueur aujourd'hui, prenant en compte les lacunes apparues lors de la Seconde guerre mondiale, notamment la protection très insuffisante des populations civiles.

Le droit international humanitaire est-il toutefois toujours d'actualité ? A juste titre, il y a des réflexions en cours sur l'applicabilité des normes actuelles à de nouvelles techniques de guerre, telles les armes dites autonomes ou les attaques cybernétiques[85], voire sur l'adoption de nouvelles règles. Nous n'allons pas aborder ces questions. Mais les conflits en cours démontrent, hélas souvent à travers leur violation, que des principes tels le respect de l'intégrité et de la dignité de toute personne qui tombe au pouvoir de son ennemi ; l'impartialité dans les soins qui sont prodigués et les secours qui sont apportés aux victimes de conflits ; ou la limitation des attaques aux seuls objectifs militaires gardent toute leur actualité : la pertinence du droit humanitaire reste évidente.

Se pose alors la question de savoir si un Etat qui a violé le droit international en commettant une agression respectera davantage le droit humanitaire. Un tel Etat a certainement quelques bonnes raisons de le faire. La première est que ce droit met les belligérants sur un même pied, indépendamment des responsabilités sur l'origine du conflit et fixe des droits et obligations qui s'appliquent à tous : même celui qui se défend peut commettre des crimes de guerre. La deuxième est que, pour une bonne part, ce droit est utile aux deux combattants, comme le fait de bien traiter les blessés ou les prisonniers de guerre. La troisième, important argument pour les militaires, est qu'une troupe qui ne respecte rien (viols, pillages, etc.) n'est pas disciplinée, doute de la justesse de son combat et perd sa motivation. Enfin la manière dont il conduit les hostilités est primordiale pour l'image d'un Etat et peut faciliter les négociations de paix.

Un droit sans sanction n'a guère de chance d'être respecté et l'on doit saluer à cet égard les progrès qui ont été faits dans la répression des violations du droit humanitaire. Ce sont évidemment d'abord les Parties concernées qui devraient former leurs soldats puis imposer et contrôler son application. La peur de la sanction joue un rôle au niveau national quand il y a une réelle volonté politique d'appliquer les normes du droit humanitaire et qu'il s'agit d'actes commis contre les directives émises par les autorités militaires et politiques. Ce type de répression reste toutefois insuffisant, d'une part parce qu'il y a une certaine réticence, dans les périodes très tendues de conflits armés, à condamner ceux qui risquent leur vie pour défendre sa cause ; d'autre part parce que les violations sont souvent

[85] Cf. *supra* p.2 et note 7.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

cautionnées, sinon ordonnées par les autorités. La justice internationale, qui s'est heureusement développée ces dernières années, notamment avec la création de la Cour pénale internationale, mais aussi avec une utilisation accrue de la compétence de juridiction universelle reconnue dans le droit international humanitaire[86], ouvre une porte supplémentaire et indispensable à la poursuite des grands criminels, d'autant plus que les crimes de guerre sont imprescriptibles et peuvent être sanctionnés tant par la Cour pénale internationale que par tous les Etats sur le territoire desquels se trouve un criminel de guerre présumé. On ajoutera, même si cela ne concerne pas le conflit ukrainien, que la reconnaissance en tant que crimes de guerre de graves violations du droit international humanitaire commises lors de conflits armés non internationaux a été une évolution d'autant plus essentielle que ces conflits sont de loin les plus nombreux. On ne reconnaissait en effet de telles violations comme des crimes de guerre ni dans les Conventions de Genève ni dans leurs Protocoles additionnels et c'est seulement avec le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et sa jurisprudence que cette évolution est entrée dans le droit international, avant d'être entérinée de manière décisive avec son introduction dans le statut de la Cour pénale internationale[87].

Les résultats concrets de ces avancées sont cependant encore modestes, le nombre de cas ayant abouti à une condamnation devant la Cour pénale internationale étant notamment encore très peu élevé. Sans faire ici une étude sérieuse des causes de cette situation, l'on relèvera néanmoins qu'une des plus grandes difficultés de la justice internationale, outre la pression politique qui reste forte et une indépendance qui n'est pas totalement garantie[88], provient non pas tellement de l'analyse juridique mais de l'établissement des faits. Les législateurs des Protocoles additionnels de 1977 l'avaient déjà compris en créant une « Commission internationale d'établissement des faits »[89] en vue de clarifier les allégations de violations puis de faire cesser celles-ci.

Dans le cadre du conflit en Ukraine, les belligérants peuvent y recourir et l'Ukraine pourrait, voire devrait la solliciter aujourd'hui même si la Fédération de Russie refuserait probablement une telle enquête. Car seuls les Etats qui ont fait une déclaration expresse sont obligés d'accepter une enquête – concession imposée pour obtenir le consensus lors de l'élaboration des Protocoles[90] –, raison pour laquelle cette Commission n'a pas pu rendre les services espérés. Le conflit ukrainien aurait pourtant été une occasion unique de relancer celle-ci car l'URSS, comme l'Ukraine, avaient fait la déclaration reconnaissant la compétence obligatoire. Déclaration qui a été retirée par la Fédération de Russie en 2019 :

[86] Cf. art. 49-50-129-146 des quatre Conventions de Genève.
[87] Sur cette évolution, cf. notamment J-M. HENCKAERTS (dir.), *op. cit*. note 84, par. 874 ss.
[88] Notamment avec la possible interférence du Conseil de Sécurité prévue à l'article 16 du Statut de Rome.
[89] Cf. art.90 du Protocole additionnel I de 1977.
[90] A ce sujet, cf. Y. SANDOZ, C. SWNARSKI et B. ZIMMERMANN, (dir.), *op. cit*. note 74, par.3617 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

faut-il s'en étonner ? Reste à attendre le résultat des enquêtes diligentées par l'OSCE, la Cour pénale internationale ou le Conseil des droits de l'homme mais l'on sait que cela prendra beaucoup de temps. Et l'on jettera aussi bien sûr aujourd'hui un regard attentif sur ce qui va se passer devant les tribunaux ukrainiens, dont il est à espérer qu'ils remplissent leur rôle avec la rigueur et l'indépendance indispensables à leur crédibilité et qu'ils se saisissent aussi des violations commises par les forces armées ukrainiennes. Et sans illusion sur les tribunaux russes, faute d'indépendance.

Malgré les progrès dans le domaine de la répression pénale, on ne peut pas ignorer que le droit humanitaire est souvent, trop souvent malmené. On pense d'abord à des cas extrêmes, comme ceux où des combattant fanatisés sont poussés à égorger des « mécréants » avec la promesse de s'ouvrir les portes du paradis et dans lesquelles de pseudo principes religieux priment sur toute autre norme. On constate ensuite que quand le droit humanitaire impose la restriction d'armes ou de méthodes de guerre qu'un belligérant estime importants pour le gain de la guerre, son respect devient plus aléatoire. C'est notamment le cas dans les guerres « asymétriques » lors desquelles la partie faible utilise parfois des méthodes interdites, voire terroristes, pour déstabiliser son puissant adversaire. Mais les violations graves et massives du droit international humanitaire ne se limitent plus à des cas exceptionnels et sont une réalité dans la plupart des conflits. En Ukraine, il paraît évident que la Fédération de Russie, qui disposait pourtant, au début du conflit en tout cas, de moyens supérieurs à son adversaire, a commis de graves et massives violations du droit international humanitaire. Les exécutions sommaires et les viols se sont multipliés, relatés par d'innombrables témoignages, notamment de rescapés de la ville de Boutcha, et des infrastructures civiles ont été systématiquement prises pour cibles : on a même l'impression qu'il y a une véritable stratégie de semer la terreur dans la population pour briser sa résistance. Seules des enquêtes approfondies permettront de déterminer les responsabilités, mais même dans les cas où il s'agit d'abus commis par des combattants et commandants mal formés et qui se croient tout permis, ceux qui les envoient restent co-responsables car ils ont aussi une obligation de formation et de contrôle[91].

A côté de l'impartialité, soit le devoir d'aider les victimes sans discrimination, la neutralité est un élément essentiel du droit humanitaire. Outre celle des Etats dont on a parlé ci-dessus, il s'agit d'abord de la neutralité du personnel, des moyens de transport et des établissements sanitaires. La toute première Convention de Genève, adoptée en 1864 et qui avait pour objectif la protection des soldats blessés sur le champ de bataille, l'avait déjà compris avec la neutralisation de ce personnel et de ces biens, sans laquelle on ne pouvait envisager leur accès aux blessés sur le champ de bataille. C'est toutefois surtout la neutralité des organisations humanitaires actives dans les conflits armés,

[91] Cf. art.47-48-127-144 et 47-48-129-146 des quatre Conventions de Genève et art.82 à 88 du Protocole additionnel I, l'article 87 précisant notamment la responsabilité des commandants.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

internationales ou non gouvernementales, qui nous intéresse ici. On comprend aisément qu'elle est une condition essentielle pour que ces organisations soient acceptées par toutes les parties en conflit et puissent accomplir leur tâche. Leur neutralité va plus loin que celle des soldats sanitaires, qui sont, eux, bien membres d'une partie au conflit et pour lesquels l'exigence de neutralité ne se pose que par rapport à leur comportement sur le terrain. Les organisations humanitaires actives dans les conflits armés ne doivent pas seulement avoir un comportement, mais aussi une attitude de neutralité. Dans le cadre du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, la neutralité est d'ailleurs reconnue comme un principe fondamental, qui est formulé comme suit : « Afin de garder la confiance de tous, le Mouvement s'abstient de prendre part aux hostilités et, en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux ou idéologique »[92]. L'exigence de s'abstenir en tout temps de telles controverses va au-delà de ce qu'exige le droit international humanitaire mais celle de s'abstenir de prendre parti, voire même d'exprimer publiquement sa sympathie, pour l'une des parties en conflit est à l'évidence une condition *sine qua non* pour toute organisation humanitaire internationale qui souhaite agir au cœur des conflits armés. Si une exigence encore plus stricte a été jugée nécessaire pour les membres du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, et notamment pour le CICR, c'est pour éviter de lui donner une connotation politique propre à restreindre son acceptabilité dans de futurs conflits[93].Cette définition de la neutralité est aussi beaucoup plus exigeante que celle qui concerne les Etats. Ainsi même si le CICR, créé en Suisse et ayant son siège à Genève, conserve des liens étroits avec son pays d'origine, il est essentiel qu'il garde et souligne constamment sa totale indépendance de celui-ci. Davantage que par la neutralité permanente de la Suisse, le maintien du caractère exclusivement suisse de l'organe central de l'Institution[94], conservé ainsi pour éviter toute controverse politique dans le choix des membres, se justifie par le fait que la Suisse respecte la totale indépendance du CICR. C'est d'autant plus important pour un conflit, comme celui qui se déroule en Ukraine, dans lequel la Suisse participe à des sanctions contre l'un des belligérants.

Toutefois, et c'est cela qu'il faut souligner, l'exigeant principe de neutralité qui s'impose aux organisations humanitaires ne couvre pas les violations du droit international humanitaire par l'un ou l'autre des belligérants. C'est en effet en

[92] Les principes fondamentaux du Mouvement – humanité, impartialité, neutralité, indépendance, volontariat, unité et universalité – ont été proclamés par la XX[ème] Conférence internationale de la Croix-Rouge, Vienne, 1965 et sont aujourd'hui contenus dans les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, tels qu'adoptés par la XXV[ème] Conférence internationale, Genève, 1986. Cf. *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 14[ème] éd., CICR/FISCR, Genève, 2011, pp. 539 et s.

[93] Pour une analyse des principes fondamentaux, cf. J. PICTET, *Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge. Commentaire*, Institut Henry Dunant, Genève, 1979.

[94] Le Comité lui-même est composé d'une vingtaine de personnes qui sont non permanentes et bénévoles, à l'exception du Président et du vice-Président. Elles sont cooptées et doivent être de nationalité suisse. La Direction et les employés du CICR, tant à son siège que sur le terrain, sont en revanche aujourd'hui de plus d'une centaine de nationalités.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

bonne partie sur le droit international humanitaire que se fonde la légitimité des organisations humanitaires sur le terrain[95] et la défense de ce droit est pour elles un devoir et une priorité : il s'agit non seulement d'aider les victimes mais de limiter leur nombre et le respect de ce droit par les belligérants est le meilleur moyen d'y parvenir. C'est tout particulièrement vrai pour le CICR, qui est reconnu comme le « gardien »[96] du droit international humanitaire, avec le mandat de « travailler à l'application fidèle du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés et de recevoir toute plainte au sujet des violations alléguées de ce droit »[97].

A l'évidence, des violations graves et massives du droit humanitaire ont été commises dans le conflit qui se déroule en Ukraine. Comme le rapport d'Amnesty international[98] l'a révélé, il est probable que ce soit aussi le cas du côté ukrainien, même si c'est évidemment à une autre échelle. Il n'y a d'ailleurs jamais eu de conflit sans violation du droit humanitaire et la jauge est avant tout les mesures mises en place par une Partie au conflit pour les éviter et les réprimer. A voir les réactions suscitées par le Rapport d'Amnesty international dénonçant aussi des violations du côté ukrainien, on réalise la difficulté qui subsiste à comprendre le caractère particulier du droit humanitaire, le fait qu'une critique sur la conduite des hostilités n'implique pas celle de la cause défendue. Or il doit être plus compliqué encore de parler vrai du côté russe, à des interlocuteurs qui prétendent détenir la vérité. Aussi biaisée soit-elle, leur « pravda » (vérité) – titre du journal éponyme qui faisait foi du temps de l'URSS[99] – est aujourd'hui celle diffusée par les médias alignés sur le pouvoir : nul ne saurait la contester en Russie sans prendre un grand risque.

Dire la vérité n'est pas une obligation en droit humanitaire, qui distingue les ruses de guerre – on peut faire croire à son adversaire que l'on va procéder à une attaque et l'entreprendre ailleurs, par exemple – de la perfidie, soit de feindre un statut protégé, comme d'être blessé, pour commettre un acte de guerre[100]. Il ne s'agit pourtant plus seulement de cela aujourd'hui. L'utilisation systématique de fausses

[95] L'article 71 du Protocole additionnel I fixe notamment le principe et les conditions du respect du personnel participant aux actions de secours.
[96] Les Etats sont parties des Conférence internationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui ont adopté les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (sur lesquels cf. *supra*, note 92), donnant ainsi à ceux-ci une reconnaissance sur le plan international. Sur la signification concrète du rôle du CICR, cf. Y. SANDOZ, « Le Comité international de la Croix-Rouge gardien du droit international humanitaire », *Mélanges Sahovic - Revue yougoslave de droit international »*, octobre 1996, No.1-2, vol.43, 1996, pp. 357-389. Voir aussi D. FORSYTHE, *The Humanitarians*, Cambridge, CUP, 2005 et F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, CICR, Genève, pp. 1065 et ss.
[97] Cf. art. 5, 2, c des Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.
[98] Amnesty international, *Rapport 2021/2022, Situations des droits humains dans le monde*, Ukraine, pp. 482 et ss.
[99] C'est aujourd'hui le journal du parti communiste, qui représente une « opposition » toute relative et dont les propos sur une question essentielle comme le conflit ukrainien ne sauraient s'écarter de la ligne officielle.
[100] Cf. art.37 du Protocole additionnel I.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

informations (« fake news »), la négation d'actes pourtant très clairement prouvés, l'attribution à son adversaire de violations que l'on a soi-même commises sèment la confusion et polluent « l'espace humanitaire » : constater que des bâtiments civils ont été bombardés ou que des viols ont été commis est considéré comme une déclaration hostile. Peut-on dès lors espérer, même quand elles sont bilatérales et confidentielles, que les démarches aient toute la clarté et la fermeté requises ?

Les Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I donnent par ailleurs au CICR un rôle particulier dans la désignation de Puissances protectrices et dans le rôle de substitut : il doit offrir ses services aux Parties en conflit en vue de la désignation de telles Puissances et leur demander une liste d'Etats acceptables pour jouer ce rôle[101]. En outre, à défaut de succès dans la désignation de Puissances protectrices, les Parties en conflit « devront accepter sans délai l'offre que pourrait faire le Comité international de la Croix-Rouge ou toute autre organisation présentant toutes garanties d'impartialité et d'efficacité … d'agir en qualité de substitut »[102]. Le droit international humanitaire donne aux Puissances protectrices, et le cas échéant à leur substitut, un rôle important, notamment de contrôle, dans la mise en œuvre de ce droit[103]. Même si les violations graves et massives du droit humanitaire et la barbarie de la Seconde guerre mondiale ont jeté dans l'ombre ce modeste succès, les Puissances protectrices ont joué un rôle assez important lors de la Seconde guerre mondiale[104], la compétence des Etats jouant ce rôle s'étendant d'ailleurs au-delà des questions de droit humanitaire. Lors de l'élaboration des Conventions de Genève de 1949, l'on a souhaité renforcer ce système en le rendant obligatoire et en l'étendant à l'ensemble des quatre Conventions, ce qui a été fait. Il n'a pourtant joué qu'un rôle très mineur depuis lors, n'étant utilisé qu'à quatre reprises, et encore de manière partielle, entre l'adoption des Conventions et celle des Protocoles additionnels de 1977, soit dans l'affaire de Suez en 1956 (entre la France et la Grande-Bretagne d'une part, l'Egypte de l'autre) ; lors du conflit de Bizerte en juillet 1961 (entre la France et la Tunisie) ; lors de l'affaire de Goa en 1961 (opposant l'Inde et le Portugal) ; et lors du conflit indo-pakistanais en décembre 1971[105]. L'on a malgré cela tenté de relancer le système dans le Protocole additionnel I de 1977, notamment par l'introduction d'une nouvelle méthode pour choisir les Etats jouant le rôle de

[101] Cf. art.5, par.3 du Protocole additionnel I.
[102] Cf. art.5, par.4 du Protocole additionnel I.
[103] Cf. art.8-8-8-9, 10-10-10-11 et 11-11-11-12 des quatre Conventions de Genève, art. 23 de la 1ère Convention, art. 73, 75, 104, 105, 107, 126 de la IIIème, art.14,49,55,71,74,75,109,143 de la IVème et art.5 du Protocole additionnel I.
[104] Sur ce rôle et sur l'histoire des Puissances protectrices, cf. notamment J. PICTET, *Commentaire de la Conventions de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, pp. 88 et ss. et F. BUGNION, *op.cit.* note 96, pp. 1006 et ss.
[105] Pour plus de précisions cf. notamment D. FORSYTHE, « Who guards the guardians: third parties and the law of armed conflict », *American Journal of International Law*, vol.70, Jan.1976, pp. 41 et ss, en particulier pp.46-48 ; et G. ABI-SAAB, « Le Renforcement du système d'application des règles du droit humanitaire », *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, vol.XII-2, pp. 223 et ss, en particulier pp. 227 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Puissance protectrice[106]. A l'exception d'un embryon d'utilisation lors du conflit des Falkland-Malvinas, ce système n'a pourtant pas fonctionné. Et c'est sans succès non plus que l'on a tenté de renforcer, dans ce même Protocole, le rôle de substitut du CICR en cas d'échec de la désignation de Puissances protectrices, en l'élargissant et en le rendant plus automatique[107].

On peut également rappeler à tous les Etats l'obligation de « faire respecter » le droit international humanitaire qui leur est faite à l'article 1 des Conventions de Genève, et dont on admet qu'elle implique aussi, pour chaque Partie aux Conventions, une obligation de veiller au respect du droit humanitaire par les autres Parties[108].

Le CICR n'a pas le monopole de ces compétences mais comme il est expressément mentionné, c'est sur la manière dont il les remplit que nous pouvons réfléchir sur la pertinence et l'efficacité des instruments prévus par le droit humanitaire pour veiller sur son application. L'Institution utilise-t-elle toutes les compétences qui lui sont données par la communauté internationale avec la rigueur voulue ? Devrait-elle faire davantage ? Quels sont les choix qui s'offrent à elle ? Le conflit en Ukraine est un test important à cet égard car c'est indiscutablement un conflit armé international malgré la qualification « d'opération spéciale » donnée par le gouvernement de la Fédération de Russie.

La retenue du CICR dans les dénonciations publiques des violations graves et massives du droit international humanitaire s'explique par le souci de préserver son action sur le terrain. Il a développé un volume considérable d'activités d'une grande diversité dans les pays en conflits et dans ceux qui souffrent encore des séquelles de ceux-ci. Et il a semble-t-il fait le choix de donner la priorité à celles-ci. On peut le comprendre, car il n'est pas facile de renoncer à une action en faveur de victimes qui ont besoin d'aide. Or des déclarations publiques concernant des violations du droit humanitaire pourraient compromettre de telles actions, par la mise en danger des collaborateurs engagés sur le terrain ou, même, par le refus des autorités mises en cause de toute autorisation de poursuivre les activités. Le CICR n'a en tout cas pas réagi énergiquement face à ces violations, en tout cas pas publiquement, et l'on peut même douter qu'il l'ait fait sans détour dans ses relations bilatérales, tant les mensonges, les fausses nouvelles se sont répandus et ont pourri le climat. Après certaines tergiversations et des reproches qui lui ont été faits par le gouvernement ukrainien, il a, semble-t-il requis avec fermeté la visite de tous les prisonniers de guerre, comme lui en donne le droit la III^{ème} Convention de Genève, mais a-t-il revendiqué le strict respect du droit de l'occupation dans les zones contrôlées par la Fédération de Russie, comme il aurait déjà dû le faire pour la Crimée ? A-t-il par ailleurs rappelé aux Etats leur responsabilité collective de faire appliquer les Conventions et leurs Protocoles additionnels ?

[106] Cf. art.5 du Protocole additionnel I de 1977.
[107] Art.5, par.4, du Protocole additionnel I.
[108] Cf. J-M. HENCKAERTS (dir.), *op. cit*. note 84, par.153 et ss.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

L'explication du fait que le CICR ne remplisse pas la fonction qui lui est dévolue dans la mise en place de Puissances protectrices et ne revendique pas non plus le rôle de substitut a plusieurs explications. D'abord la plupart des conflits sont non internationaux ou ne répondent pas strictement à la définition de conflit armé international, alors que ces institutions sont réservées à ceux-ci. Cet argument ne tient toutefois pas pour le conflit en Ukraine, qui est sans conteste un conflit armé international. Dans le cadre établi du droit humanitaire, le CICR aurait donc dû mettre en branle le système des Puissances protectrices. S'il ne l'a pas fait, en Ukraine comme ailleurs, c'est probablement pour deux autres raisons : premièrement, certains droits, comme celui de visiter les prisonniers de guerre, sont reconnus au CICR indépendamment du système des Puissances protectrices[109] et il dispose en sus d'un droit de proposition, reconnu par chacune des quatre Conventions de Genève[110], développé encore dans les Statuts Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Ceux-ci précisent que le CICR peut prendre « toute initiative qui rentre dans son rôle d'institution et d'intermédiaire spécifiquement neutres et indépendants »[111]. Le CICR dispose donc sur le plan pratique d'une certaine latitude qui ne l'encourage pas à entreprendre des démarches compliquées pour rechercher des Puissances protectrices acceptables par toutes les Parties en conflit, ni même à se voir attribuer formellement un statut de substitut d'une telle Puissance qui lui donnerait des obligations très précises et l'exposerait à la critique de ceux dont il condamnerait le comportement ; la seconde raison est qu'il n'y a aucune pression sur le CICR pour l'inciter à mieux remplir son rôle : les Parties en conflit ne souhaitent pas un contrôle plus étroit et les autres Etats ne se poussent pas au portillon pour remplir un rôle difficile et ingrat, qui demande un personnel important et qualifié.

Il ne s'agit pas de dénigrer le CICR, qui est engagé à large échelle dans le domaine du droit international humanitaire. Cela en premier lieu sur le plan académique, pour clarifier ce droit et l'adapter aux réalités nouvelles[112] et par des contacts dans de très nombreux pays pour encourager sa diffusion, dans les forces armées d'abord, mais aussi dans le monde académique et dans d'autres milieux, avec souvent l'appui des Sociétés nationales de Croix-Rouge ou de Croissant-Rouge. Les autres organisations humanitaires engagées sur le terrain des conflits, qui s'appuient également sur le droit international humanitaire, ont aussi développé

[109] Cf. art.129, par.4 de la III[ème] Conventions de Genève.
[110] Art. 9-9-9-10 des 4 Conventions de Genève.
[111] Cf. art.5, par.3 des Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, sur lesquels cf. *supra*, note 92.
[112] On pensera notamment à la remarquable étude publiée sur le droit international humanitaire coutumier mentionnée ci-dessus, note 23, et aux nouveaux Commentaires des Conventions de Genève (cf. *supra*, note 82), dont ceux des trois premières sont déjà sortis de presse et sont d'une très grande qualité.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

une très bonne compétence en droit international humanitaire[113] et sont confrontées à des problèmes similaires quant à la meilleure manière de défendre celui-ci.

L'on doit ensuite, et surtout, relever l'engagement sur le terrain. L'on se limite trop souvent à l'analyse du droit humanitaire à travers ses violations. Or des actions importantes et de grande ampleur sont entreprises sur la base de ce droit aujourd'hui dans le monde, avec des centres de soins, la visite de détenus, des réunions de familles, l'apport de secours ou, dans les conflits qui s'éternisent, des actions qui s'inscrivent déjà dans une logique de développement, telles la réhabilitation de terres agricoles ou d'installations sanitaires, voire la création de circuits d'eau potable et, même, l'aide à la création de petites entreprises.

On ne peut toutefois pas ignorer que l'espace humanitaire se réduit comme une peau de chagrin dans de nombreux conflits, et c'est particulièrement vrai dans le conflit en Ukraine, rendant toujours plus difficile l'action des organisations humanitaires et étouffant le droit humanitaire sous des polémiques lancées par un usage massif et sans vergogne de fausses informations. C'est l'idée même du droit humanitaire qui est remise en cause, soit celle de garder au cœur des conflits armés un espace humanitaire préservé et fondé sur le respect de normes intangibles et universellement reconnues, telles la protection de l'intégrité et de la dignité de toute personne en son pouvoir et celle des populations civiles. Or si cet espace humanitaire se rétrécit, c'est aussi parce que l'universalité de ces valeurs est remise en cause par de nombreux Etats qui pratiquent encore la torture et utilisent sans vergogne des moyens ou méthodes de guerre qui touchent en premier lieu la population civile, avec de très molles réactions des autres, notamment quand ils ont d'importants intérêts commerciaux. Il devient toujours plus difficile de garder le droit humanitaire à l'écart de la politique, comme on le constate en Syrie, au Yémen, en Ethiopie ou aujourd'hui en Ukraine.

S'ils sont compréhensibles, les choix faits par le CICR doivent donc être discutés. Il s'agit d'analyser sans complaisance la manière dont il peut, ou ne peut pas, assumer les responsabilités que lui a confiées la communauté internationale. Si le gardien donne l'impression de perdre la foi en ce qu'il est censé défendre et ne peut plus jouer le rôle qu'on attend de lui dans cette fonction, ce droit va s'assécher comme une plante qu'on n'arrose pas.

Les systèmes peuvent évoluer de manière positive, comme on l'a constaté en ce qui concerne la compétence donnée aux Etats de créer des Agences de renseignements : il est préférable d'avoir une concentration unique des données pour assurer leur suivi et c'est l'Agence centrale de recherches du CICR qui a assumé ce rôle dans la pratique, rôle qui a ensuite été formellement entériné dans le

[113] Plusieurs membres de ces Organisations ont publié des ouvrages sur le droit international humanitaire, parmi lesquels on mentionnera notamment F. BOUCHET-SAULNIER, Directrice juridique de Médecins sans frontières et son remarquable *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 3ème édition mise à jour et augmentée, 2006.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Protocole additionnel I de 1977[114]. Mais si de telles évolutions sont admissibles, et même souhaitables, on doit rester conscient qu'en n'utilisant pas des compétences qui existent dans le droit humanitaire on risque d'affaiblir la crédibilité de l'ensemble de celui-ci. Comme on l'a relevé, le CICR ne cherche plus à mettre en place le système des Puissances protectrices ou à se proposer comme substitut, même dans des conflits dont on ne peut pas mettre en doute qu'ils sont internationaux, comme aujourd'hui celui qui oppose la Fédération de Russie à l'Ukraine. On en a donné l'explication ci-dessus et personne ne s'en plaint, ne l'incite à le faire ou ne se propose pour le remplacer : ne vaudrait-il alors pas mieux reconnaître que ce système est tombé en désuétude et en tirer les conséquences ?

Par peur de mettre en péril son action sur le terrain, le CICR ne joue pas, ou en tout cas plus, le rôle de vigie que pourrait, voire devrait être celui du « gardien » du droit international humanitaire. Les autres Organisations ayant du personnel sur le terrain rencontrent d'ailleurs le même problème. Ne faudrait-il pas dès lors le reconnaître sans ambiguïté et laisser ce rôle à d'autres, notamment à des organisations comme Amnesty International ou Human Rights Watch, qui peuvent s'exprimer sans la crainte de compromettre une action sur le terrain ?

Le souci d'agir autant que faire se peut en faveur des victimes pousse le CICR à se plier à des injonctions de certains Gouvernement qui peuvent friser les limites des principes fondamentaux de neutralité et d'impartialité[115], quand on lui refuse l'accès à toutes les victimes. Est-il justifié d'agir malgré tout au risque de mettre en péril des principes fondamentaux sur lesquels se fonde l'action humanitaire ? Ne faudrait-il pas envisager dans ces cas une complémentarité, même informelle, avec d'autres organisations humanitaires qui renonceraient à atteindre les zones contrôlées par le Gouvernement en pénétrant à travers les frontières d'autres Etats dans les zones contrôlées par les forces dissidentes ?

Faut-il encore soutenir la Commission internationale d'établissement des faits telle que prévue par le Protocole additionnel I mais qui n'a jamais vraiment fonctionné ou ne vaut-il pas mieux reconnaître son échec, voire tenter de la transformer en une commission dont le rôle serait de faire, indépendamment de toute requête spécifique, un rapport annuel sur le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme dans les conflits armés ?

[114] Cf. art.33, par.3 de ce Protocole.

[115] On notera notamment en ce sens une analyse critique de l'action humanitaire en Syrie par A. SPARROW, « How UN Humanitarian Aid Has Propped Up Assad », *Foreign Affairs*, September 20, 2018. Cette Critique vise surtout les Agences de l'ONU et le Croissant-Rouge syrien, mais elle s'adresse également indirectement au CICR, qui est soumis aux mêmes contraintes par la présidence syrienne. On notera également une critique de l'action du CICR en Ukraine par L. HYDE : « Evacuation challenges and bad optics : Why Ukrainians are Losing Faith in the ICRC », *The New Humanitarian*, 3 mai 2022. Il faut évidemment prendre ces critiques avec prudence vu la complexité de ces situations, mais elles mettent bien le doigt sur un problème réel, celui de devoir se soumettre aux conditions d'une des Parties au conflit au péril de la neutralité et de l'impartialité de l'action.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

On ne saurait se contenter de telles suggestions, simplificatrices, pour des situations d'une grande complexité. Mais on ne peut pas non plus faire l'économie de telles interrogations.

Outre les réflexions qui sont déjà partiellement engagées sur de nouveaux problèmes, telles la cyberguerre, l'utilisation de robots ou la protection insuffisante de l'environnement, une étude sans complaisance devrait être lancée sur les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du droit humanitaire et sur les moyens d'y remédier. Certes, rien n'est simple et toute modification du droit ou de la pratique demande d'abord des débats internes qui tiennent compte des réalités concrètes du terrain. Sur le plan public, il s'agit ensuite de longs processus de consultations et de négociations. Après une sérieuse préparation, l'on pourrait d'ailleurs commencer par utiliser à cet effet un autre instrument prévu par le Protocole additionnel I tombé dans l'oubli, celui de réunions chargées d'examiner « les problèmes généraux relatifs à l'application des Conventions et du Protocole »[116].

Il ne s'agit pas d'avoir la nostalgie d'un passé radieux qui n'a jamais existé. Mais sans une forte réaction face aux questions soulevées ci-dessus et si de telles initiatives ne sont pas prises, l'attitude timorée qui est adoptée pour la mise en place d'institutions prévues par le droit international humanitaire et dans la dénonciation de violations graves et massives de ce droit risque de nuire non seulement à l'autorité morale du « gardien » du droit international humanitaire, mais aussi à la crédibilité même de ce droit.

A cela l'on peut ajouter un autre problème, qui n'a même pas été évoqué tant les difficultés rencontrées pour accéder aux prisonniers de guerre l'ont mis à l'arrière-plan. La Fédération de Russie et l'Ukraine sont toutes deux liées par le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, dont l'article 75 (Garanties fondamentales) vise toutes les personnes qui sont « affectées » par une situation de conflit armé international et ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable dans les Conventions ou le Protocole. Il s'agit en fait des garanties fondamentales judiciaires et de traitement, reprises presque à la lettre du droit international des droits de l'homme. Quoique la question soit contestée, on admet que sont comprises dans cette catégorie des propres nationaux de chacune des Parties en conflit[117]. Ceux qui sont détenus pour désertion, refus de servir ou simplement pour avoir critiqué la décision d'entrer en conflit ou la gestion de celui-ci, voire pour avoir rapporté des faits qui sont contestés par le Gouvernement, sont indéniablement « affectés » par le conflit et donc couverts par cette disposition. Les « gardiens » du droit humanitaire devraient donc aussi se préoccuper de leur sort et pourraient revendiquer de les visiter, notamment pour s'assurer que les garanties fondamentales de traitement – absence de torture et de mauvais traitements, nourriture et soins adéquats, relation avec la famille - soient au moins

[116] Art.7 du Protocole additionnel I.
[117] A ce sujet, voir Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *op. cit*. note 74, par.3015 et ss., ainsi que M. BOTHE, K.J. PARTSCH,W. SOLF, *op. cit*. note 25, pp. 513 et ss.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

respectées, avec un œil également, sans trop d'illusion, sur les garanties judiciaires. Au vu des difficultés rencontrées pour obtenir le respect de règles essentielles protégeant la population civile et les prisonniers de guerre, il est peu probable que l'on ait même revendiqué quoi que ce soit pour ces personnes, dont certaines, soit celles qui sont détenues pour les opinions critiques qu'elles ont émises, entrent dans la catégorie des détenus politiques (même si l'on évite d'utiliser cette expression, presque toujours réfutée par ceux qui détiennent ce type de détenus). On met alors le doigt sur une catégorie de victimes largement répandue dans le monde entier, indépendamment des conflits armés. Or si le CICR a cherché a amélioré le sort des détenus politiques depuis fort longtemps, notamment par un contact direct dans leur lieu de détention[118], il n'a aujourd'hui que très rarement l'autorisation de procéder à de telles visites. Comme il ne rend pas compte publiquement de ses démarches par crainte qu'une telle publicité ne mette celles-ci en péril, on ne sait pas si, outre en Russie, il en a entrepris, et le cas échéant avec toute l'énergie voulue, dans des pays comme la Chine, Myanmar, l'Egypte, la Turquie, la Biélorussie, l'Iran, l'Arabie saoudite et les autres pays qui pratiquent la détention politique, en nombre croissant selon le dernier rapport d'Amnesty international[119]. Il paraît évident en tout cas que le CICR n'obtient aujourd'hui que rarement l'autorisation d'accéder à ce type de prisonniers et que la plupart de ceux-ci croupissent en prison sans visites d'institutions indépendantes et sans aucun contrôle.

CONCLUSIONS

Le conflit armé qui se déroule en Ukraine nous interpelle mais il est aussi un révélateur, de même que les réactions qu'il a provoquées, de nombre de problèmes auxquelles la communauté internationale doit faire face, particulièrement dans les Etats démocratiques. Nous devons en tirer des leçons et, sans prétendre être exhaustif, j'en ai identifié sept.

Ce qui frappe en premier lieu, c'est non seulement que le droit international en général, et le droit international humanitaire en particulier, sont bafoués, mais que les actes commis ne sont pas assumés et que la vérité est sans cesse déformée. Ce n'est pas exceptionnel dans les situations de conflit, mais cela a atteint une telle ampleur que tout dialogue devient quasi impossible. Poutine commet contre l'Ukraine une agression évidente mais répand l'idée que c'est l'OTAN qui agresse la Russie. Il dénie son indépendance au peuple ukrainien mais utilise l'argument du génocide qui serait perpétré contre les pseudo-républiques qu'il prétend annexer. Il sème la terreur et utilise parmi d'autres l'argument de la lutte contre

[118] A ce sujet, cf. J. MOREILLON, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des détenus politiques*, L'Age d'Homme, Lausanne, 1973.
[119] Cf. Amnesty international, *Rapport 2021/2022 La situation des droits humains dans le monde*, dans lequel il est notamment indiqué qu'en 2021 « au moins 67 pays ont adopté de nouvelles lois restreignant la liberté d'expression, d'association ou de réunion » (p. XII).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

le terrorisme pour se justifier. Quant aux violations du droit humanitaire, même flagrantes, commises par les troupes russes, elles sont présentées comme des mises en scène et attribuées aux Ukrainiens. Dans un reportage récent sur la manière dont la population russe est informée, le présentateur vedette de la télévision russe, Vladimir Soloviev, affirmait avec aplomb de tels mensonges, avec en sus l'appui du patriarche de l'église orthodoxe russe. Il présentait la situation en Ukraine comme une Russie acculée qui se défendait contre la menace occidentale, dans une lutte qui était une prolongation de celle contre l'Allemagne nazie, cela à l'intention d'une population dont une majorité n'a pas accès à d'autres sources d'information et qui est, de ce fait, crédule et résignée. Quand on sait qu'une loi a été promulguée pour punir ceux qui, dans la recherche et le souci de répandre la vérité, s'écartent de la « vérité officielle », il est difficile de ne pas faire le parallèle avec le livre prémonitoire de George Orwell, « 1984 », et celui qui l'a inspiré, « Nous autres », de Evgueni Zamiatine, qui avait déjà compris le danger totalitaire à l'aube du régime bolchévique, en 1920.

C'est un principe fondamental de tout système juridique qui est ainsi remis en cause, celui de la bonne foi. On ne peut pas débattre, construire des accords, échanger des idées si ce n'est pas sur une base solide et reconnue de faits avérés. La mauvaise foi étouffe le droit et la **première leçon** est qu'il est urgent de lutter contre l'utilisation massive d'arguments mensongers, qui menace aussi les Etats démocratiques : la manipulation des élections américaines par les réseaux sociaux lors de la victoire de Donald Trump, le grand nombre d'Américains qui donnent encore foi aux élucubrations de celui-ci et l'orientation en faveur du « Brexit » imposée par Rupert Murdoch à la presse populaire qu'il contrôle au Royaume-Uni l'ont notamment démontré.

On constate par ailleurs que la mauvaise foi contamine même cet ultime barrage qu'est le droit humanitaire et que « l'espace humanitaire » qui devrait être préservé est de plus en plus restreint, mettant ceux qui sont censés défendre ce droit devant d'impossibles dilemmes et les empêchant d'agir comme ils le devraient. La **deuxième leçon** est donc l'urgence de lancer une nouvelle réflexion sur la manière de mieux faire respecter le droit humanitaire.

La neutralité et la non-belligérance, cette notion qui n'est pas clairement définie, ont fait l'objet de nombreuses interrogations et contestations lors du conflit en Ukraine et la **troisième leçon** est qu'une une clarification de ces notions et des droits et obligations qu'elles impliquent mériterait également d'être entreprise.

Malgré certaines divergences et nuances, l'Union européenne n'a jamais été aussi unie que face à ce conflit et elle a fait ainsi la démonstration de l'utilité de sa construction. On doit le saluer, même si ce sont les Etats-Unis qui jouent un rôle décisif, d'autant plus que l'attaque contre l'Ukraine ne met pas seulement en péril la souveraineté d'un Etat indépendant, mais aussi le droit des peuples, la démocratie et les droits de l'homme. Et le fait que l'Ukraine n'ait pas été à cet

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

égard un modèle dans le passé, utilisé par certains pour minimiser la portée de l'agression russe, n'est pas un argument sérieux. La **quatrième leçon** est donc l'importance d'une réponse forte et unie face à l'attaque d'un Etat souverain. Cela même si nous n'avons pas la prétention de donner des recettes à qui que ce soit : on est plus dans la grande politique et la psychologie, voire la psychiatrie, que dans la sphère juridique, la quadrature du cercle étant de ne pas laisser l'agresseur cueillir des fruits de son agression, sans pour autant faire perdre la face à un Vladimir Poutine qui ne peut se le permettre : le ridicule ne tue pas, dit-on, sauf les dictateurs, devrait-on ajouter. Ou alors faut-il attendre, et espérer, sa chute.

L'agression d'un Etat reste toutefois assez exceptionnelle aujourd'hui et, quoique de manière moins évidente, le conflit en Ukraine nous rappelle le problème des détenus politiques. L'absence (présumée en tout cas) de revendications sérieuses pour les individus qui, incarcérés dans leur propre pays pour des raisons liées au conflit[120], devraient bénéficier de la protection du droit humanitaire, nous fait aussi mettre le doigt sur ces grands oubliés de notre temps, victimes dans de très nombreux pays du cynisme non seulement des Etats qui les détiennent mais aussi de tous ceux qui rechignent à exercer la moindre pression sur ceux-ci par crainte de nuire à leurs relations commerciales. Il s'agit dès lors de convaincre les Etats démocratiques de leur devoir de lutter contre la détention politique et d'exercer toute leur influence pour que ceux qui sont néanmoins détenus bénéficient au moins des garanties fondamentales de traitement : notre **cinquième leçon**, quoique moins directement liée au conflit, est la nécessité d'une mobilisation mondiale pour les détenus politiques.

Cela dit, il n'est pas, là non plus, facile de donner des recettes. Nous l'avons relevé, si l'on peut contester l'existence d'un principe absolu de non-intervention sans l'aval du Conseil de Sécurité, en cas de vetos abusifs, dans des cas aussi extrêmes que les génocides du Cambodge et du Rwanda, cette thèse reste peu prisée des internationalistes[121], qui craignent que de telles interventions n'ouvrent une boîte de Pandore : Vladimir Poutine, en utilisant le prétexte de la « dénazification » de l'Ukraine, en donne une belle illustration. Même les partisans d'une intervention armée sans l'aval du Conseil de sécurité, dans des cas extrêmes, admettent d'ailleurs que ce ne peut être que très exceptionnel. Le bilan des interventions militaires d'après-guerre faites au nom de la défense de la démocratie et des droits de l'homme est en effet désastreux : Vietnam, Afghanistan, Irak, Libye : combien de morts, de souffrances et de destructions pour quels résultats ? Il est plus facile de remettre en selle un dictateur, comme la Russie le fait en Syrie au prix d'une guerre barbare, que d'introduire la démocratie avec des bombes : on semble l'avoir enfin compris. Et l'on constate en outre que

[120] Cf. *supra*, p. 24 et note 117.
[121] Voir notamment l'analyse approfondie et la réticence qui en ressort dans O. CORTEN et P. KLEIN, *op. cit*. note 40.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

les sanctions, à moins d'être très bien ciblées, affaiblissent souvent moins les gouvernements visés qu'elles ne pèsent sur la population.

Que faire alors ? On doit certes inciter les Etats démocratiques à exercer de réelles pressions diplomatiques, voire commerciales, à travers la mobilisation évoquée ci-dessus. Il reste néanmoins très frustrant à l'heure qu'il est de devoir se contenter d'être les spectateurs passifs de drames comme celui qui se joue en Afghanistan, où la population plonge dans la misère et les femmes se voient privées de tout droit, où en Iran, où le soulèvement de la population est très brutalement réprimé, y compris par des exécutions capitales. C'est donc bien dans le long terme qu'il s'agit de défendre, où que l'on soit et autant qu'on le peut, le respect des droits de l'homme, tout particulièrement de leur noyau indérogeable, et des principes du droit international humanitaire. Ce combat doit être mené sans crainte et sans arrière-pensées. Les citoyens des pays occidentaux seront accusés de prosélytisme et renvoyés au passé colonial de nombre d'entre eux et à l'utilisation par ceux-ci de la force à mauvais escient. Mais nul ne doit se laisser intimider par de tels arguments, ni par le respect de la diversité culturelle, des particularités religieuses et de la souveraineté nationale quand il s'agit de défendre des droits aussi fondamentaux, et notamment leur application aux femmes, qui sont encore les victimes de graves discriminations dans de très nombreux pays et doivent être au cœur de cette lutte.

Pour être crédible, ce combat doit toutefois commencer chez soi et s'accompagner, particulièrement dans les pays développés, d'une forte empathie pour ceux qui souffrent. Il est essentiel de donner plus de substance au principe de solidarité dont on peut déceler un embryon dans le droit international humanitaire[122] et, à cet égard, le conflit armé en Ukraine a montré la voie avec un élan rare de solidarité et l'accueil de très nombreux réfugiés. Cet élan a en revanche mis en lumière de profondes différences dans le traitement d'autres réfugiés. Or, sans nier la complexité du problème, comment ne pas s'indigner au spectacle de femmes, d'hommes, d'enfants qu'on laisse se noyer et des ennuis que l'on fait à ceux qui cherchent à les sauver ; du manque de soutien aux pays de premier accueil ; des conditions désastreuses dans lesquelles on laisse croupir des millions de réfugiés dans le monde ? L'accueil des réfugié ukrainiens doit être un signal pour les pays développés, qui doivent se préparer à assumer leur responsabilité dans l'accueil et le soutien de ceux que l'on appelle déjà les réfugiés climatiques, alors qu'ils sont la cause principale du réchauffement climatique qui va mettre des millions de personnes sur les routes.

On a par ailleurs longuement débattu des conséquences du refus d'actions humanitaires indispensables et d'éventuelles « interventions d'humanité » alors que, souvent, ce n'est pas le refus des Etats sinistrés mais le manque de moyens

[122] Les Protocoles additionnels disent bien que des actions de secours *seront entreprises* en cas de pénurie (art. 70 du Protocole additionnel I et 18 du Protocole additionnel II).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

qui a freiné ou empêché de telles actions. Si l'appel récent lancé pour lutter contre la famine en Somalie semble, après un démarrage difficile, avoir trouvé une réponse provisoirement satisfaisante, on se souviendra par exemple du cri lancé par le Secrétaire général de l'ONU en 2017 qui réclamait 4,4 milliards de dollars pour affronter une famine qui était déjà une réalité dans certaines parties du Soudan du Sud et qui menaçait en Somalie, au Yémen et au nord-est du Nigéria : éclipsé par la crise syrienne, son appel n'avait alors reçu qu'une réponse très insuffisante. Or la somme de 4 à 5 milliards de dollars est certes importante mais elle est dérisoire au niveau de la planète : comment justifier alors que la communauté internationale tout entière n'ait pas su la réunir ? Bref, les Etats démocratiques et respectueux des droits de l'homme doivent être exemplaires s'ils veulent avoir une chance d'être écoutés et c'est là notre **sixième leçon.**

Il faut enfin être conscient que la défense des droits de l'homme n'est pas un exercice qu'il faut pratiquer en solitaire. Les bonnes volontés doivent se rassembler, se concerter, se renforcer et l'on doit, là aussi, souligner l'importance, pour l'Europe, non seulement d'être exemplaire mais aussi d'être unie si elle veut infléchir le comportement d'Etats peu respectueux des droits de l'homme et entraîner l'ensemble de la communauté à assumer une responsabilité collective dans la gestion des grands problèmes planétaires. L'Organisation des Nations Unies et les grandes organisations internationales ont été créées à cet effet mais l'on sent aujourd'hui une forte tendance des Etats à se replier sur eux-mêmes. Et ce n'est pas un Vladimir Poutine, qui s'engage dans un combat d'arrière-garde avec un regard porté sur un passé remodelé selon ses phantasmes qui nous incite à l'optimisme, ni les dirigeants qui voient le salut de leur pays dans des murs ou des barbelés aux frontières, à l'image de passagers du Titanic qui penseraient se préserver du naufrage en s'enfermant dans leur cabine.

A l'occasion du 250ème anniversaire de la publication du « Droit des Gens », l'ouvrage phare d'Emer de Vattel, l'on a souligné que ce grand juriste avait été le premier à formuler clairement le principe de la souveraineté des Etats et de leur égalité en droit, aujourd'hui inscrit dans la Charte des Nations Unies. Philip Allot avait toutefois rappelé la principale critique faite à de Vattel, celle d'avoir contribué à détruire le droit naturel[123]. Or, bien davantage qu'à l'époque de Vattel, c'est aujourd'hui d'un droit supranational dont on aurait besoin, un droit naturel revisité à la lumière des grands défis planétaires, et d'institutions dotées de toutes les compétences scientifiques et d'une grande autonomie pour sa mise en œuvre. De telles évolutions ne sont toutefois envisageables qu'au travers d'une large prise de conscience et la **septième leçon** que l'on peut tirer du conflit en Ukraine est qu'il

[123] Déclaration de P. ALLOT, dans un Colloque tenu à Neuchâtel : *Réflexions sur l'impact, le rayonnement et l'actualité du Droit des Gens d'Emer de Vattel*, Y. SANDOZ (dir.), Bruylant, 2010, p. 55. En fait, la critique n'est pas entièrement justifiée car de Vattel ne niait pas l'existence du droit naturel, mais il estimait que, faute d'un arbitre au-dessus des Etats, seuls ceux-ci étaient en mesure de décider s'il y avait, ou non, violation de ce droit. Ce qui, effectivement, réduisait considérablement la portée de celui-ci.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

a montré la voie à cet égard : les effets dramatiques de la pénurie de blé, et pénibles du manque de gaz et de pétrole, ont entraîné des changements de comportement que les rapports alarmistes des scientifiques sur le réchauffement climatique n'avaient pas réussi à infléchir ; et contribué à une meilleure compréhension de l'interdépendance des Etats et du fait que, comme les droits de l'homme, la protection de la planète, de la biodiversité, des ressources naturelles, de l'écosystème ne doivent plus rester exclusivement dans le domaine réservé des Etats.

L'auteur dramatique suisse Friedrich Dürrenmatt avait eu cette réflexion : « … la fin de l'humanité… n'est plus une simple hypothèse, mais elle est devenue techniquement possible. Pour nous la tournure la plus grave, mais pour la vie et pour cette planète peut-être la meilleure. Nous avons peut-être gaspillé trop d'opportunités pour changer le cours de l'histoire de manière plus raisonnable »[124]. Cette réflexion a été émise en 1977 et je l'ai souvent citée mais toujours pour rebondir sur une conclusion moins pessimiste. Depuis il y a eu le sommet de Rio de 1992, les grandes réflexions prospectives du début du XXI^{ème} siècle, les sommets de la terre… mais à côté de belles promesses, des actions très insuffisantes. Il reste à espérer que, comme la crise du Covid, les secousses provoquées par la guerre ruineuse et d'un autre temps lancée contre l'Ukraine inciteront les peuples à rassembler leurs énergies dans une lutte commune contre les menaces qui pèsent sur notre planète.

On ne saurait en effet pas se résigner à la vision fataliste de Dürrenmatt. Si difficiles, si frustrants, si périlleux parfois qu'ils puissent l'être, les efforts entrepris pour faire respecter le droit international, les droits de l'homme, le droit humanitaire restent essentiels. Ils doivent s'intensifier et pousser les jeunes générations à se rassembler, à s'extraire d'une approche qui repose sur de fragiles équilibres et la défense égoïste d'intérêts nationaux et à s'unir derrière des normes et institutions propres à surmonter les problèmes auxquels toute la communauté internationale est confrontée, dans un esprit de solidarité et de respect mutuel. Le Titanic s'approche de l'iceberg : il est grand temps de sortir de sa cabine et de monter sur le pont.

RÉSUMÉ

Malgré les reproches que l'on peut faire à certains Etats occidentaux, rien dans le droit international ne permet de justifier l'invasion russe en Ukraine.

Ce conflit met par ailleurs en évidence un manque de consensus sur les droits et obligations des Etats neutres et sur la signification de la catégorie intermédiaire de non-belligérance.

Les mensonges systématiquement assénés par la Fédération de Russie mettent à mal le principe fondamental de tout ordre juridique, celui de la bonne foi. Même

[124] F. DÜRRENMATT : « Ubergegung zum Gesetz der grossen Zahl, Ein versuch über die Zukunft », *Philosophie und Naturwissenchaft : Essays, Gedichte und Reden*, Zürich, 1998, p. 123.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

le droit international humanitaire est étouffé par cette attitude car la défense de ses normes, qui s'appliquent à tous les belligérants, doit reposer sur une analyse objective des actes d'hostilité.

On regrettera d'autant plus ce conflit anachronique que toutes les énergies devraient être réunies pour faire face aux problèmes existentiels auxquels la planète est confrontée.

ABSTRACT

Despite criticism which may be done to some western States, there is nothing in international law to justify Russian invasion of Ukraine.

This conflict also highlights a lack of consensus on the rights and obligations of neutral States and on the meaning of the intermediate category of non-belligerence.

The lies systematically uttered by the Russian Federation undermine a fundamental principle of any legal order, that of good faith. International humanitarian law is also stifled by this attitude because the defense of its norms, which equally apply to all belligerents, must be based on an objective analysis of the acts of hostility.

We regret all the more this anachronic conflict that all energies should be united to face the existential problems of the planet.

RESUMEN

A pesar de las críticas que se pueden hacer hacia algunos Estados occidentales, no existe justificación alguna en el derecho internacional para la invasión rusa de Ucrania.

El conflicto también pone de manifiesto la falta de consenso sobre los derechos y obligaciones de los Estados neutrales y sobre el significado de la categoría intermedia de no beligerancia.

Las mentiras sistemáticamente vertidas por la Federación Rusa socavan el principio fundamental de todo ordenamiento jurídico, el de la buena fe. Incluso el derecho internacional humanitario se ve ahogado por esta actitud, ya que la defensa de sus normas, que se aplican a todos los beligerantes, debe basarse en un análisis objetivo de los actos hostiles.

Este conflicto anacrónico es cuanto más lamentable que todas las energías deberían unirse para abordar los problemas existenciales a los que se enfrenta el planeta.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

DE QUELQUES CONSEQUENCES INSTITUTIONNELLES DE LA GUERRE EN UKRAINE

Nicolas HAUPAIS

Professeur de droit public à l'Université d'Orléans

« Nos anciens partenaires occidentaux »… Cette expression, la Russie l'a utilisée devant le Conseil de sécurité lors de la séance du 6 novembre 2022 consacrée à la situation en Ukraine[1]. Certes, elle permet de qualifier ce qui n'est plus mais ne qualifie pas ce qui est désormais : que sont les Etats occidentaux, désormais, pour la Russie ? La réponse est ouverte. De leur côté, ces derniers ont aussi réagi. La position russe fait écho au concept stratégique adopté en juin 2022 par l'OTAN et qui remplace celui adopté en 2010[2] : « La zone euro-atlantique n'est pas en paix ». Est-elle pour autant en guerre ? La réponse est là encore en suspens. Quelque chose a été brisé : « La Fédération de Russie a violé les règles et les principes qui avaient contribué à la stabilité et à la prévisibilité de l'ordre de sécurité européen ». La guerre ouverte est aux portes de l'Alliance atlantique mais ne les a pas encore franchies.

Certes, la phase ouverte par la Russie en février 2022 du conflit qui a éclaté en Ukraine en 2014 ne fait que radicaliser des tendances qui existent depuis fort longtemps. La dégradation des relations, en particulier celles entre la Russie et les Etats-Unis, et entre ces derniers et la Chine, est continue et presque régulière sur la longue durée. Mais elle atteint aujourd'hui un niveau qui provoque des conséquences institutionnelles sur le fonctionnement d'un certain nombre d'organisations internationales. D'une certaine manière, ces dernières témoignent d'une certaine forme de résilience qui atteint désormais ses limites. Ce à quoi nous assistons aujourd'hui relève de la cassure. La branche, trop pliée, trop sollicitée, cède. Ce sont de ces cassures que nous voudrions rendre compte dans cette brève contribution. Ce n'est, certes, pas à dire que les systèmes internationaux n'ont pas fonctionné. Au sein de l'Organisation des Nations unies, par exemple, des « mécanismes de secours » ont ainsi été activés, et fort rapidement, pour pallier les carences du Conseil de sécurité. L'accord, notons-le, a été assez large au sein de l'Organisation. Les condamnations de la Russie ont été extrêmement fermes et les majorités pour les constater très confortables. Mais il ne saurait être question de mettre sur le même plan une action résolue du Conseil et une condamnation, aussi ferme soit-elle, de l'Assemblée générale. Dans le cas présent, le recours à

[1] S/PV.9195, p. 17.

[2] Concept stratégique de l'OTAN adopté par les chefs d'Etat et de gouvernement au sommet de Madrid le 29 juin 2022.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'Assemblée générale lui permet de qualifier ce qui ne peut l'être au niveau du Conseil. Cela n'a pas forcément de conséquences importantes. Mais il sera difficile d'aller au-delà de cette seule prérogative de qualification, comme le montre d'ailleurs l'enchainement de résolutions au sein de l'Assemblée. Et c'est sans compter que le fonctionnement d'une société telle que celle que l'on désigne par l'expression « communauté internationale » suppose un minimum d'accord et d'entente entre des Etats qui sont certes juridiquement les égaux de tous les autres mais qui dans les faits (et dans le droit parfois) ont les moyens de configurer le mode de fonctionnement de l'Organisation : Chine, Etats-Unis et Etats dits occidentaux, Russie en particulier.

Peu de disciplines juridiques sont autant sous l'influence du contexte politique et des relations qui existent entre les différents acteurs en présence que le droit international public. Dans d'autres périodes, les internationalistes ont pu commenter la réactivation du Conseil de sécurité, la création d'une nouvelle architecture de sécurité, l'espoir de règlement de vieux conflits et antagonismes, la réconciliation entre des cultures et des espaces autrefois opposés. Il ne faut certes pas idéaliser ce temps qui parait si lointain, et le génocide au Rwanda et ses répliques, la dislocation de la Yougoslavie et ses conséquences terribles ne doivent pas être occultées. Notre discipline est le reflet d'un climat, d'une ambiance. Nous ne pouvons que constater avec dépit qu'une bonne partie de notre travail est désormais de rendre compte de phénomènes de décomposition, de remises en cause de ce qui a été patiemment bâti, de qualifier des violations des normes internationales. En tant que juristes internationalistes, et malgré tout ce qui peut séparer les uns et les autres, nous sommes tous attachés à des valeurs et principes communs, la souveraineté et son nécessaire respect, le respect des droits humains, la coopération et le règlement pacifique des différends, la prohibition du recours à la force. Nous ne pouvons que constater le dramatique déclin de tout cela. Nous sommes devenus, provisoirement nous l'espérons, des chroniqueurs du désastre. Nul doute qu'un nouvel équilibre sorte des désordres actuels. Mais qu'il nous soit permis d'espérer qu'il ne soit pas atteint au terme de souffrances trop nombreuses ou au prix d'une catastrophe générale.

Les lignes qui suivent seront consacrées à la fois à la manière dont des organisations internationales ont appréhendé la crise en Ukraine et aux conséquences qu'elle peut avoir en termes institutionnels. L'approche est ici sélective, il convient de le noter, puisque nous nous concentrerons particulièrement sur deux organisations, l'Organisation des Nations unies et le Conseil de l'Europe – et à l'intérieur de ces organisations, nous ne prétendrons à aucune exhaustivité. La question du traitement de la situation en Ukraine par la Cour pénale internationale et l'OSCE, chargée de la surveillance des accords de Minsk, sera laissée de côté. Le choix a été guidé par deux éléments. Le premier est que c'est au sein de ces dernières que les questions soulevées par la guerre en Ukraine se sont posées avec le plus d'acuité, le Conseil de l'Europe allant jusqu'à décider d'une mesure radicale, l'exclusion de l'un de ses membres.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Le second renvoie à l'intérêt que peut soulever une étude mettant en miroir une organisation universelle et une structure de nature régionale. Le degré de solidarité entre ses membres devrait logiquement être plus élevé dans la seconde que dans la première. Cela a certainement un effet sur la manière dont elles se comportent face à une action telle que celle menée par la Russie en Ukraine.

I. UN CONSEIL DE SÉCURITÉ À NOUVEAU FRACTURÉ

La question de la place du Conseil renvoie à des questions très classiques et fréquemment abordées mais il est impossible de les esquiver dans le contexte actuel. Il s'agit de considérer que la capacité d'action du Conseil est étroitement liée à la qualité des relations qui peuvent exister entre les Etats membres. A partir de 1990, et dans le contexte de la guerre du Golfe, sont ainsi annoncées sa réactivation, sa revitalisation après ce qui est perçu comme un blocage lié à la guerre froide. Bien sûr, ce dernier doit être analysé de manière tendancielle et s'inscrit dans le relatif. La situation globale de conflictualité entre le bloc occidental et le bloc communiste n'empêche pas l'accord sur des résolutions parfois essentielles, comme par exemple celle qui est adoptée à propos d'Israël et des territoires occupés. Mais cela reste malgré tout marginal.

Partons de quelques évidences. Il était évident que le conflit en Ukraine allait s'inviter au Conseil. Il est l'un des conflits ouverts le plus vaste depuis des décennies et porteur, au-delà de ses effets actuels, de gravissimes menaces sur la paix et la sécurité internationales. Il était évident que la situation allait être extrêmement tendue lors des discussions et que toute tentative de condamner la Russie allait rencontrer son veto. Tout cela s'est réalisé. Tentons seulement de remettre ces éléments en perspective et de les contextualiser. Tentons également d'évaluer l'impact que peut avoir cette crise sur le fonctionnement du Conseil.

Dans la phase de février, deux périodes doivent être distinguées. C'est la Russie elle-même, qui quelques jours avant le début des hostilités, porte la question ukrainienne devant le Conseil[3]. Il s'agit de relever les violations commises par l'Ukraine des accords de Minsk. La Russie, également, va réfuter les « accusations sans fondement selon lesquelles [elle] s'apprêterait prétendument à [l'] attaquer ». Les Etats-Unis, quant à eux, indiquent que des troupes sont massivement placées aux frontières et que la Russie n'attend qu'un prétexte pour passer à l'action. Quelques jours plus tard, le Conseil se réunit à nouveau, cette fois à la demande de l'Ukraine, face à la montée des tensions, le 17[4] puis, dans un contexte absolument dramatique, le 23[5], à un moment où tout bascule sur le terrain.

[3] Séance du 17 février 2022, S/PV/8968.
[4] S/PV/8970.
[5] S/PV/8974. Le Conseil de sécurité se réunit à 21 h 30, heure de New-York, alors que le déclenchement des hostilités est entamé mais encore frappé d'incertitudes. Le Secrétaire général lance cet appel désespéré : « Si une opération est effectivement en cours de préparation, je n'ai qu'une seule chose à dire du fond du

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Dans les tous premiers jours du conflit, ou de cette nouvelle phase du conflit, le Conseil, présidé par la Russie, est réuni à de multiples reprises, à la suite de demandes formulées par l'Ukraine elle-même[6]. Il ne saurait être question de rendre compte trop précisément des différentes prises de position, au demeurant très largement connues, des différents protagonistes. Lors de la réunion du 25 est discuté un projet de résolution, porté par environ 80 Etats, occidentaux bien sûr mais aussi d'Amérique du sud et centrale, de micro-Etats du pacifique et des Caraïbes. Les Etats-Unis, porteurs de la résolution avec l'Albanie, posent une alternative simple[7]. L'action russe constitue de toute évidence une agression de l'Ukraine : « [Les membres du Conseil] doivent voter pour s'ils pensent que la Russie doit répondre de ses actes. Ils doivent voter contre ou s'abstenir dans le vote s'ils ne respectent pas la Charte et s'ils s'alignent »[8]. Ce projet de résolution rencontre un assez large écho au sein du Conseil[9]. Il n'est pas adopté en raison du veto russe. Certains Etats s'abstiennent. Dans une très laconique et elliptique déclaration, l'Inde insiste sur la nécessité du dialogue qui s'opposerait donc à l'adoption, si l'on comprend bien, d'une résolution trop abrupte contre la Russie. Cette même préoccupation de préserver les « espaces de dialogue et de diplomatie » justifie l'abstention des Emirats Arabes Unis. La Chine appelle à la prudence, considère qu'une condamnation ferme la porte à un règlement diplomatique et pourrait aggraver la situation sur le terrain. Elle fait partiellement droit à certaines prétentions russes, mentionnant les expansions vers l'est de l'OTAN et soutenant, à demi-mots, que l'adhésion de l'Ukraine à cette alliance est problématique. La position de la Russie, et dès les premiers jours du conflit, consiste à inscrire la phase de février dans un contexte plus global. Il s'agit de faire remonter le conflit à un coup d'Etat issu des évènements du Maïdan, inconstitutionnel bien sûr, contre un régime démocratiquement établi. Le nouveau régime, « le régime de Kiev », se lance dans une campagne dirigée contre les populations russophones d'Ukraine. Sur le long terme, la phase actuelle du conflit s'explique par le non-respect des accords de Minsk et les bombardements

cœur : Président Poutine, dites à vos troupes de ne pas attaquer l'Ukraine. Donnez une chance à la paix. Il y a déjà eu trop de morts »

[6] Le Conseil se réunit le 25 février (S/PV.8979), le 27 (S/PV.8980) et le 28 (S/PV.8983).

[7] V. projet de résolution S/2022/155. Son texte condamne « l'agression commise en violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations unies ». Dans ce projet, si le Conseil « décide » que la Russie « doit cesser immédiatement d'employer la force contre l'Ukraine » et « retirer immédiatement, complètement et sans condition toutes ses forces militaires du territoire ukrainien », le texte ne se place pas sous le Chapitre VII de la Charte. Il n'est au demeurant assorti d'aucune sanction. Il s'agit, à ce stade, de qualifier des violations. Il est fréquent, notons-le, que la première résolution relative à une situation, et qui détermine de quelle manière le Conseil va l'envisager, soit souvent adoptée sans qu'il y soit fait référence. V. par ex., à propos de l'invasion du Koweït, la résolution 660 du 2 août 1990, qui la condamne et qui exige que l'Irak « retire immédiatement et inconditionnellement toutes ses forces [du Koweït] ». Ce n'est que quelques jours plus tard, le 6, que le Conseil rentre dans une logique coercitive, sous chapitre VII (S/RES/661).

[8] Pv cité, p. 3-4.

[9] Votent pour : Albanie, Brésil, France, Gabon, Ghana, Irlande, Kenya, Mexique, Norvège, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Etats-Unis d'Amérique. S'abstiennent les Emirats Arabes Unis, l'Inde et la Chine. Vote contre la Russie.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

ukrainiens réalisés sur le Donbass : « Nous menons une opération spéciale contre les nationalistes pour protéger les habitants du Donbass et pour procéder à une dénazification et à une démilitarisation ». Le représentant russe indique que ces objectifs seront rapidement atteints.

Les narratifs sont évidemment totalement opposés et irréconciliables. A la suite de la mort de deux ressortissants polonais, victimes d'un missile anti-aérien ukrainien qui s'est égaré au-delà de la frontière, le représentant russe, lors de la séance du 16 novembre 2022, attaque de front les argumentaires occidentaux[10]. Ceux-ci font de la Russie le responsable de ce tir qui n'était pas hostile contre la Pologne, bien sûr, mais qui l'a malgré tout touchée. Si la Russie n'avait pas attaqué l'Ukraine, la Pologne n'aurait pas été atteinte. La responsabilité ultime de cet incident dramatique ramène à la Russie. Que répondre à cela ? Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'ensemble des récriminations russes contre l'Occident. Qu'il suffise de dire qu'il est présenté comme hypocrite, belliciste, aveugle sur les excès ukrainiens, et poussant à la poursuite du conflit.

La phase actuelle du conflit se traduit donc par l'incapacité, tout d'abord, du Conseil de sécurité à adopter des résolutions sur la crise ukrainienne elle-même. Cela relève de l'évidence. Il convient à ce titre de rappeler qu'il avait été en mesure d'intervenir lors de la conclusion des Accords de Minsk[11]. Les récriminations réciproques sont vives dans les débats qui ont mené à l'adoption de la résolution[12]. Mais elles n'empêchent pas la réalisation d'un accord, même fondé sur la méfiance et les faux-semblants. Ce n'est plus possible aujourd'hui.

Les effets d'une telle crise peuvent difficilement être circonscris à cette seule situation. Ils renvoient à une détérioration globale des relations entre des membres qui doivent s'entendre et partager certaines perceptions communes. Il est difficile de mesurer l'ampleur des conséquences de la crise ukrainienne sur le fonctionnement du Conseil. Mais il va de soi qu'elle est majeure. La situation au sein de la zone euro-atlantique est désastreuse, et sans doute largement aussi mauvaise qu'aux pires heures de la guerre froide. On notera que des résolutions ont été adoptées depuis l'invasion russe, une petite cinquantaine. Mais cette réalité statistique ne prend pas en compte leur importance. Et l'on ne peut alors que constater que les résolutions adoptées correspondent à un fonctionnement véritablement minimal du Conseil puisqu'elles consistent, pour la plupart d'entre elles, dans des décisions de routine qui prorogent des actions existantes. Si des

[10] V. S/PV/9195.
[11] V. Résolution S/RES/2202 du 17 février 2015.
[12] S/PV.7384. Du côté russe, « l'Ukraine se voit offrir une possibilité réelle de tourner cette page tragique de son histoire », insistant sur les malheurs subis par la population russophone de l'est, qui trouve en particulier protection sur le territoire russe. Les Etats-Unis développent un long argumentaire, sur la thématique du monde à l'envers : « Pourtant, même pour ceux d'entre nous qui commencent à s'habituer à vivre dans un monde à l'envers, l'idée que la Russie – qui a orchestré la violence en Ukraine et continue de l'exacerber – ait présenté aujourd'hui un projet de résolution appelant au règlement pacifique du conflit tient pour le moins du paradoxe ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

crises sont spécialement évoquées, comme par exemple celle au Myanmar[13], on remarquera qu'elles concernent une zone à faible valeur ajoutée sur le plan stratégique, ne remettant pas en cause les intérêts essentiels des principaux acteurs du Conseil, et qu'elles n'ont pas abouti à des décisions placées sous le Chapitre VII. Certes, la dégradation des relations est un processus qui ne date pas de l'invasion de février, et pas même de la situation en Ukraine depuis 2014. Dans l'approche russe en particulier, la désillusion sur le Conseil est constamment ramenée à la résolution 1973 de 2011 dans l'affaire libyenne. La mansuétude russe qui consiste à ne pas opposer de veto, donc à s'abstenir, lors de son adoption aurait été mal récompensée en retour par une propension occidentale à la dénaturer dans son exécution. Mais l'invasion russe conclut ce processus de déréliction et le porte à un point que l'on espère cependant ultime. Les conséquences d'une désactivation du Conseil sont en effet dramatiques dans le système des Nations unies puisqu'elle incite les Etats à ne pas respecter son monopole. Elle constitue un acide dans la régulation juridique des relations internationales, réévalue l'importance des rapports de force, en particulier militaires, incite à l'unilatéralisme et à des actions non concertées et bénéficiant d'une faible légitimité internationale. Ce à quoi l'on assiste est un crépuscule du droit. On ne peut qu'en être mortifiés. On notera certes que les mécanismes pérennes de sanctions ne peuvent être remis en cause, par exemple ceux contre la Corée du nord puisque cela nécessite une résolution qui rencontrerait alors inévitablement le veto de ceux qui veulent les maintenir. Ce serait cependant ignorer que de tels mécanismes ne nécessitent pas seulement d'être juridiquement en place pour être effectifs mais qu'ils doivent être garantis par une volonté politique. Le conflit en Ukraine poussera certainement à rapprocher encore plus des Etats voulant faire front commun contre le bloc occidental.

L'évolution sur certains dossiers est véritablement radicale. Plusieurs exemples pourraient en être donnés. Mais que l'on songe par exemple à la neutralisation du Conseil après les essais de missiles balistiques de la Corée du nord en novembre 2022. Ce qui donnait lieu à des condamnations parfois fermes et assorties de sanctions donne désormais lieu à un projet de résolution barré par un veto de la Russie. L'approche a radicalement changé de son côté puisque ce sont désormais les actions provocatrices des Etats-Unis et de leurs alliés qui sont considérées comme justifiant des mesures de la Corée parfaitement légitimes, désormais, de leur point de vue : « Il est évident que les tirs de missiles de Pyongyang sont la conséquence des activités militaires belliqueuses et à courte vue menées par les Etats-Unis autour de ce pays »[14]. La nouvelle situation géopolitique polarise les antagonismes autour d'oppositions radicales, comme celles opposant les amis et les ennemis. Le Myanmar a ainsi fermement condamné, devant l'Assemblée

[13] V. Résolution S/RES/2669 du 21 décembre 2022.
[14] S/PV.9197, p. 12.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

générale, l'agression commise par la Russie[15] ; il ne peut donc attendre de protection, de sa part, au sein du Conseil. C'est donc à ce type d'analyse qu'il conviendra, avec une plus grande attention encore qu'auparavant, de porter attention quand il s'agira de déterminer les prises de position d'un permanent.

Cette détérioration extrême des relations entre les membres permanents aboutit à s'interroger sur la pertinence de la mobilisation de concepts très usuels dans nos disciplines, finalement rassurants, en particulier celui de communauté internationale. Le Conseil de sécurité apparait comme la projection d'une certaine forme de régulation des relations internationales que l'on pourrait qualifier d'oligarchique, à la différence d'une Assemblée générale plus démocratique, et affirmant l'égalité ontologique de tous les Etats, quelles que soient leur taille, leur population, leur puissance. La logique du Conseil est peut-être finalement la projection à l'échelle universelle du concert européen, tel qu'il a été formalisé à partir du Congrès de Vienne. Ce dernier affirme l'inégalité fondamentale des puissances puisqu'il investit de responsabilités particulières des acteurs jugés majeurs des relations interétatiques. Cela leur donne des responsabilités particulières mais aussi un certain nombre de privilèges, en particulier décisionnels. Cette inégalité peut paraitre choquante mais elle a aussi une contrepartie et des vertus. Elle règle les affaires du monde, en tout cas une partie d'entre elles, par le dialogue permanent et la nécessité d'un certain consensus. Elle suppose cependant, pour fonctionner, non pas un accord de principe de ses acteurs majeurs, mais au moins une disposition au compromis. Des évènements dramatiques ont pu, dans le passé, être l'affirmation d'une totale solidarité, au moins rhétorique, entre les membres permanents du Conseil de sécurité[16]. Même dans le dossier syrien, malgré des vetos récurrents de la Russie, l'accord a pu se faire dans certaines situations pour parvenir à une action concertée au sein du Conseil[17]. Désormais, la qualification par la Russie des Etats occidentaux comme étant des « anciens partenaires », la perception réciproque des deux groupes comme étant constitués de délinquants internationaux minent profondément le fonctionnement

[15] V. A/ES-11/PV.5, p. 2.

[16] On rappellera les termes de la condamnation par la Russie, exprimée par S. Lavrov, des attentats du 11 septembre 2001 devant le Conseil de sécurité, lors de la séance organisée à leur lendemain (S/PV. 4370, p. 5-6)) : « Les Etats-Unis sont confrontés à un acte d'agression de terrorisme international sans précédent […]. C'est un défi éhonté lancé à toute l'humanité. Ce qui s'est produit le 11 septembre met une fois de plus en lumière la nécessité pour la communauté internationale d'unir ses efforts pour combattre ce fléau du XXIe siècle ». Affirmation d'une unité de l'humanité, d'une communauté internationale nécessairement soudée face à des menaces… Certes, le Conseil n'a pas été confronté, dans le contexte actuel, à des évènements de l'ampleur de ceux de 2001. Mais qu'en serait-il de la réaction si quelque chose de comparable se produisait ?

[17] V. par les exemples les débats devant le Conseil 27 septembre 2013 (S/PV.7038) qui ont abouti à l'adoption à l'unanimité de la résolution 2118 (S/RES/2118) sur le démantèlement de l'arsenal chimique syrien. Certes, la position russe est certainement destinée à empêcher une action militaire sans aval du Conseil contre son allié, d'ailleurs évoquée par le Secrétaire d'Etat Kerry qui représentait ce jour-là les Etats-Unis : « L'option de la force militaire, qui n'a pas été écartée par le Président Obama, aurait pu nous permettre de réaliser cet objectif, mais la résolution adoptée ce soir va encore plus loin » (PV précité, p. 5). Mais il n'en reste pas moins qu'un accord est possible.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

du système[18]. Et la logique de constitution d'un système international alternatif et remettant en cause l'hégémonie états-unienne ne peut trouver un écho institutionnel qu'en dehors du système de Conseil de sécurité. Les Etats occidentaux ont évidemment la même capacité de blocage que la Chine et la Russie. Les chicanes que l'on a évoquées sont révélatrices d'une perception qui n'est pas nouvelle mais qui est désormais explicitement affirmée : les prétentions des Etats occidentaux ne sont celles d'une communauté mais d'un bloc qui a instrumentalisé le Conseil pour satisfaire ses projets hégémoniques. La Russie y a loyalement joué le jeu du dialogue, endossant en partie la perception des Etats occidentaux. C'était donc un marché de dupes. Les effets d'une telle division sont parfaitement anticipables et d'ailleurs partiellement déjà réalisés : concentration des Etats sur des alliances plus restreintes mais unissant de véritables partenaires, comme l'OTAN, création d'alliances et de coopérations alternatives, plus ou moins formellement organisées, réévaluation de l'outil militaire se traduisant par l'explosion encore plus aberrante des budgets dans ce domaine, remise en place de stratégies de dissuasion, en particulier nucléaire, contournement du Conseil de sécurité.

II. UNE RÉACTION RENVOYÉE VERS L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Le Conseil étant bloqué par le droit de veto russe, c'est logiquement l'Assemblée générale qui doit être sollicitée et qui se trouve, d'une certaine manière, en première ligne. Les conditions de sa saisine en février 2022 doivent être rappelées car cela dessine une répartition particulière des tâches dans le contexte de cette très grave crise. Jugé bloqué par une grande partie de ses membres, le Conseil se retrouve alors dans une situation souvent dénoncée et qui a amené au demeurant à de problématiques propositions liées à la position récurrente de blocage, en particulier durant les phases les plus chaudes du conflit en Syrie[19]. La résolution 2623, adoptée le 27 février 2022[20], va permettre de le contourner, en tout cas pour partie. En application de l'article 27 § 2 de la Charte, « les décisions du Conseil de sécurité sur des questions de procédure sont prises par un vote affirmatif de neuf membres ».

[18] Lors de la séance du 23 février, durant laquelle les membres du Conseil prennent conscience que la guerre est réellement en train de commencer, les Etats-Unis évoquent sa place dans le système international : « Le Conseil de sécurité est chargé de statuer sur les menaces à la paix et à la sécurité. La Russie est en train de le contourner entièrement et de prendre les choses en main. Ce faisant, elle remet en cause cette institution et tous ceux qui y participent » (S/PV. 8974, p. 4) Evidemment, une telle position, vertueuse et impeccable sur le plan du droit, est suspecte à raison de comportements passés de celui qui la prend. Lors de la même séance, la Russie évoque quant à elle l'impossibilité d'envisager un langage commun avec les occidentaux, dans des termes très lourds de conséquences :« Pour nos collègues occidentaux, les personnes vivant dans le Donbass ne sont rien d'autre qu'une monnaie d'échange dans un jeu géopolitique visant à affaiblir la Russie et à rapprocher le bloc de l'OTAN de ses frontières […]. A moins de changer de perspective géopolitique, *on ne pourra jamais nous comprendre* [italiques ajoutés] » (*idem* p. 12-13).

[19] V. par exemple la position de la France, formulée en 2013, qui propose un encadrement du recours au veto devant le Conseil, lorsque serait en cause un crime de masse, en particulier un génocide. Evidemment, une telle proposition peinerait, même acceptée, à trouver dans les circonstances présentes une application, l'Etat mis en cause étant précisément doté du veto.

[20] S/PV.8980.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

La convocation de l'Assemblée générale, justifiée en l'espèce par « l'absence d'unanimité parmi ses Membres permanents lors de sa 8979e séance [qui] l'a empêché[e] d'exercer sa responsabilité principale en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », constitue indiscutablement une question de procédure. La résolution 267(III) du 14 avril 1949, adoptée par l'Assemblée générale, recommande au Conseil de sécurité de considérer une série de mesures comme relevant des questions de procédure, énumérées dans une annexe. Parmi elles figurent la saisine de l'Assemblée générale de « toutes questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales » et la « demande […] de faire une recommandation sur un différend ou sur une situation à l'égard desquels le Conseil de sécurité remplit les fonctions qui lui sont attribuées par la Charte »[21]. Il était difficile pour la Russie de contester que le projet de résolution rentrait dans cette catégorie. Elle ne disposait donc d'aucun moyen juridique pour s'y opposer. Et sa position au sein du Conseil était inconfortable, à raison de son isolement. Pour justifier la transmission à l'Assemblée générale, les partisans de la résolution invoquent tous le comportement irresponsable de la Russie, tant en Ukraine que devant le Conseil. Des Etats dotés du droit de veto peuvent regretter le blocage du Conseil, tels que la France. D'autres ne remettent pas en cause son utilisation mais son existence même, comme l'Irlande qui le qualifie « d'anachronisme ». Le terme de « paralysie » est utilisé, en particulier par le Mexique. La Russie, quant à elle, vote évidemment contre la convocation d'une réunion extraordinaire. Elle conteste que le Conseil soit bloqué ; si elle a opposé son veto au projet de résolution voté deux jours plus tôt, c'est parce qu'il était « partial et déséquilibré ». Elle développe ensuite un argumentaire sur l'utilité du veto. Elle évoque « l'équilibre des intérêts » qu'il permet de préserver, ce qui est fondamental pour la stabilité du monde. De manière un peu sibylline, mais vaguement menaçante, elle évoque l'avenir du système onusien : « Toute tentative de contourner la position de la Fédération de Russie ou de l'ignorer ébranle les fondements de la Charte des Nations Unies ».

Quoi qu'il en soit, la procédure suivie, à savoir la décision d'ouvrir une session extraordinaire d'urgence, qui s'inscrit, comme on va le voir, dans le cadre de la résolution « Acheson » réactive une procédure qui a été peu utilisée et qui souligne le caractère exceptionnel et dramatique de la situation. Le Conseil de sécurité ne l'avait ainsi pas activé depuis 1982 à propos des « territoires arabes occupés ». Un autre précédent doit cependant être évoqué qui résonne particulièrement aujourd'hui : du 10 au 14 janvier 1980, a été organisée, à l'initiative du Conseil, une session de cette nature à propos de l'Afghanistan. Elle aboutit à l'adoption d'une résolution demandant « le retrait immédiat et inconditionnel des troupes étrangères ». En ce sens, la présente situation se situe dans le prolongement d'un précédent et montre que ce qui se réalise dans le cadre ukrainien est finalement relativement balisé et classique. En ce sens,

[21] V. Conseil de sécurité, *Manuel du Conseil de sécurité des Nations unies. Guide de l'utilisateur aux pratiques et procédures*, 2021, p. 20.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'organisation se reconfigure en fonction des circonstances et active un mode qui lui permet de conserver une capacité de réaction.

L'Assemblée générale mentionne, dans le préambule de la résolution du 2 mars, la résolution 377 (V) du 3 novembre 1950, dite « Acheson », ainsi que la résolution 2623 qui convoque une session extraordinaire d'urgence. C'est donc sur ces fondements que l'Assemblée générale va pouvoir fonder sa compétence. Adoptée dans le cadre de la guerre de Corée, cette résolution permet, face à une situation dans laquelle « le Conseil de Sécurité manque à s'acquitter de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales », que l'Assemblée générale se saisisse ou soit saisie de la question. Elle lui permet de faire aux Etats toutes les recommandations nécessaires, y compris l'emploi de la force armée.

L'enjeu de la mobilisation des résolutions votées dans le cadre de la session extraordinaire d'urgence convoquée à propos de l'Ukraine n'est certainement pas d'envisager un recours à la force. Il parait à la fois symbolique et pratique. Symbolique en ce qu'elle permet de constater que le Conseil manque à s'acquitter de sa responsabilité. Il s'agit donc d'affirmer que le veto russe est en quelque sorte abusif et qu'il bloque une décision qui aurait normalement dû être adoptée. Pratique parce que la mobilisation de la résolution Acheson permet de donner un fondement à la convocation possible de l'Assemblée générale hors des sessions où elle est réunie. Finalement, l'action coordonnée du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale, relayée par le Secrétaire général qui va immédiatement prendre acte de la condamnation de l'agression russe, a un sens politique évident. Il s'agit de ne pas condamner à l'impuissance complète un système seulement bloqué au niveau du Conseil de sécurité. A ce titre, il faut rappeler que, d'après l'article 12 § 1 de la Charte, l'Assemblée générale ne doit pas faire de recommandation sur un différend dont le Conseil est saisi, à moins que ce dernier le lui demande. Il s'agit également de désigner un « coupable » à ce blocage, la Russie elle-même. Cet Etat est donc à la fois celui qui bafoue le droit international, comme le montre le contenu des résolutions adoptées par l'Assemblée générale, et celui qui bloque un système par l'utilisation d'un privilège qui lui est accordé, le veto. Tout cela a un sens global : le voyou empêche la constatation de ses propres turpitudes. Mais cela ne saurait tout de même être considéré comme satisfaisant. En aucun cas, une intervention de l'Assemblée générale ne saurait être comparée à celle du Conseil de sécurité. Elle peut paraitre plus légitime, en ce qu'elle est plus démocratique, égalitaire que cette dernière. Elle ne peut cependant qu'être moins robuste dans son intensité, ne disposant que de faibles pouvoirs de coercition.

Plusieurs résolutions ont été adoptées condamnant l'agression russe, l'annexion des régions séparatistes ou évoquant les conséquences juridiques des actes commis par la Russie en Ukraine[22]. Il ne s'agira pas de toutes les évoquer

[22] On mentionnera en particulier les résolutions suivantes. La Résolution du 2 mars 2022 (A/ES-11/L.1) condamne l'agression de l'Ukraine. La résolution du 7 avril (A/ES-11/3) suspend le droit de la Russie à

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

ici mais d'isoler quelques points qui paraissent particulièrement saillants. La première, dans la session extraordinaire d'urgence, l'a été le 2 mars[23], à l'initiative d'un peu moins de cent Etats. Le texte condamne avec une grande vigueur ce qui est explicitement qualifié d'agression au sens de la résolution 3314 du 14 décembre 1974. La souveraineté, l'indépendance, l'unité et l'intégrité territoriale de l'Ukraine sont réaffirmées. Sont également posées un certain nombre d'exigences envers la Russie, de revenir sur sa position concernant Donetsk et Louhansk, de retirer ses forces militaires « du territoire ukrainien à l'intérieur des frontières internationalement reconnues du pays ». La Russie doit ainsi s'abstenir de recourir à un emploi illicite de la force, en violation de l'article 2 § 4 de la Charte. Les votes traduisent une forte polarisation des votes autour d'espaces régionaux au sein desquels des comportements cohérents peuvent être identifiés, en particulier entre un occident fortement mobilisé pour une condamnation de la Russie et une Asie assez largement abstentionniste[24]. Mais c'est surtout l'Afrique qui a constitué un enjeu essentiel, avec de fortes disparités. On notera cependant que le soutien explicite à la Russie a été extrêmement minoritaire et a abouti à la constitution d'un « club » auquel il était difficile de s'agréger (Syrie, Corée du Nord, Erythrée, Biélorussie, Russie)[25]. Des Etats fortement soutenus par la Russie ont préféré le choix de l'abstention, y compris en Afrique, comme le Mali et la Centrafrique, où agit le groupe Wagner. Des éléments très nombreux justifient cependant les prises de position des Etats. Celle du Sénégal, initialement abstentionniste, a été particulièrement scrutée, et renverrait à des préoccupations liées à sa sécurité alimentaire mais elle a évolué

siéger au Conseil des droits de l'homme. La résolution du 13 octobre (A/RES/ES-11/4), portant sur l'« intégrité territoriale de l'Ukraine : défense des principes consacrés par la Charte des Nations unies », « déclare que les actes illicites de la Fédération de Russie concernant les soi-disant référendums illégaux organisés du 23 au 27 septembre 2022 dans [les régions séparatistes] ainsi que la tentative d'annexion illégale de ces régions qui a suivi n'ont aucune validité au regard du droit international et ne sauraient servir de fondement à une quelconque modification du statut de ces régions d'Ukraine ». Dans la résolution du 14 novembre 2022 (v. texte du projet mis au vote : A/ES-11/L.6, « Agression contre l'Ukraine : recours et réparation »), l'Assemblée générale « considère que la Fédération de Russie doit répondre de toute violation du droit international en Ukraine ou contre l'Ukraine, y compris de l'agression commise contre ce pays en violation de la Charte des Nations Unies, ainsi que de toute violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, et qu'elle doit assumer les conséquences juridiques de tous ses faits internationalement illicites, y compris réparer le préjudice, dont tout dommage, causé par ces faits ».

[23] Le texte est disponible à la côte suivante : Résolution A/ES-11/L.1.

[24] L'évaluation de la signification politique du résultat du vote est évidemment très délicate. Cependant, on le rapprochera d'un autre, présentant à la fois de fortes ressemblances et de grandes disparités, celui du vote de l'Assemblée générale à propos de l'Afghanistan. Lors du vote de la résolution de 2022, les votes, exprimés en pourcentage, se répartissent ainsi : 77% en faveur de la résolution, 3% contre, 20% d'abstention (auxquels auraient pu être rajoutés les non-votes des « absents » lors du vote, certes). En 1980, les votes ont donné le résultat suivant : 104 pour, 18 contre et 18 abstentions, soit respectivement 74%, 13% et 13%.

[25] L'Erythrée a cependant rejoint le camp des abstentionnistes lors de l'adoption de la résolution d'octobre.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

vers l'adoption lors du vote d'octobre condamnant l'annexion des républiques séparatistes[26].

Des conséquences institutionnelles ont été tirées du comportement russe. La question de l'exclusion de la Russie du Conseil de sécurité a été évoquée mais on peut certainement penser que ce type de discours relève de la rhétorique, tant les difficultés politiques que juridiques sont grandes pour la concrétiser. Mais, pour d'autres organes, l'exclusion a été non seulement envisagée mais réalisée. On reviendra un peu après sur une mesure comparable, quoique de plus grande ampleur, relative au Conseil de l'Europe. S'agissant du Conseil des droits de l'homme, la possibilité d'une suspension est prévue et donc juridiquement incontestablement possible[27]. C'est à la suite des exactions découvertes à Boutcha que l'Assemblée générale décide de procéder à la mesure. Les explications de vote mentionnent les mêmes arguments, centrés autour de la violation par la Russie de la Charte des Nations unies[28] et de l'ampleur des crimes dont se rend coupable en Ukraine l'armée russe. Il serait fastidieux de les reprendre ici. La mesure d'exclusion est présentée comme nécessaire sur le plan institutionnel : « Cette suspension est nécessaire et, en toute honnêteté, elle est la seule mesure logique que nous devons prendre si nous voulons préserver l'intégrité du Conseil des droits de l'homme, l'autorité de l'Assemblée générale et la crédibilité du système de protection des droits humains des Nations unies »[29].

Du fait de son rôle, de sa composition et de son mode de fonctionnement, l'Assemblée générale sera moins durablement et profondément touchée que le Conseil de sécurité. L'impact de la crise ukrainienne s'est cependant déjà fait très lourdement sentir lors d'un certain nombre de votes et de débats, et sur des sujets très symboliques. Certains points de tension apparaissent qui aboutissent à radicaliser et dramatiser certains enjeux. Le cas le plus frappant est celui de la lutte contre le néonazisme. Il est statistiquement marginal dans la masse des prises de position de l'Assemblée générale et des comités, instances qui lui sont associés, mais il mérite malgré tout qu'on s'y attarde quelques instants.

Le soupçon d'instrumentalisation par la Russie est évidemment extrêmement fort dans cette affaire. Le vote d'une résolution condamnant le néonazisme, à l'initiative d'un Etat qui a été condamné par l'Assemblée générale pour une « opération spéciale » visant officiellement à purger l'Ukraine de ses éléments

[26] Le président Macky Sall a justifié la position de son Etat au nom de sa politique de non-alignement. Toutefois, il dit condamner l'invasion et reconnaître qu'il y a un agresseur. V. « Guerre en Ukraine : les votes africains toujours fortement convoités », *Le Point*, 15 octobre 2022.

[27] V. Résolution du 3 avril 2006 (A/RES/60/251, « Conseil des droits de l'homme », pt. 8) : « L'Assemblée générale pourra, à la majorité des deux tiers des membres présents et votants, suspendre les droits d'un membre du Conseil qui aurait commis des violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme d'y siéger ».

[28] Lors de la séance du 7 avril 2022, le représentant de la Lituanie mentionne ainsi que « la Russie porte l'entière responsabilité de cette guerre d'agression à grande échelle, non provoquée, illégale et injustifiée » (A/ES-11/PV.11, p. 2).

[29] Déclaration du représentant de la République tchèque, *idem* p. 4.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

nazis, pourrait aisément être interprété comme une forme de soutien. Pour ne pas être pris au piège, des Etats favorables sur le fond à la résolution mais opposés à ce qu'elle devienne un outil de légitimation -au demeurant très relatif sans doute – de l'invasion russe insèrent un point 4 qui veut supprimer certaines ambiguïtés[30]. La version finalement adoptée la contient[31]. Il peut donc paraitre étonnant que les Etats occidentaux, dont tous ceux de l'Union européenne, aient unanimement pris position contre un texte qui, à la fois, condamne le nazisme et l'agression russe au nom de sa lutte contre lui. Certes, ils ont été durablement sceptiques contre l'initiative russe qui remonte à 2012 dans son intégration de la lutte contre le néonazisme. Les Etats de l'Union européenne se sont très souvent abstenus. Les Etats-Unis, en revanche, ont constamment voté contre. Ils sont donc rejoints, désormais, par l'ensemble des premiers[32]. La clé de compréhension de cette opposition consiste sans doute dans la reprise, dans la résolution, d'une partie de l'argumentaire russe contre l'Ukraine (et incidemment contre les Etats baltes), en particulier celle d'une complaisance de certains Etats à l'égard de collaborateurs avec le nazisme de personnes ayant participé à des mouvements de libération nationale. L'Ukraine a vigoureusement dénoncé la résolution à raison du comportement de son principal instigateur[33].

Cet épisode est évidemment très particulier et, au risque de nous répéter, ne signifie pas qu'il faille établir une quelconque équivalence entre l'impact de la crise ukrainienne sur le Conseil de sécurité et celui qu'il a ou aura sur l'Assemblée générale. Mais il montre de quelle manière des enjeux liés à cette crise peuvent avoir une nette incidence sur le positionnement des Etats sur des sujets qui paraissent, de prime abord, ne pas avoir de rapports directs avec elle.

III. UNE COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE AUDACIEUSE MAIS IGNORÉE

On se contentera de quelques mots sur l'intervention de la Cour internationale de justice, non pour réaliser une analyse technique de l'ordonnance qu'elle a rendue à propos de l'invasion russe mais pour s'interroger sur sa capacité d'action dans la présente situation. Elle sera appréhendée en tant qu'institution. Saisie par

[30] Il se lit ainsi : « [L'Assemblée générale] constate avec inquiétude que la Fédération de Russie a cherché à justifier son agression territoriale contre l'Ukraine en invoquant l'élimination du néonazisme, et souligne qu'invoquer le néonazisme comme prétexte pour justifier une agression territoriale compromet sérieusement les mesures prises pour combattre réellement ce fléau ».

[31] Résolution du 15 décembre 2022 (A/RES/77/204), « Lutte contre la glorification du nazisme, du néonazisme et d'autres pratiques qui contribuent à alimenter les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée ». L'amendement qui évoque les préoccupations à l'égard de la Russie et de l'Ukraine a été déposé à l'initiative de l'Australie, avec le Japon, le Libéria et la Macédoine du Nord (A/C.3/77/L.52).

[32] On pourra trouver une explication de la prise de position française dans l'article suivant : E. DE LA ROCHE SAINT-ANDRÉ, « La France a-t-elle voté avec l'Ukraine contre une résolution de l'ONU condamnant le nazisme ? », *Libération*, 6 novembre 2022.

[33] V. couverture des réunions des Nations unies, 15 décembre 2022, AG/12483 : « C'est la raison pour laquelle nous ne pouvons pas laisser des violeurs nous donner des leçons de morale sur la manière de combattre le viol ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'Ukraine d'une demande d'indication de mesures conservatoires, elle a ordonné que « [l]a Fédération de Russie […] suspend[e] immédiatement les opérations militaires qu'elle a commencées le 24 février 2022 sur le territoire de l'Ukraine »[34]. Cette ordonnance est très intéressante car elle fait écho à d'autres situations, dans lesquelles la Cour a été saisie pour ordonner des mesures conservatoires dans des situations militairement conflictuelles. Dans le cadre de la crise autour du Temple de Préah Vihear en 2011, la Cour est ainsi intervenue pour ordonner aux parties de « retirer leur personnel militaire présent dans la zone démilitarisée » et de s'abstenir de « toute présence militaire dans cette zone et de toute activité armée dirigée à l'encontre de celle-ci »[35]. La Cour a également été sollicitée, comme dans la présente affaire, sur le fondement de la convention sur le génocide de 1948, à propos des évènements au Kosovo en 1999 et dans laquelle elle n'avait pas fait droit aux demandes de la Serbie à l'égard des Etats de l'OTAN qui ont participé à l'opération destinée à empêcher un nettoyage ethnique. La Cour avait systématiquement rejeté les requêtes, en ce qu'elle n'établissait pas sa compétence *prima facie* au regard de la convention de 1948[36]. Dans les deux cas donc, c'est cette dernière qui est mobilisée. Mais dans l'un, cela a abouti à un rejet des demandes, dans l'autre à ce que la Cour y fasse droit.

Il faut souligner que l'invocation de la convention sur le génocide ne se plaçait absolument pas sur le même plan dans les deux situations, ce qui peut expliquer les différences. Dans le cas du Kosovo en 1999, la Serbie invoquait la commission d'un génocide par les forces de l'OTAN, ce qui était assurément très audacieux. Dans le cas de l'Ukraine, c'est la Russie qui a particulièrement manié l'argument génocidaire, affirmant que les populations situées à l'est étaient soumises à un génocide du fait de l'Ukraine et qu'il fallait à ce titre intervenir. La Cour observe qu'elle ne dispose pas « d'éléments de preuve étayant l'allégation, par la Fédération de Russie, qu'un génocide aurait été commis sur le territoire ukrainien ». Par ailleurs, il est « douteux que la convention, au vu de son objet et de son but, autorise l'emploi unilatéral de la force par une partie contractante sur le territoire d'un autre Etat, aux fins de prévenir ou de punir un génocide allégué. Dans ces circonstances, la Cour considère que l'Ukraine a un droit plausible de ne pas faire l'objet d'opérations militaires par la Fédération de Russie aux fins de prévenir et punir un génocide allégué sur le territoire ukrainien »[37]. Finalement, la Russie a été quelque peu piégée, devant la Cour, par son argumentaire de justifications de ces opérations armées.

[34] CIJ, ordonnance du 16 mars 2022, *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*.
[35] CIJ, ordonnance du 18 juillet 2011, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, § 69.
[36] CIJ, ordonnance du 2 juin 1999, *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. France et al.)*.
[37] Ordonnancé précitée, §§ 59-60.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Les mesures conservatoires, décidées en vertu de l'article 41 du Statut de la Cour, sont, selon une jurisprudence bien établie, juridiquement obligatoires[38]. La violation des termes d'une ordonnance les indiquant constitue un fait internationalement illicite, quand bien même, ultérieurement, la Cour ne devrait pas statuer sur le fond ou établir la commission d'un fait internationalement illicite. En vertu de l'article 94 de la Charte, « chaque Membre des Nations unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de justice ». Sur le plan du droit, la situation est donc claire. La Russie a cependant adopté une attitude de rejet préalable de la procédure, en refusant de comparaitre et de participer à la phase orale. Elle a certes tout de même produit un document explicitant les raisons pour lesquelles la Cour ne devrait pas, dans cette affaire, faire droit à la demande de l'Ukraine mais cela reste peu[39]. Compte tenu de la situation sur le terrain, on ne peut que constater que l'ordonnance n'a guère été suivie d'effets. Cette situation, désolante pour le juriste, est au demeurant commune si on rapproche la situation actuelle d'autres interventions infructueuses de la Cour[40]. Il n'est certes pas question d'affirmer ici que la Cour aurait dû s'abstenir d'indiquer des mesures conservatoires, en prenant en compte des intérêts politiques auxquels elle doit normalement être indifférente, et pas question non plus de considérer qu'une telle ordonnance, parce qu'elle n'est pas directement exécutée, n'a aucune valeur et aucune importance[41]. Ce qui frappe dans les développements qui précèdent, c'est que, face à l'incapacité du Conseil de sécurité à constater des violations du droit international, se mettent en mouvement des organes qui, chacun, le font. Ils peuvent aboutir à des condamnations fermes, qui ne débouchent sur une aucune action concrète. Ils peuvent, comme la Cour internationale de justice, mobiliser le droit sans que celui-ci ait de prises concrètes sur la réalité. Mais ils établissent, ce faisant, une perception commune de la situation qui, elle, est marquée par une grande autorité. En ce sens, les dégâts pour la Russie, en termes institutionnels, sont considérables. Cet Etat a fait du Conseil de sécurité un élément clé de l'affirmation de sa puissance et a eu une activité très soutenue au sein de l'Organisation. A. de Tinguy a décrit les Nations unies comme « un multiplicateur d'influence pour la Russie »[42], le lieu de développement d'un discours vertueux sur les nécessités du respect des principes du multilatéralisme et du monopole du Conseil de sécurité. Ce discours ne peut aujourd'hui qu'être difficilement porté.

[38] CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis).*
[39] V. « Document (avec annexes) de la Fédération de Russie exposant sa position sur le prétendu "défaut de compétence" de la Cour en l'affaire », 7 mars 2022, disponible sur le site de la Cour.
[40] V. en particulier : CIJ, ordonnance du 10 mai 1984, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*.
[41] V. sur ce point l'entretien avec R. MAUREL accordé à *Dalloz Actualité*, 18 mars 2022, disponible sur le site : www.dalloz-actualite.fr : « Les conséquences de cette ordonnance ne sont donc pas concrètes, sur le terrain en Ukraine, mais plus subtiles : la Russie ne peut dorénavant plus argumenter sur la licéité de son « opération » qui viole en tout état de cause une nouvelle règle de droit international – celle de l'ordonnance. »
[42] A. DE TINGUY, « Les Nations unies, un multiplicateur d'influence pour la Russie », *Revue de la défense nationale*, 2017/7, pp. 17-22.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

IV. QUE FAIRE ? LE DILEMME DE L'EXCLUSION DEVANT LE CONSEIL DE L'EUROPE

Les membres du Conseil de l'Europe sont confrontés à une situation face à laquelle aucune solution pleinement satisfaisante ne se présente. Les organisations internationales peuvent avoir une dimension très technique et être indifférentes aux politiques, pratiques et valeurs affirmées par les régimes internes. Elles peuvent, comme l'ONU, être porteuses de valeurs très fortes mais finalement très réticentes à l'ostracisation globale d'un ou de plusieurs de ses membres. La logique qui y prévaut est de les y maintenir, quand bien même leur comportement fait l'objet de sérieuses mises en cause. Et l'exclusion, demandée par l'Ukraine, tant du Conseil de sécurité que de l'organisation elle-même, relève assez largement d'une logique incantatoire. Le Conseil de l'Europe est une organisation dont la raison d'être est de réunir des Etats qui partagent certaines valeurs et qui intègre un mécanisme d'exclusion sur lequel l'Etat mis en cause n'a pas de prises de nature juridique.

Dans une résolution du 16 mars 2022[43], est mentionné que « l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine constitue une violation grave par la Fédération de Russie de ses obligations au titre de l'Article 3 du Statut. Se pose alors la question de déterminer si elle a encore sa place au sein de cette institution[44].

La participation de la Russie au Conseil de l'Europe a toujours été porteuse d'incompréhensions et de griefs réciproques entre les membres. Sa première demande d'adhésion a été formulée par Boris Eltsine en mai 1992[45]. Plusieurs éléments internes perturbent le bon déroulement du processus qui est en particulier ajourné, en février 1995, à la suite de la guerre de Tchétchénie. L'adhésion de la Russie est marquée par des ambiguïtés. Les Etats occidentaux ont parfaitement conscience qu'elle représente plus un pari sur l'avenir, consistant à arrimer ce géant à l'Europe de l'ouest, à la convertir à des valeurs, que la constatation qu'elle respecte déjà des standards élevés en matière de pratiques politiques, de droits de l'homme ou de protection des minorités. Du côté de la diplomatie russe, émergent aussi des interrogations, des rancœurs qui peuvent justifier, en retour, que la Russie soit intégrée. Comme le souligne M. de Lipkowski : « Elle a l'impression – humiliation suprême – de faire antichambre tandis qu'elle voit d'anciens sujets admis avant elle au Conseil de l'Europe, lesquels n'ont pas pourtant fait autant de chemin vers la démocratie. Deux poids

[43] Résolution CM/Res(2022)2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe.

[44] Les deux articles pertinents se lisent ainsi. Article 3 : « Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre Ier ». L'article 8 permet d'exclure un Etat du Conseil de l'Europe : « Tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même ».

[45] J.-P. MASSIAS, « La Russie et le Conseil de l'Europe : dix ans pour rien ? », Note Russie.Nei.Visions, n° 15, 2007.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

deux mesures […]. Ces frustrations permettent d'alimenter la campagne des ultra-conservateurs à partir de la vieille notion d'ennemis extérieurs, ce qui conduit à l'affrontement plus qu'à la coopération »[46].

L'exclusion de la Russie s'inscrit dans un processus global de dégradation des relations entre la part occidentale et centrale du Conseil d'un côté, de la Russie de l'autre. Mais elle répond aussi à des épisodes passés qui peuvent justifier le sentiment qu'il est vain dans le contexte actuel d'espérer que l'adhésion ait encore un effet « d'arrimage », de production d'un cercle vertueux démocratique, du développement de la coopération. En ce sens, la question de l'Ukraine renvoie indiscutablement à un précédent, celui de la seconde guerre de Tchétchénie, qui commence en 1999[47]. L'Assemblée parlementaire, face aux violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire, a oscillé entre deux politiques. Elle suspend, en particulier, les droits de vote de la délégation russe auprès de l'Assemblée, par un vote du 6 avril 2000. La délégation russe, d'ailleurs, a déclaré à l'issue du vote qu'elle avait pris « la lourde responsabilité d'une nouvelle guerre froide »[48]. Les pouvoirs de la Russie sont rétablis en 2002, comme un signe d'encouragements, non suivis d'effets, ce qui amène l'Assemblée à un ultime, mais bien léger, revirement vers une logique plus coercitive, elle-même parfaitement stérile. De ce précédent peut donc résulter le sentiment très justifié que la logique de l'arrimage est à certains égards vaine, face à un Etat qui fera prévaloir, c'est encore une fois une évidence, son intérêt national sur la participation à une organisation internationale qui n'est pas un enjeu vital pour elle.

Du point de vue russe, la manière dont certaines crises récentes ont été dès le départ abordées lui laisse penser qu'elle est l'objet d'un parti-pris hostile. C'est le cas dans la crise ukrainienne. Lors des évènements de l'euromaïdan, les autorités ukrainiennes alors en place sont rappelées à l'ordre, du fait de leur volonté de ne pas conclure l'accord avec l'Union européenne et de la répression des manifestations[49]. La Russie est directement visée : « La menace de sanctions économiques ou politiques pour influencer les décisions politiques d'un autre pays est contraire aux normes diplomatiques et démocratiques communément acceptées, et est inadmissible ». Les agissements prêtés à la Russie dans l'est du pays et l'organisation d'un référendum d'annexion sont très sévèrement condamnés par l'Assemblée parlementaire[50]. Elle décide en conséquence de la sanctionner[51]. Mais elle se place encore dans une politique de conciliation liée à la crainte des conséquences d'une trop

[46] Cité par J.-P. MASSIAS, *op. cit.* p. 6. Ces propos ont été tenus en 1996 lors des débats Conseil-Assemblée parlementaire des 22-26 janvier à propos de l'adhésion de la Russie.
[47] V. M. DIVAC OBERG, « Le suivi par le Conseil de l'Europe du conflit en Tchétchénie », *AFRI* 2004, pp. 755-777, sp. p. 768-770.
[48] Propos cités *in* S. SHIHAB, « Le Conseil de l'Europe sanctionne la Russie pour la guerre en Tchétchénie », *Le Monde* du 8 avril 2000.
[49] V. Résolution 1974(2014) de l'Assemblée parlementaire, 30 janvier 2014, *Le fonctionnement des institutions démocratiques en Ukraine*.
[50] Résolution 1988(2014) de l'Assemblée parlementaire, 8 avril 2014, *Développements récents en Ukraine : menaces pour le fonctionnement des institutions démocratiques.*
[51] Résolution 1990(2014) de l'Assemblée parlementaire, 10 avril 2014, *Réexamen, pour des raisons substantielles, des pouvoirs déjà ratifiés de la délégation russe.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

grande dureté à son endroit. Il ne s'agit donc pas de suspendre la délégation russe mais de la priver du droit de vote et du droit de représentation dans certains organes spécifiques du Conseil, épargnant une exclusion des organes principaux. La crainte est clairement exprimée : « l'Assemblée est convaincue que le dialogue politique doit rester la voie privilégiée pour trouver un compromis et qu'il ne faut pas revenir à l'exemple de la guerre froide. La suspension des pouvoirs de la délégation russe rendrait ce dialogue impossible […] ».

La phase ouverte par l'agression de février 2022 ne peut plus laisser de place à une certaine mansuétude. Les précédents montrent que la Russie ne saurait être impressionnée par des récriminations au sein du Conseil. Les sanctions après la Crimée ont été évoquées. Limitées dans le temps -elles sont décidées pour une année et doivent donc être renouvelées-, elles ont été finalement abandonnées en 2019[52]. Les discussions qui ont eu lieu lors de cette décision résonnent aujourd'hui particulièrement et expliquent en partie la dureté actuelle[53]. Les raisons justifiant la participation pleine et entière de la Russie au sein du Conseil étaient diverses mais il faut noter que l'échec même des sanctions a été présenté comme un argument à l'appui de l'abandon d'une logique punitive. Cet épisode avait été perçu en Russie comme une victoire symbolique, bien entendu. La logique de conciliation ne peut plus être justifiée. Et l'ampleur de la crise relève, pour le moment, de l'irrémédiable.

Les conséquences d'une telle exclusion sont évidentes. Sur le plan politico-symbolique, tout d'abord. La rupture avec le Conseil de l'Europe est particulièrement lourde de sens. La Russie l'a rejoint en 1996, on l'a dit. Mais c'est en son sein que, des années avant, ont été initiées la réconciliation entre l'est et l'ouest et l'affirmation d'une communauté de destins : « Son énonciation signifie en effet que l'Union soviétique entend réintégrer une certaine communauté de destin européenne et affirmer sa vocation à être partie intégrante d'un espace civilisationnel, culturel et politique européen »[54]. C'est l'affirmation de cette appartenance qui pose évidemment débat aujourd'hui. Il est possible de concevoir, *a minima*, qu'une telle mesure n'a qu'une vocation elle-même temporaire et que la Russie pourra rejoindre à nouveau, dans un futur plus ou moins proche, le Conseil. Mais elle peut être aussi perçue comme un désarrimage définitif, donc de la fin de la maison commune en tant que telle. Cette approche est d'autant plus probable qu'elle se rattache au développement d'une rhétorique anti-occidentale de plus en plus radicale du côté russe, et à l'affirmation de sa volonté de créer un système dit « multilatéral » organisé autour du rapprochement d'Etats ou de blocs qui ont pour point commun d'avoir des relations difficiles avec les Etats-Unis, en particulier la Chine. L'Occident, composé des Etats-Unis

[52] V. F. BERROD, B. WASSENBERG, « La Russie exclue du Conseil de l'Europe : séisme dans la " maison commune " », *The Conversation*, 7 avril 2022.
[53] V. B. VITKINE, « Le Conseil de l'Europe lève les sanctions contre la Russie », *Le Monde*, 25 juin 2019.
[54] S. MOMZIKOFF, « Aux origines de la Maison commune européenne de Gorbatchev : influences et concepteurs (années 1970-1989) », *Histoire Politique*, n° 46, 2022, p. 2.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

et de « vassaux », est ainsi décrit comme un système « néocolonial qui lui permet de vivre aux crochets du monde, de le piller grâce à la domination du dollar et de la technologie, de percevoir un véritable tribut de l'humanité »[55]. La conception globale est donc non celle d'une Europe unie, d'une maison commune structurée autour du Conseil de l'Europe, mais d'une zone euro-atlantique fracturée par la division OTAN/Russie. Que reste-t-il alors de la maison commune quand, au surplus, l'occident est présenté comme profondément décadent et niant des déterminations naturelles, telles que la différence des sexes ? L'adhésion à des organisations internationales constitue souvent, autant que des engagements juridiques, des affirmations identitaires. Du côté du Conseil lui-même, la perception est celle d'un Etat qui s'est affranchi des valeurs qui le structurent[56].

Sur le plan juridique, la conséquence la plus évidente est la sortie de la Russie du système de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui a pu être perçu paradoxalement comme étant un effet pervers de la décision du Conseil lui-même[57]. La Secrétaire générale l'a ainsi mentionné : « Il est fort regrettable qu'en quittant la Convention européenne des droits de l'homme, la Russie s'éloigne encore davantage du monde démocratique et prive plus de 140 millions de citoyens russes de la protection offerte par la Convention »[58]. Mais c'est globalement à toutes les conventions que le Conseil définit comme « fermées » que la Russie va cesser d'être partie. L'exclusion est donc perçue comme une cause de terminaison des traités.

PROPOS CONCLUSIFS

Les débats et décisions au sein des organisations étudiées montrent qu'elles ont été capables d'apporter une réponse au comportement de la Russie. D'une certaine manière, elles ont continué à fonctionner, certes en « mode dégradé » pour l'Organisation des Nations unies, en se reconfigurant à partir d'une exclusion d'un de ses membres pour le Conseil de l'Europe. Cela permet, dans ce dernier cas, de couper court à des débats, en son sein même, sur la légitimité ou la légalité des actions commises en Ukraine et d'opposer un front uni à l'Etat qui a bafoué le droit international. Mais cela ne saurait être considéré comme satisfaisant. Le droit, ici, vit à l'ombre de la politique. Et c'est de la résolution de la crise sur ce dernier plan, et de grands bouleversements internes, que peut venir l'espoir. Il ne semble pas, à court terme, pouvoir se concrétiser.

[55] Discours du 30 septembre 2022, lors de la cérémonie d'adhésion des républiques séparatistes à la Fédération de Russie.
[56] V. le discours du Secrétaire général du Conseil devant l'Assemblée parlementaire, 23 janvier 2023.
[57] V. surtout, sur cette question, le Mémorandum préparé par le Secrétariat, présenté lors de la réunion du 17 mars 2022, « Conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe en vertu de l'article 8 de son Statut », CM(2022)70.
[58] Déclaration du 15 septembre 2022, [https://www.coe.int/fr/web/portal/-/secretary-general-millions-of-russians-no-longer-protected-by-the-european-convention-on-human-rights].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RÉSUMÉ

La crise ouverte, en février 2022, par la Russie en Ukraine, par son ampleur et le statut international particulier d'un des principaux protagonistes, ébranle profondément les principes qui structurent le droit international. Elle ne peut manquer d'avoir des conséquences institutionnelles profondes, qu'il s'agit, dans cette contribution, de décrire et de mettre en perspective avec des précédents. Les réponses ont été diverses. Au niveau de l'Organisation des Nations unies, le Conseil de sécurité a évidemment été confronté à la présence de la Russie, alors qu'un assez large consensus sur la condamnation d'une « agression » se réalisait par ailleurs. Le Conseil active alors des mécanismes qui placeront l'Assemblée générale en premier plan. Le Conseil de l'Europe, quant à lui, décide de mesures radicales, l'exclusion. Cette mesure est lourde cependant de significations politiques et de conséquences juridiques.

ABSTRACT

The crisis opened in February 2022 by Russia in Ukraine, by its magnitude and the special international status of one of the main protagonists, profoundly shakes the principles that structure international law. It cannot fail to have profound institutional consequences, which this contribution aims to describe and put into perspective with precedents. The responses have been diverse. At the level of the United Nations, the Security Council was obviously confronted with the presence of Russia, while a fairly broad consensus on the condemnation of « aggression » was otherwise achieved. The Council then activated mechanisms that placed the General Assembly in the forefront. For its part, the Council of Europe, decided on radical measures, exclusion. However, this measure is fraught with political significance and legal consequences.

RESUMEN

La crisis abierta por Rusia en Ucrania en febrero de 2022, por su magnitud y por el especial estatus internacional de uno de los principales protagonistas, socava profundamente los principios que estructuran el Derecho Internacional. No puede dejar de tener tener profundas consecuencias institucionales, que esta contribución pretende describir y poner en perspectiva con precedentes. Las respuestas han sido diversas. En el ámbito de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad Consejo se enfrentó obviamente a la presencia de Rusia, mientras que habia un consenso bastante amplio sobre la condena de la "agresión" de por fuera. El Consejo activó entonces mecanismos que situarían a la Asamblea General en primera línea. El Consejo de Europa, por su parte, optó por medidas radicales, de exclusión. Esta medida, sin embargo, está cargada de significado político y de consecuencias jurídicas.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

LES SANCTIONS DE L'UE CONTRE LA RUSSIE COMME MESURES DE RÉACTION À UN FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

Patrick JACOB
Professeur à l'université Paris-Saclay (UVSQ)

L'« opération militaire spéciale » dirigée par la Russie à l'initiative de son président contre l'Ukraine depuis le 24 février 2022 a fortement ébranlé l'édifice juridique international. Par-delà sa qualification en tant qu'agression suivant les règles régissant l'interdiction du recours à la force[1], elle a soulevé une foule de questions de droit international, concernant la situation des personnes déplacées, l'encadrement de la conduite des hostilités et la protection des personnes en temps de guerre ; mais aussi la responsabilité internationale de la Russie, celle, pénale, de ses dirigeants ou, plus largement, des belligérants. Parmi ces multiples enjeux, celle de la qualification juridique des mesures adoptées par les tiers, au premier rang desquels l'Union européenne, en réaction à cette agression n'est pas la moins intéressante.

On le sait, à peine les chars russes avaient-ils pénétré en territoire ukrainien que l'Union européenne constatait – comme d'autres Etats dont les Etats-Unis, le Royaume-Uni, le Japon ou le Canada – que « cette attaque constitue une violation flagrante de l'intégrité territoriale, de la souveraineté et de l'indépendance de l'Ukraine » et décidait « compte tenu de la gravité de la situation, et en riposte aux actions de la Russie visant à déstabiliser la situation en Ukraine, (…) d'instaurer de nouvelles mesures restrictives »[2]. La célérité de cette réaction s'expliquait en partie par le fait que tous ses véhicules juridiques étaient disponibles depuis que l'UE avait réagi par des moyens similaires à l'annexion de la Crimée en 2014[3]. Elle n'eut donc qu'à capitaliser sur les décisions et règlements adoptés alors pour développer, par « paquets » ou « trains » successifs, une série de mesures en réaction à la conduite russe. Ces mesures concernent les relations

[1] A. DE NANTEUIL, « La guerre en Ukraine et le droit international public. Premières réflexions à la lumière de l'ordonnance de la Cour internationale de Justice du 16 mars 2022 », *JDI*, 2022, p. 721-748.
[2] Décision (PESC) 2022/327 du Conseil du 25 février 2022 modifiant la décision 2014/512/PESC concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine.
[3] Sur ces mesures, voir entre autres le dossier publié alors par le *JDI*, notamment R. BISMUTH, « Odyssée dans le conundrum des réactions décentralisées à l'illicite », *JDI*, 2014, n° 3, 7 et Ch. BEAUCILLON, « Crise ukrainienne et mesures restrictives de l'Union européenne : quelle contribution aux sanctions internationales à l'égard de la Russie ? », *JDI*, 2014, n° 3, 10.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

diplomatiques mais la plupart d'entre elles sont de nature économique : il en va ainsi classiquement des embargos et boycotts[4] sectoriels visant la Russie, ses marchandises ou ses services[5], ou des mesures de gel des ressources économiques, qui ciblent des personnes et entités liées au pouvoir russe[6].

Interdiction des importations de charbon et de pétrole mais aussi d'acier, d'or ou de tous biens en provenance des régions séparatistes ; prohibition des exportations de biens à double usage, de ceux qui peuvent contribuer au renforcement de l'économie russe (semi-conducteurs, technologies nécessaires à l'industrie pétrolière…), et même de certains produits de luxe ; suspension des licences de diffusion de médias liés au pouvoir russe ; interdiction de fournir des services financiers aux entités russes ; gel des fonds détenus en Europe par Vladimir Poutine, Sergueï Lavrov ou encore Roman Abramovitch et près de 1 500 autres personnes et entités… la liste des mesures prises par l'Union afin d'« affaiblir la base économique de la Russie, (…) la priver de technologies et de marchés critiques et (…) réduire considérablement sa capacité à faire la guerre » est longue[7].

La séquence a ainsi confirmé que la sanction économique unilatérale, celle adoptée dans le domaine économique mais qui poursuit un objectif politique[8], constitue dans les relations internationales contemporaines un instrument de pression privilégié. L'interdépendance économique favorisée par le droit international en ayant fait un moyen de contrainte non négligeable[9], elle apparaît tout à la fois comme un ersatz d'une force à laquelle on s'interdit de recourir et un palliatif aux sanctions institutionnelles que le Conseil de sécurité des Nations unies est incapable d'adopter dès lors que les intérêts de l'un de ses membres permanents sont en cause.

La question de l'efficacité de ces sanctions, de leurs effets sur ceux qui les subissent rapportés à leur coût pour ceux qui les imposent, a fait et fera encore couler beaucoup d'encre. Sa perception dépend largement de l'objectif qu'on leur assigne, entre inflexion du comportement de l'Etat cible et simple expression forte

[4] S'ils sont souvent pris pour synonymes, ces termes sont parfois distingués en considérant que l'embargo désigne spécifiquement l'interdiction des exportations vers l'Etat visé tandis que le boycott, outre qu'il peut être le fait de particuliers, prohibe les importations depuis l'Etat visé (R. CHEMAIN, « Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus », *Répertoire Dalloz Droit international*, mai 2017, § 149 et 205).

[5] Dont l'essentiel résulte du Règlement 833/2014 du Conseil concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, adopté le 31 juillet 2014 et modifié à plusieurs reprises depuis 2022 jusqu'au règlement 2022/2367 du Conseil du 3 décembre 2022.

[6] Règlement 269/2014 du Conseil concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, adopté le 17 mars 2014 et modifié à plusieurs reprises depuis 2022 jusqu'au règlement 2022/1905 du Conseil du 6 octobre 2022.

[7] Voir Conseil européen, *Sanctions de l'UE contre la Russie liées à la situation en Ukraine*, https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/.

[8] Même si on conviendra sans peine que la frontière entre objectifs économiques et politiques peut se brouiller, ainsi que l'illustrent par exemple les tensions commerciales qui opposent les Etats-Unis et la Chine.

[9] Soulignant ce point, T. RUYS et F. R. SILVESTRE, « L'Union contre-attaque – la proposition d'Instrument anti-coercition de l'UE vue sous l'angle du droit international », *AFDI*, 2021, p. 143-171, p. 144-145.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'une réprobation. La façon dont leur adoption révèle l'édification, parfois chaotique, d'une Politique étrangère et de sécurité commune au sein de l'Union européenne est remarquable. Décidées par des décisions prises à l'unanimité du Conseil au titre de l'article 29 du traité sur l'Union européenne, elles sont mises en œuvre par des règlements adoptés à la majorité qualifiée sur le fondement de l'article 215 du traité sur le Fonctionnement de l'UE. Or, il est sans doute remarquable que ces exigences n'aient pas empêché l'UE d'adopter rapidement et de renforcer progressivement des mesures particulièrement contraignantes, manière aussi d'« affirm[er] sa particularité, défend[re] son identité et ses valeurs »[10].

Mais ces mesures, qualifiées de restrictives dans le jargon européen, intéressent également le droit international général en ce qu'elles sont présentées comme des mesures de réaction à un comportement internationalement illicite. C'est sous cet angle, et sous cet angle seulement, qu'elles seront discutées ici. Sans aborder donc la question de leur efficacité, de leur légitimité, ni même celle de leurs effets sur les relations juridiques privées préexistantes, on s'efforcera d'identifier la place qu'occupent ces sanctions dans la panoplie des réactions à l'illicite dans l'ordre international en tant que contre-mesures (I), avant de chercher à préciser si, et dans quelle mesure, la pratique développée par l'Union à cette occasion peut contribuer à faire évoluer le régime de ces contre-mesures (II)[11].

I. LES SANCTIONS ET LA NOTION DE CONTRE-MESURES

Des difficultés de deux ordres brouillent l'appréhension juridique des sanctions économiques internationales, telles que celles adoptées par l'UE contre la Russie après l'invasion de l'Ukraine. Elles tiennent, d'un côté, à un foisonnement et des glissements terminologiques dans le vocabulaire du droit international, entre sanctions, représailles, rétorsions et autres contre-mesures. Elles s'expliquent, de l'autre, par la diversité des mesures adoptées et des objectifs qui leurs sont assignés. Toutefois, même si elles ne sont sans doute pas que cela, ces sanctions sont aussi des mesures de réaction à l'illicite. Elles peuvent dès lors être qualifiées de contre-mesures si on donne à ce terme le sens large de mesures décentralisées de réaction à l'illicite (A). Toutefois, seules certaines d'entre elles

[10] D. DREYSSÉ, « Les 'sanctions de l'Union européenne contre les Etats tiers », *AFDI*, 2021, p. 119-142, p. 120.

[11] La doctrine internationaliste s'est saisie de la question, en particulier au travers d'un dossier spécial publié par l'*Annuaire français de droit international*, avec D. ALLAND, « Présentation du dossier : les 'sanctions' internationales entre nouveauté et classicisme », *AFDI*, 2021, p. 95-100 ; Ch. BEAUCILLON, « Sanctions internationales unilatérales et contre-mesures », *AFDI*, 2021, p. 101-118 ; D. DREYSSÉ, « Les 'sanctions de l'Union européenne contre les Etats tiers », *AFDI*, 2021, p. 119-142, ainsi que, portant sur un autre type de « sanction », T. RUYS et F. R. SILVESTRE, « L'Union contre-attaque – la proposition d'Instrument anti-coercition de l'UE vue sous l'angle du droit international », *AFDI*, 2021, p. 143-171. On y ajoutera le dossier publié par la RFDA, 2022, p. 596 s., spécialement du point de vue qui est le nôtre ici Y. NOUVEL, « Aspects globaux – Les sanctions internationales au soutien de l'intégrité territoriale de l'Ukraine : leur conformité au droit international – Le cas des investissements », *RFDA*, 2022, p. 606, et l'article de D. ALLAND, « Les mesures de réaction à l'illicite prises par l'Union Européenne motif pris d'un certain intérêt général », *Rivista di diritto internazionale*, 2022, vol. 2, p. 369-406. Le présent article prend appui sur l'ensemble de ces contributions.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

pourraient être qualifiées de contre-mesures au sens étroit de mesures elles-mêmes intrinsèquement illicites mais dont leur auteur pourrait prétendre qu'elles sont purgées de cette illicéité en ce qu'elles constituent une réaction à une première violation du droit (B).

A. Les sanctions comme mesures décentralisées de réaction à l'illicite

Les sanctions comme mesures décentralisées. Un premier point terminologique doit être clarifié : bien que les mesures adoptées par l'UE soient qualifiées dans le langage commun, et dans la façon dont les présente l'UE elle-même, de sanctions, elles sont et demeurent des mesures décentralisées. Or, dans la doctrine francophone du droit international, le terme de sanction est régulièrement réservé pour qualifier les mesures institutionnelles, celles adoptées par une organisation à destination de ses membres, par opposition précisément aux mesures décentralisées, prises par un Etat ou un groupe d'Etat contre un autre Etat. L'UE elle-même dispose du pouvoir d'adopter de telles sanctions institutionnelles, notamment au titre de l'article 7 du traité sur l'UE qui permet au Conseil de suspendre certains droits découlant de son application, notamment le droit de vote, lorsqu'un de ses membres enfreint de manière grave et persistante ses valeurs. Rien de comparable en revanche lorsque l'UE vise un Etat tiers, comme la Russie. Que l'on tienne à réserver le terme de sanction aux mesures institutionnelles ou non, les deux techniques sont nettement distinctes et l'avertissement donné par la Commission du droit international en 2001 demeure parfaitement valable : « Il est capital (…) de distinguer, d'une part, les contre-mesures individuelles, que celles-ci soient prises par un Etat ou par un groupe d'Etats agissant chacun de son propre fait et par le biais de ses propres organes, et, d'autre part, les réactions institutionnelles adoptées dans le cadre d'organisations internationales »[12]. Si tel est le cas, c'est parce qu'en devenant membres d'une organisation internationale, les Etats ont accepté *a priori* le pouvoir de sanction dont celle-ci pourrait faire usage à leur encontre. A rebours, les mesures décentralisées sont adoptées en vertu du droit international général et reposent sur une auto-appréciation par chaque Etat de la situation.

Il importe d'autant plus de souligner cette différence que, face à une agression telle que celle commise par la Russie, un mécanisme de sanction institutionnelle existe. L'article 41 de la Charte des Nations unies permet ainsi au Conseil de sécurité de prendre en pareille situation les mesures qui s'imposent, y compris par exemple « l'interruption complète ou partielle des relations économiques », lesquelles seront alors mises en œuvre par les Etats membres. Mais l'on sait qu'il ne peut le faire que si ses cinq membres permanents au moins, dont la Russie, convergent. On comprend dès lors aisément que, tout en ayant ainsi centralisé le pouvoir de sanction, les Etats ne se sont pas départis de leur capacité à réagir eux-mêmes à ce qu'ils perçoivent comme une violation du droit international.

[12] AREFI, commentaire de l'article 54, *ACDI*, 2001, vol. 2, 2, p. 147.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Lorsqu'ils le font, comme l'a fait l'UE en l'occurrence, leurs mesures ne sont toutefois pas assimilables à des sanctions adoptées par les Nations unies. Elles restent le produit de leur appréciation subjective de la situation qui, dans un système marqué par l'égalité souveraine, équivaut *a priori* à celle des autres.

Que l'UE agisse plutôt que ses Etats membres individuellement ne change rien à l'affaire. Si ces sanctions sont le produit d'une activité institutionnelle du point de vue interne de l'UE, elles restent des réactions unilatérales du point de vue externe, qui est celui du droit international. Leur caractère collectif indique certes que 27 Etats ont pu s'entendre pour qualifier les faits et déterminer la réaction appropriée. Mais ce caractère « n'atténue en rien leur nature auto-appréciée et ne saurait modifier leur caractère intrinsèquement unilatéral : pour l'Etat tiers il ne s'agit pas en effet de sanction institutionnelle. »[13] Ce constat simple ne modifie rien au jugement politique que l'on peut porter sur ces mesures. Il ne retire pas davantage à leur pertinence du point de vue du droit international, tant celui-ci continue de reposer largement sur la conduite unilatérale de ses sujets, dont fait ici partie l'UE. Car ces mesures de réaction décentralisée sont bien des mesures de réaction à l'illicite.

Les sanctions comme mesures de réaction à l'illicite. Les mesures restrictives adoptées par l'Union européenne sont diverses et leurs objectifs variés. Nombre d'entre elles n'apparaissent qu'indistinctement comme des mesures de réaction à l'illicite, de sorte que l'on peut y voir « des mesures de réaction factuelle à finalité modificative », c'est-à-dire des mesures avant tout basées sur l'appréciation politique de faits et qui visent à en modifier le cours[14]. Par contraste, l'UE a clairement inscrit les sanctions adoptées contre la Russie dans une perspective juridique. Certes, la Cour de Justice de l'Union européenne souligne avec raison que leur but principal est « d'accroître le coût des actions de la Fédération de Russie visant à compromettre l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine et de promouvoir un règlement pacifique de la crise »[15]. Elles se présentent ainsi comme des mesures destinées à rétablir, ou plus modestement contribuer à rétablir, la paix et la sécurité internationales. Mais ce passage indique d'emblée que le respect du droit international apparaît comme une condition de cette stabilité, de sorte que ces sanctions sont aussi des réactions à l'illicite. Il est à cet égard remarquable que la dernière décision par laquelle le Conseil a prorogé les sanctions repose presqu'exclusivement sur des motifs juridiques. Se référant tant aux qualifications opérées par l'Assemblée générale des Nations unies qu'à l'appréciation portée par la Cour internationale de Justice sur la situation, le Conseil y souligne en particulier que les mesures adoptées doivent être maintenues « tant que les actions illégales de la Fédération de Russie

[13] D. ALLAND, *op. cit.*, p. 373.
[14] D. DREYSSÉ, *op. cit.*, p. 131.
[15] CJUE, *Rosneft*, C-72/15, arrêt (grande chambre) du 28 mars 2017, § 123 ; également en ce sens, la présentation des sanctions sur le site du Conseil européen, précitée.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

continuent de violer l'interdiction du recours à la force, qui est une règle impérative de droit international »[16].

Dès lors, même si leurs motifs peuvent s'entremêler et quoiqu'ils ne soient pas formulés dans les termes du droit de la responsabilité internationale, ces sanctions apparaissent comme des mesures de réaction à un comportement illicite et visent, plus ou moins directement, à en obtenir la cessation. Mesures décentralisées de réaction à l'illicite, les sanctions de l'UE apparaissent ainsi comme des contre-mesures au sens large, c'est-à-dire des « mesures prises par un Etat en vue de faire respecter et de protéger ses intérêts au cas où ceux-ci seraient lésés par un autre Etat »[17]. Tel était le sens que mettait en avant P. Reuter à l'orée des travaux de la Commission du droit international sur la question, soulignant que dans le sens commun la notion « qui implique seulement une idée de postériorité, désigne toutes les mesures prises à la suite d'un fait international illicite »[18]. C'était également le sens retenu par Ch. Leben en 1982[19] et que privilégie encore aujourd'hui S. Sur, pour qui « aucun argument décisif ne paraît (…) justifier que l'on réserve le terme de contre-mesures à une hypothèse particulière » de sorte qu'il désigne selon lui « toute réaction étatique unilatérale dirigée contre un ou d'autres Etats, émanant d'un Etat qui considère leur comportement comme inamical ou contraire à leurs engagements internationaux »[20]. Les sanctions adoptées par l'UE contre la Russie constituent donc des contre-mesures au sens large.

Ce type de mesure joue un rôle majeur dans le fonctionnement du système juridique international. Elles s'inscrivent ainsi, au moins aux yeux de ceux qui les adoptent, dans ce que C. Santulli désigne comme « le droit commun des voies d'exécution du droit international »[21]. Des arguments solides ont toutefois pu être avancés, qui conduisent à relativiser leur place en tant que technique de réalisation du droit international. Ces arguments peuvent être schématiquement regroupés en trois catégories.

Sur le plan théorique, Ch. Leben a d'abord mis en avant, dans un article publié il y a quarante ans mais qui demeure d'une frappante actualité, ce qui empêchait de voir dans ces contre-mesures au sens large des sanctions du droit international au sens strict. D'un côté, il considérait que ne peuvent être proprement qualifiées comme telles que les mesures adoptées par ou à l'initiative d'un tiers indépendant et impartial. De l'autre, il soulignait que les sanctions ont nécessairement pour fonction « de renforcer l'efficacité du droit », là où les contre-mesures « tendent à déstabiliser l'ordre juridique international en suscitant des conflits renouvelés

[16] Décision 2023/191 du Conseil du 27 janvier 2023 modifiant la décision 2014/512/PESC concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, préambule, cons. 3.
[17] J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 259.
[18] *ACDI*, 1981, vol. 1, p. 201.
[19] Ch. LEBEN, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », AFDI, 1982, p. 9-77.
[20] J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 13e éd., 2019, p. 253-254.
[21] C. SANTULLI, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 249.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

entre Etats »[22]. Ces arguments n'ont pas perdu de leur force : pas plus aujourd'hui qu'hier les mesures de l'UE ne peuvent donc être qualifiées de sanctions du droit au sens étroit retenu par Ch. Leben. Cependant, si la dialectique du relationnel et de l'institutionnel qui existait alors pouvait conduire à espérer une forme de perfectionnement du droit international vers la mise en place d'un mécanisme efficace de sanction proprement dit, force est de constater que le système juridique international reste foncièrement décentralisé et que ce sont les Etats qui continuent de tirer pour l'essentiel les conséquences de la violation du droit par leurs pairs. Pour considérer ce système comme juridique, il faut alors soit voir dans ces réactions des formes de sanctions, même décentralisées et donc redéfinies, soit renoncer à définir le droit principalement par la sanction. Quoi qu'il en soit, dans un cas comme dans l'autre, les mesures unilatérales jouent un rôle important dans le fonctionnement du système, rôle que Ch. Leben ne négligeait bien sûr pas mais qu'il cantonnait au monde du fait[23].

C'est là un deuxième élément régulièrement mis en avant pour écarter l'étude des sanctions économiques internationales du champ du droit international. Elles seraient en effet des faits, qui ne deviendraient juridiquement pertinents que si et dans la mesure où elles mettent elles-mêmes en cause des obligations internationales, auquel cas il faudrait déterminer si elles constituent des violations pures et simples du droit ou si elles peuvent être justifiées en tant que contre-mesures *stricto sensu*. En effet, les Etats qui sanctionnent n'ont le plus souvent pas besoin d'invoquer un titre reconnu en droit international les habilitant à agir. Ils ne font généralement qu'user de la liberté résiduelle dont ils disposent, dès lors que tout ce qui ne leur est pas interdit leur demeure permis. Les réactions ne sont donc pas, sauf le cas particulier des mesures qui seraient sinon illicites, juridiquement organisées. Pour le dire autrement, alors que les contre-mesures *stricto sensu* relèveraient du monde du droit, en ce qu'elles dérogent à la légalité internationale, les rétorsions relèveraient du monde du fait, en ce qu'elles sont le produit de choix politiques dans la sphère de liberté dont dispose chaque Etat[24]. Ceci étant, on peut encore soutenir, sur le plan théorique, que les Etats agissent en vertu du droit international lorsqu'ils réagissent à un fait illicite initial, quand bien même ils ne le font que par des mesures qu'ils ont quoi qu'il en soit la liberté d'adopter. Surtout, alors même que les réactions ne seraient pas juridiquement organisées, elles demeurent juridiquement pertinentes dans la mesure où elles se présentent comme des réactions à l'illicite et constituent à ce titre l'une des principales conséquences qui s'attachent à la violation du droit international.

[22] Ch. LEBEN, *op. cit.* p. 19.
[23] *Ibid.*, p. 39 : « les contre-mesures ne peuvent être analysées que comme des instruments de l'action politique des Etats dans les relations internationales. Elles obéissent essentiellement à la logique politique de ces relations et peuvent à ce titre remplir une fonction essentielle à la vie de la société inter-étatique. Mais elles ne peuvent être qualifiées de sanctions. »
[24] Voir *mutadis mutandis* D. DREYSSÉ, *op. cit.*, *passim.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

D'un point de vue sociologique enfin, on peut hésiter à voir dans les sanctions économiques internationales des mesures de réaction à l'illicite compte tenu des mobiles réels qui animent ceux qui les adoptent. Même si le respect de la légalité figure parmi les éléments mis en avant pour les justifier, on peut en effet douter qu'il s'agisse du principal moteur de l'action et un examen même superficiel de la pratique indiquerait sans peine que toutes les violations du droit ne conduisent pas nécessairement à l'adoption de sanctions. En outre, les sanctions sont avant tout adoptées afin d'atteindre un objectif politique, plus ou moins étroitement lié au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Plus, elles apparaissent largement comme l'arme des puissants, comme le rappelait encore récemment Antonio Cançado Trindade pour remettre en cause la promotion de cette institution comme technique de réalisation du droit international à laquelle ont abouti, selon lui, les travaux de la Commission du droit international[25].

Toutefois, ni l'un ni l'autre de ces éléments n'empêche les sanctions d'être *aussi* des mesures de réaction à un comportement illicite. Elles sont à ce titre importantes pour les spécialistes de droit international. D'abord, en ce qu'elles constituent des techniques de réalisation de la règle de droit dans l'ordre international. Elles se rangent ainsi, aux côtés (ou au sein) de la responsabilité internationale – des Etats comme des individus – parmi les principales conséquences qui s'attachent à une violation du droit international telle que l'agression de l'Ukraine par la Russie. Ensuite, et en conséquence, en ce qu'elles sont également révélatrices de la conception que les sujets de droit international se font du contenu de leurs obligations et de celles de leurs pairs. Certes, de simples protestations diplomatiques pourraient suffire à exprimer la position des Etats, sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient assorties de mesures de contrainte. Toutefois, les sanctions appuient les prises de position étatiques et permettent de mesurer le degré de réprobation que suscite une conduite. Elles apparaissent ainsi, dans une certaine mesure, comme un thermomètre du respect des engagements internationaux et, donc, comme la mesure de leur contenu. Dès lors qu'elles demeurent le produit d'une auto-appréciation, elles sont bien sûr impuissantes à infléchir à elles seules le cours du droit international. Mais, combinées et appréhendées à l'aune des réactions qu'elles suscitent, elles peuvent le faire évoluer, que cette pratique et *l'opinio juris* qu'elle révèle s'inscrivent dans un processus d'interprétation ou un processus coutumier.

Peu importe donc qu'elles soient intrinsèquement licites ou illicites : les sanctions économiques internationales, sans être des sanctions du droit international pour les raisons mises en avant par Ch. Leben, sont tout à la fois un instrument privilégié d'exécution du droit international et un puissant révélateur de ce que les Etats tiennent pour internationalement illicite et donc du contenu de

[25] Opinion individuelle sous Cour internationale de Justice, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)*, arrêt du 14 juillet 2020, *passim.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

leurs obligations[26]. Comme le souligne D. Alland, ce serait donc, en tout état de cause, une erreur de négliger cette pratique tant elle constitue « une source abondante de prises de position de la part des Etats et d'organisations internationales telles que l'UE sur les règles du droit international et la façon dont "il convient" de les interpréter »[27].

B. Les sanctions comme contre-mesures *stricto sensu*

Si l'on admet donc de voir les sanctions prises par l'UE contre la Russie comme des mesures de réaction à l'illicite, encore faut-il les caractériser parmi les mesures de réaction à l'illicite. A cet égard, la notion de contre-mesure au sens large peut être doublement restreinte, ce qui explique que les sanctions telles que celles prises par l'UE contre la Russie soient rarement discutées en tant que telles. D'un côté, un grand nombre de mesures décentralisées de réaction à l'illicite se déploient dans un contexte conventionnel qui conduit à y voir tantôt des réactions conventionnelles, tantôt une manifestation de la technique de l'exception d'inexécution[28], tantôt une exception à la règle conventionnelle[29]. Ch. Beaucillon a ainsi montré comment, bien souvent, « la mesure de réaction est en quelque sorte dissoute dans un régime conventionnel négocié et plus ou moins institutionnalisé »[30]. De l'autre, et plus fondamentalement, la notion de contre-mesure a pris un sens spécifique dans le cadre des travaux de la CDI sur la responsabilité, pour désigner ce que l'on appelait auparavant des représailles, distinctes des mesures de rétorsion. Le succès de ces travaux fut tel que ce sens particulier du terme « contre-mesures » a aujourd'hui solidement pénétré la doctrine internationaliste, qui désigne le plus souvent par ce terme les mesures qui sont « intrinsèquement illicites »[31].

Ainsi entendu, le terme contre-mesures est réservé à celles des réactions à l'illicite qui se trouvent être elles-mêmes contraires aux engagements internationaux de celui qui les adopte. La distinction est non seulement utile mais claire en théorie, dès lors que les contre-mesures *stricto sensu* doivent reposer sur une habilitation internationale, tandis que les mesures de rétorsions relèvent de la liberté des Etats. Mais on a régulièrement souligné combien elle est difficile à tracer dans la pratique[32]. D'abord parce que les mesures de réaction sont multiples et sont moins calibrées en fonction de leur (il)licéité intrinsèque qu'en fonction

[26] M. HAKIMI, « Unfriendly Unilateralism », *Harvard Journal of International Law*, 2014, p. 105-150.
[27] D. ALLAND, « Les mesures de réaction à l'illicite prises par l'Union Européenne motif pris d'un certain intérêt général », *op. cit.*, p. 405.
[28] Sous réserve des remarques de D. ALLAND, « Les mesures de réaction à l'illicite prises par l'Union Européenne motif pris d'un certain intérêt général », *op. cit.*, p. 394, qui souligne qu'il ne s'agit pas seulement, comme avec l'exception d'inexécution, d'invoquer la violation comme motif de remise en cause du traité mais « d'adopter des mesures à la suite d'une violation conventionnellement et par avance considérée comme substantielle ».
[29] Sur ce dernier point, voir *infra*.
[30] Ch. BEAUCILLON, *op. cit.*, p. 113.
[31] D. ALLAND, « Contre-mesures », *Les 100 mots du droit international*, Paris, Que sais-je ?, 2021, p. 26.
[32] De Ch. LEBEN (*op. cit.*, p. 15-16) à Ch. BEAUCILLON (*op. cit.*, p. 107) en passant par D. ALLAND (« Les mesures de réaction à l'illicite prises par l'Union Européenne motif pris d'un certain intérêt général », *op. cit.*, p. 387).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

des effets qu'elles sont susceptibles de produire[33]. Ensuite, parce que ceux qui les adoptent n'ont guère intérêt à afficher ouvertement la contrariété de leur réaction avec leurs obligations internationales[34]. Encore, parce que lesdites obligations laissent souvent une marge d'appréciation telle à leurs destinataires qu'il n'est pas toujours évident de faire la part du licite et de l'illicite. Enfin, parce qu'il est improbable que cette question soit tranchée *a posteriori*, ni l'auteur de la sanction ni sa cible n'ayant intérêt à consentir à ce que leur conduite respective soit débattue dans une enceinte judiciaire[35].

Si toutefois certaines des sanctions dirigées par l'UE contre la Russie devaient se révéler intrinsèquement illicites, alors il nous semble qu'elles constitueraient des contre-mesures au sens restreint retenu par la CDI. Il s'agirait en effet de mesures illicites, mais dont leur auteur pourrait soutenir le cas échéant qu'elles sont justifiées par l'illicéité initiale à laquelle elles répondent. Deux objections supplémentaires peuvent toutefois être formulées.

D'abord, on peut légitimement s'interroger sur l'incidence du fait que les sanctions soient adoptées par l'UE plutôt que par des Etats sur leur qualification. Ce n'est pas tant qu'une organisation internationale ne puisse pas adopter de contre-mesures en principe. Sans entrer dans le détail, et quelle que soit la vision que l'on retient de l'Union, on peut convenir sans grande difficulté que les organisations internationales peuvent adopter des contre-mesures dans les mêmes conditions que les Etats. Même si elle n'a pas élucidé le régime des contre-mesures prises par une organisation contre un Etat tiers, la Commission du droit international n'a ainsi guère éprouvé de difficulté pour dire que « l'illicéité d'un fait d'une organisation internationale non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un Etat ou d'une autre organisation internationale est exclue si et dans la mesure où ce fait constitue une contre-mesure prise conformément aux conditions de fond et de procédure requises par le droit international »[36].

Mais une approche formelle de la relation qui unit l'organisation à ses membres peut donner à voir un décalage troublant. Dans bien des cas – pas tous – ce sont en effet moins les obligations internationales de l'UE que celles de ses membres qui sont mises en cause, que ce soit par l'action initiale ou la réaction. Cet effet d'optique pourrait avoir pour effets opposés, d'un côté, d'absoudre *a priori* les membres de l'Union de la violation d'obligations qui ne pèsent que

[33] Voir Conseil de l'UE, Lignes directrices relatives aux sanctions, doc. 5664/18, 4 mai 2018, § 14 : « Les mesures utilisées dans une situation donnée varieront en fonction des objectifs visés par les mesures restrictives et de leur efficacité probable en vue de la réalisation desdits objectifs dans ces circonstances particulières ».

[34] Sous réserve de ce que l'on dira *infra*, II. A. On remarquera par ailleurs que l'instrument anti-coercition en discussion au sein de l'UE pourrait constituer une exception à cette frilosité, en ce qu'il mentionne ouvertement les contre-mesures telles que codifiées par la CDI. Ceci étant, il s'agit là d'affirmer la capacité de l'UE à en adopter en principe et d'organiser en interne le pouvoir de le faire davantage que d'assumer l'illicéité intrinsèque d'une réaction particulière (voir T. RUYS, F. R. SILVESTRE, *op. cit.*).

[35] Ch. BEAUCILLON, *op. cit.*, p. 114.

[36] AROI, article 22.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

sur eux dans la mesure où la sanction ne leur est pas imputable[37], de l'autre, de disqualifier la prétention de l'Union à réagir par des contre-mesures à la violation d'obligations qui ne lui sont pas dues[38]. Sans pouvoir approfondir ici une discussion dont les prémisses sont sans doute aussi complexes que les implications sont vastes, on est toutefois enclin à admettre qu'en ce domaine plus que dans d'autres, l'Union agit non seulement en tant que telle mais aussi en tant qu'organe commun à ses membres[39]. Autrement dit, le voile social de l'UE, bien réel par ailleurs, n'empêche pas de considérer ici que les sanctions qu'elle adopte sont aussi des sanctions de ses membres. Si on l'admet, ce sont ainsi aussi eux qui réagissent à travers elle à la violation d'obligations qui leur sont dues, le cas échéant en mettant en cause les obligations qui pèsent sur eux autant que celles qui la lient.

Ensuite, on peut hésiter à qualifier de contre-mesures *stricto sensu* des sanctions qui, quoiqu'elles constituent des réponses intrinsèquement illicites à une première violation du droit international, ne respecteraient pas certaines des conditions que le droit international – en tous cas tel que l'a compris la CDI en 2001/2011 – met à leur adoption. On touche là à l'une des difficultés de la codification par la CDI des contre-mesures, qui a pu conduire à la confusion de la notion et de son régime. En effet, si l'on considère que l'illicéité originelle d'une conduite se trouve exclue dès lors qu'elle constitue une contre-mesure[40], alors on ne peut qualifier comme telle que les mesures qui satisfont effectivement aux conditions posées pour produire cet effet[41]. Une sanction qui ne respecterait pas l'une ou l'autre de ces conditions ne pourrait alors être qualifiée comme telle, alors même qu'il s'agirait pourtant d'une mesure illicite prise en réaction à un premier comportement illicite. Il en irait ainsi par exemple d'une réaction disproportionnée, mais aussi d'une réaction émanant d'un Etat autre que l'Etat lésé, seul ce dernier étant habilité à réagir aux termes de l'article 49 du texte de la CDI. Suivant ce raisonnement, Ch. Beaucillon estime par exemple qu'une sanction prise par un Etat (ou une organisation) non lésé échappe en tout état de cause à la qualification de contre-mesure « au sens étroit du droit

[37] Y. NOUVEL discute la question pour ce qui est des accords bilatéraux d'investissement passés par les membres de l'UE, dont la France, avec la Russie, pour conclure dans le sens de l'imputation des sanctions aux Etats membres, d'une manière ou d'une autre (*op. cit.*).

[38] D. DREYSSÉ, *op. cit.*, p. 142, qui estime que « dès lors que l'Union ne peut pas établir l'existence d'une obligation qui lui est due par l'Etat tiers (…) sa mesure restrictive ne pourra jamais être qualifiée de contre-mesure » de sorte que « l'Union verra sa responsabilité internationale engagée ». Ce raisonnement ne trouve quoi qu'il en soit sans doute pas à s'appliquer lorsqu'est en cause la violation d'obligations dont le respect est dû à la communauté internationale dans son ensemble, telles que l'interdiction du recours à la force ou le principe d'intégrité territoriale.

[39] En ce sens, Y. NOUVEL, *op. cit.*, qui poursuit sur ce point la réflexion initiée dans un tout autre contexte par C. SANTULLI, « Retour sur la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l'Alba et de la Celac, comparées notamment l'UE et à l'ONU », *RGDIP*, 2012, p. 567.

[40] AREFI, article 22 : « L'illicéité du fait d'un Etat non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre Etat est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre Etat conformément au chapitre II de la troisième partie ».

[41] AREFI, article 49. D. DREYSSÉ remarque ainsi que « « dès qu'une mesure restrictive ne satisfait pas à une condition, celle-ci ne pourra pas être qualifiée de contre-mesure » (*op. cit.*, p. 141).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

international de la responsabilité », même si elle n'exclut pas qu'elle puisse être justifiée à un autre titre[42].

Compréhensible dans le cadre du texte de 2001, la distinction brouille toutefois l'unité fondamentale de l'institution. Il nous semble donc préférable de regrouper sous le terme de contre-mesures *stricto sensu* toutes les mesures intrinsèquement illicites adoptées en réponse à un premier fait illicite et destinées à le faire cesser ou à obtenir réparation des dommages qu'il a causés. Si l'on retient cette définition, les sanctions adoptées par l'UE contre la Russie qui se révéleraient intrinsèquement illicites constituent des contre-mesures au sens strict. La question de savoir si elles respectent les conditions mises par le droit international pour que leur illicéité originelle se trouve lavée se pose alors dans un second temps[43]. Il s'agit là davantage d'une question de régime que de notion, lequel résulte du droit international général à l'élucidation duquel le travail de la CDI a contribué sans pouvoir le figer.

Il nous semble donc que l'on peut voir dans les sanctions prises par l'UE contre la Russie des contre-mesures *lato sensu* en ce qu'elles sont des réactions décentralisées à l'illicite. En l'absence de système centralisé apte à réagir à une violation telle que l'agression commise en février 2022, elles restent à ce titre l'une des principales conséquences immédiates qui s'attachent à une telle violation du droit international et sont en tout état de cause un révélateur de ce que l'UE, comme d'autres Etats, tient pour internationalement illicite. Certaines de ces sanctions pourraient constituer des contre-mesures *stricto sensu*, si elles devaient se révéler intrinsèquement illicites et que l'UE cherchait à les justifier en ce qu'elles sont une réponse à une violation initiale du droit international. Si tel devait être le cas, la question de la conformité au droit international de ces contre-mesures serait soulevée, alors notamment qu'elles ont été adoptées par une organisation internationale qui n'est pas directement lésée par le fait illicite auquel elle prétend répondre. Pour le dire encore autrement, les contre-mesures *stricto sensu* que pourrait avoir pris l'UE pourraient être licites, si elles respectent les conditions mises par le droit international à l'adoption de telles réactions, ou illicites dans le cas contraire. Mais en même temps qu'elle met en cause le régime des contre-mesures, cette pratique constitue aussi une proposition de droit susceptible de le faire évoluer.

[42] Ch. BEAUCILLON, *op. cit.*, p. 111.

[43] On remarquera que l'article 22 du texte de la CDI n'interdit pas cette lecture, en indiquant que l'illicéité d'un fait est exclue « si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise (…) conformément au chapitre II de la troisième partie », laissant entendre qu'il puisse exister des contre-mesures qui ne sont pas prises conformément à ces exigences. En outre, le commentaire du chapitre 2 de la partie 3 indique qu'il est axé « sur les contre-mesures prises par un Etat lésé » tout en admettant que « dans la pratique, il est arrivé que des contre-mesures soient prises par d'autres Etats » (§ 8, *op. cit.*, p. 353). Si cette pratique a été jugée *in fine* insuffisante pour qu'une règle l'autorisant soit codifiée (voir *infra*), cela ne signifie donc pas pour autant qu'il ne s'agit pas là de contre-mesures.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

II. LES SANCTIONS ET LE RÉGIME DES CONTRE-MESURES

Si l'on admet que les sanctions économiques adoptées par l'Union européenne en réaction à l'invasion de l'Ukraine par la Russie sont susceptibles d'être qualifiées de contre-mesures, cette pratique peut être confrontée au régime des contre-mesures autant qu'elle peut l'éclairer (B). Tel ne peut toutefois être le cas que si ces sanctions répondent effectivement à la définition des contre-mesures *stricto sensu*, c'est-à-dire s'il s'agit bien de mesures intrinsèquement illicites de réaction à un comportement illicite, ce qui n'est guère aisé à établir (A).

A. Les sanctions comme mesures intrinsèquement illicites ?

Une fois admis, d'une part, que les sanctions prises par l'UE contre la Russie sont des mesures de réaction qui tendent à la cessation de l'illicite et, d'autre part, que l'aptitude d'un tiers à adopter de telles mesures est une question de régime davantage que de notion, leur qualification en tant que contre-mesures *stricto sensu* dépend de leur illicéité intrinsèque. Or, on l'a dit, il n'est guère aisé de déterminer si parmi la multitude de mesures successivement adoptées certaines violent les obligations internationales de leurs auteurs. Cela a été régulièrement souligné, l'examen de la conformité aux engagements internationaux de l'UE ou de ses membres de telle ou telle sanction ne peut se faire qu'*in concreto* et exigerait une étude approfondie qui dépasserait de beaucoup le cadre de ces quelques remarques générales. On cherchera donc ici simplement à éclairer ce qui complique cet examen. Outre l'ambiguïté du discours des acteurs, l'une des difficultés essentielles nous semble tenir à l'indétermination des obligations internationales et à la continuité qui existe entre les règles primaires – les limites, dérogations et exceptions aux obligations qu'elles contiennent *a priori* – et les règles secondaires de la responsabilité – les faits justificatifs qui interviennent *a posteriori*, dont les contre-mesures. La difficulté se rencontre que l'on confronte les sanctions au droit international général ou à des régimes conventionnels spécifiques.

1. Les sanctions confrontées au droit international général

S'agissant du droit international général, deux obligations particulières sont *a priori* mises en cause : le principe de non-intervention et les immunités de l'Etat.

On discute ainsi depuis fort longtemps la question de savoir si l'interruption des relations économiques avec un Etat constitue, en elle-même, un fait internationalement illicite. Débattue sous l'angle de l'interdiction du recours à la force jusqu'à ce que l'on convienne que celle-ci ne couvre pas le recours à la force économique[44], la question l'est désormais parfois de manière autonome[45], mais le plus souvent au prisme du principe de non-intervention. Les sanctions sont en

[44] Ch. LEBEN, *op. cit.*, p. 63 s.

[45] Pour une discussion en ces termes, T. RUYS et F. R. SILVESTRE, *op. cit.*, p. 148 s., qui concluent qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de règle de droit international prohibant la coercition économique en tant que telle.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

effet parfaitement assumées comme des moyens de pression destinés à infléchir le comportement d'un Etat souverain et paraissent dès lors entrer dans le champ du principe de non-intervention. Il reste toutefois douteux – malgré les positions régulièrement exprimées sur ce point par de nombreux Etats davantage en position de subir de telles mesures que d'en imposer – que la rupture des relations économiques puisse être vue en elle-même comme une intervention illicite[46]. Sans doute l'appréciation casuistique du degré de coercition qui résulte de pareilles sanctions dépend-elle de leur ampleur, non seulement matérielle mais aussi spatiale, voire du poids de leur auteur[47]. Mais encore faut-il que cette contrainte s'exerce en une matière à propos de laquelle chaque Etat peut se décider librement[48]. Or, si le fait générateur de la sanction se situe bien dans la violation d'une obligation *erga omnes*, cela peut avoir pour effet de rendre cette intervention licite, car portant sur un domaine dans lequel la liberté de l'Etat qui est visé se trouve limitée par les engagements qu'il a pris à l'égard de tous. Il n'est en ce cas pas même nécessaire de déterminer si la sanction est justifiée à titre de contre-mesure, son mobile suffisant à la rendre compatible avec l'obligation primaire, ce qui illustre d'ailleurs la porosité entre obligations primaires de comportement et règles secondaires de justification.

L'incertitude est à peine moindre s'agissant de mesures plus spécifiques, telles que celles qui visent les comptes publics, notamment ceux de la Banque centrale russe, voire les comptes qui, quoique privés, sont ceux de personnes qui se trouvent occuper des fonctions officielles de haut rang (chef de l'Etat et ministre des Affaires étrangères)[49]. Les uns comme les autres pourraient sembler *a priori* protégés par des immunités et autres inviolabilités reconnues en droit international coutumier : celle, matérielle, de l'Etat pour les premiers ; celle, personnelle, de ses représentants pour les seconds. Le fait que les mesures qui les visent soient temporaires, voire qu'elles ne constituent pas formellement un « gel » pour ce qui est de celles qui affectent la Banque centrale[50], masque en effet mal la contrainte

[46] A. HOFER, « The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention? », *Chinese Journal of International Law*, 2017, p. 175-214. T. RUYS et F. R. SILVESTRE perçoivent la proposition européenne d'instrument anti-coercition comme une « affirmation sans équivoque de la part de l'UE que la coercition économique constitue une violation du droit international coutumier » (*op. cit.*, p. 170). Il nous semble, et l'analyse des auteurs est globalement en ce sens, que cette proposition signifie tout au plus que l'UE considère que la coercition économique peut, dans certains cas, violer le droit international coutumier ou, pour le dire autrement, que des sanctions économiques peuvent, dans certains cas, constituer une coercition économique contraire au droit international coutumier. Il reste toutefois à déterminer quels sont ces cas.

[47] Les sanctions pourraient ainsi être traitées différemment selon qu'elles visent ou non à produire des effets au-delà de leur auteur et de leur cible.

[48] Cour internationale de Justice, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, § 205, la Cour concluant d'ailleurs en l'espèce que les mesures d'embargo commercial dirigées contre le Nicaragua ne violent pas le principe de non-intervention (§ 244-245).

[49] Règlement 269/2014, précité, article 2 et annexe A, n° 669 (Vladimir Poutine) et 670 (Sergueï Lavrov).

[50] On remarquera que les mesures qui visent la Banque centrale de Russie s'analysent plutôt en des restrictions commerciales sectorielles sous la forme d'interdictions de transactions financières que comme

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

qu'elles font peser sur leur cible[51]. Toutefois, les immunités n'ont été formellement affirmées que pour protéger l'Etat ou ses représentants des incursions étrangères de nature juridictionnelle[52], alors que les sanctions constituent des actes administratifs adoptés hors de toute procédure judiciaire afin de prévenir les atteintes à l'ordre public. La doctrine estime certes majoritairement que d'autres immunités que celles reconnues en matière juridictionnelle peuvent exister en droit international coutumier ; que la pratique des Etats indique leur réticence à saisir les biens de leurs pairs ; que ce qui est interdit au juge doit *a fortiori* l'être à l'administration ; et, finalement, que le principe d'égalité souveraine prohibe quoiqu'il en soit tout exercice par un Etat d'actes de contrainte sur un autre Etat[53]. Mais T. Ruys répond, avec des arguments tout aussi convaincants, que les immunités n'ont jusqu'ici été reconnues qu'en matière juridictionnelle ; que l'inviolabilité ne bénéficie qu'à certaines personnes et à certains biens, dont ne font partie ni les comptes des Banques centrales ni les comptes privés des représentants de l'Etat, dont l'exercice des fonctions n'est d'ailleurs pas entravé par les mesures de gel qui les affectent ; et que la pratique des Etats tend à indiquer qu'ils ne considèrent ces mesures contraires ni au droit des immunités ni aux inviolabilités[54].

Encore une fois, le débat bute sur l'interprétation de la pratique des sanctions en la matière. Pour les uns, elles violent les obligations qui résultent du droit international mais sont adoptées « à titre de contre-mesure »[55]. Cela peut être soutenu. Le caractère préliminaire de l'immunité de juridiction[56] fait certes douter que l'on puisse en justifier la violation par l'argument des contre-mesures, lesquelles nécessitent une appréciation préalable de la conduite de l'Etat visé[57]. Mais tel n'est pas nécessairement le cas de l'immunité d'exécution et de

des mesures de gel proprement dites. Elles ne relèvent ainsi pas du règlement 269/2014 mais du règlement 833/2014 (article 5 bis). Le résultat est toutefois analogue, dans la mesure où la Banque centrale de Russie ne peut plus disposer de ses réserves afin de poursuivre ses missions.

[51] D. ALLAND rappelle que, dans le contexte de la codification de l'immunité juridictionnelle des Etats, la CDI ne distinguait pas selon que les mesures de contrainte liées à une procédure juridictionnelle étaient définitives ou provisoires (saisie conservatoire) (*Manuel de Droit international public*, Paris, PUF, 2022, p. 211).

[52] Comme son nom l'indique la convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2004 ne codifie que les immunités de juridictions et d'exécutions applicables dans un cadre juridictionnel, son préambule rappelant toutefois « que les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions » qu'elle ne règle pas.

[53] J.-M. THOUVENIN, « Gel des fonds des banques centrales et immunités d'exécution », *in* A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER, CH. TOMUSCHAT (dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, Brill, 2015, p. 209-219; V. GRANDAUBERT, J.-M. THOUVENIN, « The Material Scope of State Immunity from Execution », *in* T. RUYS, N. ANGELET (dir.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, CUP, 2019, p. 245-265, sp. p. 250 s. ; G. BURDEAU, « Le gel des avoirs étrangers », *JDI*, 1997, p. 39-40; D. DREYSSÉ, *op. cit.*, p. 138.

[54] T. RUYS, « Immunity, Inviolability and Countermeasures – A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions », *in* T. RUYS, N. ANGELET (dir.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, *op. cit.*, p. 670-710.

[55] D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, p. 207.

[56] Cour internationale de Justice, *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, arrêt du 3 février 2012, § 82.

[57] T. RUYS, *op. cit.*, p. 704 s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'inviolabilité, qui visent davantage à préserver l'Etat de la contrainte que du regard inquisiteur de ses homologues[58]. Pour d'autres en revanche, cette pratique repousse les limites de ce qui est interdit par le droit international en matière d'actes de contrainte pratiqués sur les biens des Etats étrangers[59]. Il est à cet égard remarquable que l'UE cherche à calibrer ses mesures de gel afin de respecter au moins certaines règles, sans doute plus clairement établies, en la matière, ce qui peut témoigner d'une volonté de rester dans les limites que lui assigne le droit international en la matière[60]. Il reste que l'on en revient là encore à un raisonnement largement circulaire, sans pouvoir déterminer précisément si le gel est toléré par la règle primaire (faute d'interdiction coutumièrement établie), justifié par une règle secondaire (parce qu'il est une contre-mesure licite) ou tout bonnement illicite (parce qu'il constitue une contre-mesure qui reste, pour une raison ou une autre, illicite).

2. Les sanctions confrontées à des obligations conventionnelles spécifiques

On le voit, il est souvent difficile d'établir que les sanctions économiques internationales sont *a priori* incompatibles avec les obligations qui résultent pour ceux qui les adoptent du droit international général. La piste des obligations conventionnelles pourrait *a priori* paraître mieux balisée. A titre d'exemple, la rupture des relations commerciales peut sembler *a priori* contraire aux engagements pris dans le cadre de l'OMC ou par des accords bilatéraux de libre-échange, tandis que les mesures de gel des fonds de personnes privées mettent sans doute en cause les accords d'investissement. Là encore, il n'est toutefois pas certains que ces sanctions violent l'un ou l'autre des accords pertinents, non seulement car les obligations qu'ils contiennent peuvent être aussi indéterminées que celles qui résultent du droit coutumier mais aussi parce qu'ils peuvent en aménager le respect.

Tel est en particulier le cas des accords commerciaux. Les obligations qu'ils contiennent sont relativement claires. Mais elles sont assorties d'exceptions qui laissent une marge de manœuvre considérable à leur destinataire. L'article XXI du GATT fait figure de modèle sur ce point, en prévoyant en substance qu'« aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée (…) comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité (…) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ». On peut certes estimer, quoi qu'en disent les Etats-Unis, qu'une telle clause ne constitue pas un joker dans la manche des Etats membres qui pourraient en user pour échapper à

[58] V. GRANDAUBERT, *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger et des organisations internationales en droit international*, thèse, université Paris-Nanterre, 2021, p. 675.
[59] T. RUYS, *op. cit.*
[60] Règlement (UE) 2022/580 du Conseil du 8 avril 2022 modifiant le règlement (UE) 269/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, préservant les comptes des missions diplomatiques des effets des mesures de gel.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

tout contrôle des entraves commerciales qu'ils érigent au nom de leur sécurité[61]. Il n'en reste pas moins qu'elle leur ouvre une marge d'appréciation telle que l'argument des contre-mesures devient souvent superfétatoire lorsque des sanctions sont adoptées en situation de crise internationale. Ceci explique, *mutadis mutandis*, qu'un Etat comme l'Arabie Saoudite ait présenté les mesures hostiles qu'il a prises contre le Qatar comme des contre-mesures devant le Conseil de l'OACI et comme des exceptions de sécurité dans le cadre de l'OMC[62].

Dans une situation telle que celle de la guerre en Ukraine[63], l'argument des contre-mesures se dissout ainsi largement dans l'exception conventionnelle de sécurité. C'est en tout cas ce que pense la Cour de Justice de l'UE, pour qui les sanctions adoptées à partir de 2014 contre la Russie ne sont contraires ni aux accords de l'OMC ni à l'accord de partenariat qui la lie à la Russie dès lors qu'« il incombe (…) à chaque partie de déterminer les mesures qu'elle estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité »[64]. Sans pouvoir tenir lieu de brevet de conventionnalité, ce constat peut encore être défendu à la lumière des quelques rapports rendus par des groupes spéciaux réunis dans le cadre de l'OMC sur la question. Ceux-ci ont en effet moins mis en cause le pouvoir discrétionnaire des Etats de déterminer les mesures nécessaires à la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité, que celui d'apprécier, d'une part, si ceux-ci sont mis en cause par une situation de grave tension internationale et, d'autre part, si les mesures ont effectivement été adoptées pour répondre à cette menace[65].

[61] Voir spécialement la réaction des Etats-Unis dans l'affaire de *l'Acier*. Le groupe spécial ayant conclu que les mesures imposées ne l'avaient pas été en situation de grave tension internationale (WT/DS544/R, rapport du 9 décembre 2022, § 7.102 s., sp. 7.149), les Etats-Unis ont formé un appel « dans le vide » en soulignant une nouvelle fois que « les questions de sécurité nationale sont des questions politiques qui ne sont pas susceptibles d'être examinées ni ne peuvent être réglées dans le cadre du règlement des différends à l'OMC. Chaque Membre de l'OMC conserve le pouvoir de déterminer lui-même les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité » (WT/DS544/14).

[62] Comp. *Arabie-Saoudite – Mesures concernant la protection des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS567/R, rapport du 16 juin 2020, § 7.294 et CIJ, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)*, arrêt du 14 juillet 2020, § 49 ; sur le différend, voir L. PAIOLA, « Les affaires nées de la 'crise du Golfe' opposant le Qatar aux Etats voisins : approche croisée », *AFDI*, 2021, p. 243-261. Ch. BEAUCILLON observe, de même, que la défense des Etats-Unis dans le différend qui l'oppose à l'Iran devant la CIJ est basée sur l'exception de sécurité du traité d'amitié, de commerce et de navigation qui les lie plutôt que sur les contre-mesures (*op. cit.*, p. 117).

[63] Mais cela ne vaut pas pour toutes les sanctions adoptées par l'UE dans d'autres contextes.

[64] CJUE*, Rosneft c. Conseil*, C-732/18P, arrêt du 17 septembre 2020, §134.

[65] Comp. *Etats-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium*, WT/DS544/R, rapport du 9 décembre 2022, § 7.102 s., sp. 7.149, le groupe spécial concluant que les mesures imposées ne l'ont pas été en situation de grave tension internationale ; *Arabie-Saoudite – Mesures concernant la protection des droits de propriété intellectuelle*, WT/DS567/R, rapport du 16 juin 2020, § 7.294, le groupe spécial admettant qu'il existait entre les parties une situation de grave tension internationale mais que certaines des mesures en cause (la non-application des procédures pénales à un diffuseur pirate) n'étaient pas suffisamment liées à cette situation pour être justifiées au titre de l'article 73 de l'ADPIC ; *Russie – Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R, rapport du 5 avril 2019, § 7.149, le groupe spécial admettant que les mesures en cause ont été appliquées dans une situation de grave tension internationale et qu'elles étaient suffisamment liées à cette situation pour être justifiées au regard de l'article XXI du GATT.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

S'agissant à présent des traités d'investissement, on connaît leur diversité. Certains contiennent des clauses analogues à l'article XXI du GATT, qui pourraient orienter conventionnellement la discussion des mesures de sanction. C'est en particulier le cas des traités conclus par un Etat aussi féru de cette pratique que les Etats-Unis, dont le modèle de traité d'investissement réserve la possibilité pour les parties d'adopter les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité[66]. Or, comme nous le rappelle Y. Nouvel, l'insertion d'une telle clause visait notamment à préserver la possibilité d'adopter des sanctions internationales dirigées contre les investisseurs étrangers[67]. Il est à ce titre significatif que la pratique de l'Union européenne s'oriente dans la même direction, sous la forme tantôt d'une clause d'exception[68], tantôt d'une clause de refus des avantages conçue pour permettre aux parties de dénier la protection offerte aux investisseurs placés sous sanction[69]. Dans l'attente toutefois d'une hypothétique entrée en vigueur des traités négociés par l'UE, ce sont ceux de ses membres qui continuent de régir leurs relations avec les investisseurs russes. Or, nombre d'entre eux, à l'instar de celui qui lie la France à la Russie, n'avaient pris aucune précaution en la matière.

Le contexte ne semble alors pas permettre de relâchement de la portée des obligations qui en résultent. Mais l'on sait aussi que l'usage dans ces traités de la technique relativement indéterminée du standard a précisément pour objectif d'adapter au contexte la portée des obligations des Etats en la matière. Autrement dit, les obligations des Etats à l'égard des investisseurs étrangers sont suffisamment souples pour qu'il puisse être raisonnablement allégué que les sanctions ne les violent pas. Aussi contraignant soit-il, le gel des avoirs des investisseurs russes pourrait ainsi être considéré comme pas plus injuste qu'inéquitable ; vu comme l'expression par l'Etat de son droit de réglementer dans l'intérêt général ; voire comme insuffisamment intrusif pour constituer une mesure d'effet équivalent à une expropriation. Quand bien même une telle mesure apparaîtrait aux yeux d'un tribunal arbitral comme constitutive d'un traitement injuste ou inéquitable ou d'une expropriation indirecte, la pratique arbitrale laisse augurer que l'argument de l'état de nécessité, régulièrement perçu par les arbitres comme un équivalent substantiel des clauses de sauvegarde figurant dans certains traités, pourrait encore être avancé concomitamment à celui des contre-mesures pour tenter de justifier cette violation. Bref, même s'il existe de solides arguments pour affirmer que certaines sanctions mettent en cause les obligations résultant

[66] Etats-Unis, Modèle de traité bilatéral d'investissement, 2012, article 18.
[67] Y. NOUVEL, *op. cit.*, citant un négociateur américain (K. J. Vandevelde) et le tribunal de l'affaire *Continental Casualty c. Argentine* (CIRDI, ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, § 181).
[68] Voir Accord de protection des investissements entre l'UE et ses Etats membres d'une part, et Singapour d'autre part, article 4.5.
[69] Voir en particulier l'article 10.20 de l'accord UE-Chili, dont la formulation semble plus à même d'atteindre cet objectif que celle qui figure à l'article 8.16 de l'accord UE-Canada (AECG), lequel ne vise que l'hypothèse dans laquelle un investisseur de l'une ou l'autre partie serait contrôlé par un ressortissant d'un Etat tiers placé sous sanction.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

pour les Etats membres de l'UE de leurs traités d'investissement, il n'est pas certain qu'elles les violent[70].

Sans pouvoir être exclue, l'illicéité intrinsèque des sanctions adoptées par l'UE est donc difficile à établir. Celle-ci a dès lors beau jeu de maintenir que ses sanctions sont pleinement compatibles avec le droit international[71], sans que l'on puisse d'ailleurs dire si c'est parce qu'elles sont *a priori* conformes à ses obligations (constituant ainsi des rétorsions) ou si, parce que quoiqu'intrinsèquement illicites, elles sont justifiées *a posteriori* en tant qu'elles constituent des contre-mesures licites. L'incertitude qui demeure a selon nous deux conséquences, dont le degré de certitude varie. D'un côté, il est *possible* que les sanctions soient seulement des mesures de rétorsion, qui relèvent de la liberté dont jouissent l'Union et ses membres sans avoir à s'autoriser d'une habilitation internationale pour agir. De l'autre, il est *clair* que l'illicéité intrinsèque des sanctions n'est pas assumée par ceux qui les édictent, ce qui fait douter que leur pratique s'accompagne d'une *opinio juris*.

B. Les sanctions comme mesures justifiables ?

Si l'on devait voir dans certaines des sanctions adoptées par l'Union européenne des mesures intrinsèquement illicites susceptibles d'être justifiées en droit international en tant qu'elles constituent des contre-mesures, cette pratique pourrait être révélatrice de certains glissements importants (1). La position exprimée par l'UE à leur sujet conduit toutefois à constater que cette pratique n'est pas assortie d'une *opinio juris* claire, de sorte qu'on peut douter qu'elle contribue à l'évolution du droit international coutumier en la matière (2).

1. Les glissements potentiels de la pratique

a. Contre-mesures et régimes conventionnels

Si l'on devait admettre que les sanctions sont contraires à certaines obligations conventionnelles, alors cela pourrait signifier que leurs auteurs estiment possible de violer lesdites obligations à titre de contre-mesures. Il ne fait guère de doute que les contre-mesures permettent en principe de justifier la violation d'obligations conventionnelles. Mais la spécificité de certains régimes a pu faire douter qu'il soit possible de violer les obligations qui en résultent à titre de contre-mesures. Tel est le cas aussi bien des accords de l'OMC que des accords d'investissement, pour des raisons différentes.

[70] Plutôt dans le sens d'une violation, Y. NOUVEL (*op. cit.*) qui, après avoir considéré que « *prima facie*, les sanctions ciblant un investisseur entrent foncièrement en contradiction avec les règles découlant d'un TBI », pointe l'obligation de libre transfert, le traitement juste et équitable (mis en cause par la motivation souvent élastique des sanctions individuelles) et la protection contre l'expropriation (le gel, même temporaire, pouvant avoir pour effet de détruire l'investissement).

[71] Conseil de l'UE, *Lignes directrices sur les sanctions*, *op. cit.*, § 9 : « L'introduction et la mise en œuvre de mesures restrictives doivent toujours être conformes au droit international » ; voir aussi Conseil de l'UE, *Quand et comment l'UE adopte-t-elle des sanctions ?*, affirmant que « toutes les mesures restrictives adoptées par l'UE satisfont pleinement aux obligations découlant du droit international » (https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/sanctions/).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

S'agissant des premiers, le caractère auto-suffisant du régime dans lequel ils s'inscrivent peut conduire à considérer que toutes les réactions à la violation des obligations qu'ils posent doivent être contenues dans le cadre conventionnel, pour autant que ce cadre demeure effectif. Au-delà toutefois, certains éléments ont pu laisser penser qu'il ne serait pas possible de justifier les violations de ces engagements en soutenant qu'il s'agit là de contre-mesures dirigées contre une conduite initiale contraire à des obligations internationales étrangères au droit de l'OMC. C'est ce qui semblait ressortir du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire des *Boissons sucrés*[72] et cela explique sans doute en partie que, depuis lors, les membres qui ont tordu leurs engagements en la matière aient cherché à se justifier sur la base d'arguments tirés du droit de l'OMC.

Toutefois, si l'on devait juger que certaines sanctions n'entrent pas dans le champ des exceptions figurant aux articles XX et XXI du GATT, alors il faudrait se demander si leur adoption signifie que la violation du droit de l'OMC peut être justifiée en tant qu'elle constitue une réaction à la violation initiale d'autres engagements internationaux. Des arguments solides peuvent être avancés au soutien de cette solution, qui tendent à indiquer que les Etats n'ont pas entendu se priver de la possibilité de recourir à des contre-mesures de nature commerciale en intégrant l'OMC. En effet, même si, en fait, les Etats justifient bien souvent les entorses qu'ils font à leurs disciplines commerciales en s'appuyant davantage sur les exceptions conventionnellement prévues que sur l'argument des contre-mesures, ni la fonction ni le contenu des unes et des autres ne se recouvrent[73]. On peut donc sérieusement douter qu'en insérant les premières dans les accords de l'OMC les Etats aient eu la volonté de se priver par cette *lex specialis* de la possibilité d'invoquer les secondes en vertu du droit international coutumier[74]. Même si l'on peut comprendre d'un point de vue sociologique les réticences un temps exprimées par l'Organe d'appel, les limites mises à sa compétence ne semblent pas même devoir constituer un obstacle à la discussion contentieuse de cette invocation si l'on accepte que « la perspective qu'un défendeur invoque le recours aux contre-mesures comme moyen de défense

[72] *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, rapport du 6 mars 2006, § 66 s., dans lequel l'Organe d'appel avait refusé de considérer que les mesures en cause étaient justifiées en tant qu'elles constituaient une réaction à la violation initiale par les Etats-Unis de l'ALENA au motif, d'une part, que l'article XX n'autorise qu'à prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect du droit interne (et non d'engagements internationaux) et, d'autre part, qu'une autre conclusion conduirait le « juge » de l'OMC à se prononcer sur le respect par un Etat membre d'engagements internationaux externes au droit de l'OMC.

[73] D. AZARIA, « Trade Countermeasures for Breaches of International Law outside the WTO », *ICLQ*, vol. 71, 2022, p. 389-423.

[74] *Ibid*. Globalement plus dubitatifs quant à la possibilité de recourir aux contre-mesures pour justifier la violation du droit de l'OMC, T. RUYS et F. R. SILVESTRE voient toutefois dans la proposition d'instrument anti-coercition de l'UE un signe que l'UE considère désormais que « le régime de l'OMC n'exclut pas les contre-mesures commerciales dans le cadre du droit international coutumier » (*op. cit.*, p. 169).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

dans une procédure sur le fond (…) n'a pas, en soi, une quelconque incidence sur la compétence de [l'organe saisi] »[75].

Le problème se pose en des termes différents s'agissant des traités d'investissement. Ici, ce n'est pas tant une prétendue soustraction au droit international général du régime que ces traités instaurent qui fait douter de la possibilité de porter atteinte aux obligations qu'ils véhiculent par des contre-mesures que l'identité de leurs bénéficiaires. Certes, le fait que les contre-mesures doivent, pour être licites, être exclusivement dirigées contre l'Etat auteur du fait illicite n'a jamais empêché que les intérêts de ses ressortissants soient atteints de manière collatérale. Mais le fait que les traités d'investissements, instruments inter-étatiques, soient généralement perçus comme conférant immédiatement des droits aux nationaux des Etats parties dans l'ordre international pourrait modifier cette lecture. C'est en tout cas ce qu'a pensé le tribunal arbitral de l'affaire *Corn Products*, pour qui l'argument des contre-mesures ne saurait être invoqué par le Mexique pour justifier une décision qui a porté atteinte non seulement aux droits des Etats-Unis, auteurs allégués d'une violation initiale de l'ALENA, mais aussi à ceux des investisseurs américains, tiers à cette inconduite[76].

Si elle devait être vue comme contraire *a priori* aux engagements des Etats membres en matière d'investissement, l'adoption de sanctions individuelles contre la Russie pourrait donc suggérer que l'Union porte un autre regard sur la question. Elle ne manquerait pas de bons arguments en ce sens, sans devoir pour cela nier que les traités d'investissements créent des droits substantiels au profit des investisseurs, comme crut devoir le faire un autre tribunal saisi du différend Etats-Unis/Mexique[77]. Deux raisonnements ont ainsi été proposés, qui permettent de réconcilier contre-mesures et atteinte aux droits des personnes privées.

L'un, proposé par D. Ventura, est aussi audacieux que sa portée est circonscrite. Il consiste à voir dans cette pratique moins une évolution des contre-mesures inter-étatiques que l'émergence d'un outil décentralisé de mise en œuvre d'une responsabilité internationale des individus[78]. Toutefois, même en admettant ce développement, le raisonnement ne pourrait en tout état de cause être appliqué qu'aux situations dans lesquelles l'individu visé est lui-même l'auteur d'un fait internationalement illicite. Or, le champ d'application personnel des sanctions concernant l'Ukraine est si large que les quelques 1.500 individus concernés ne peuvent pas tous être considérés comme tel.

Un autre, plus technique mais d'une portée plus large, consiste à souligner l'interdépendance des droits individuels et étatiques qui résultent d'un traité

[75] CIJ, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Bahreïn, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar)*, arrêt du 14 juillet 2020, § 49.
[76] CIRDI, *Corn Products c. Mexique*, ARB(AF)/04/1, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008, § 144-191.
[77] CIRDI, *Archer Daniels Midland c. Mexique*, ARB(AF)/04/05, sentence, 21 novembre 2007, § 110-180.
[78] D. VENTURA, « Le gel des avoirs d'individus dans l'ordre juridique international : caractérisation et qualification d'une voie d'exécution en mutation », *RGDIP*, 2022-2, p. 247-279.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'investissement. En effet, comme l'explique Y. Nouvel, les investisseurs ne jouissent de droits en vertu d'un traité d'investissement que pour autant que les Etats ont accepté de s'en reconnaître mutuellement, de sorte que « rien n'impose que la situation juridique des investisseurs soit à l'abri des contre-mesures affectant les droits de l'Etat sur la base desquels cette situation repose »[79].

b. Les contre-mesures d'intérêt général

Le principal glissement que seraient susceptibles de révéler les sanctions prises par l'UE contre la Russie en matière de contre-mesures *stricto sensu* concerne toutefois moins leur destinataire que leur auteur. En effet, s'il ne fait pas de doute que la Russie soit l'auteur du fait internationalement illicite allégué, il n'en fait pas davantage que l'UE et ses Etats membres – pas davantage d'ailleurs que les Etats-Unis, le Canada ou le Japon – ne sont pas directement lésés par ce fait. Ces sanctions posent donc à nouveaux frais la question déjà longuement débattue des contre-mesures que l'on qualifie parfois de collectives, manière de filer une certaine analogie avec la légitime défense collective, ou d'intérêt général, afin de mettre en évidence le caractère *erga omnes* de l'obligation dont il est soutenu que la violation justifie l'adoption de sanctions[80]. Sans pouvoir revenir ici en détail sur ce débat, on se rappellera simplement que la Commission du droit international l'avait initié sur la base d'une pratique timide et dans le contexte général d'une entreprise d'objectivation de la responsabilité internationale ; que ses travaux n'avaient toutefois pas permis de le conclure, ni dans un sens ni dans l'autre[81] ; qu'une certaine pratique qui s'est depuis lors développée a pu faire penser à certains que de telles contre-mesures tendaient à être admises[82] ; mais que d'autres mettent en garde contre le risque d'étendre la possibilité de recourir à des mesures qui, tout en étant un vecteur d'application du droit international, sont aussi un instrument de la fragilisation de ses règles, qu'elles se révèlent d'ailleurs licites ou non *in fine*.

D. Alland a récemment rappelé les termes du débat en soulignant que la reconnaissance du caractère *erga omnes* de certaines obligations n'implique pas nécessairement la reconnaissance corrélative d'un droit de réagir par des mesures autrement illicites à leur violation. Il insiste en particulier sur ce qui sépare la mise

[79] Y. NOUVEL, *op. cit.*

[80] D. ALLAND, « Les contre-mesures d'intérêt général », in P-M DUPUY (dir.), *Obligations Multilatérales, Droit impératif et Responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2003, p. 167-187.

[81] AREFI, article 54, rappelant la capacité de tout Etat à « prendre des mesures licites » à l'encontre de l'auteur d'une violation *erga omnes*. Le commentaire décrit cette disposition, qui ne reconnaît donc pas la possibilité d'adopter des contre-mesures d'intérêt général sans l'exclure, comme une « clause de sauvegarde qui réserve la position sur ce point et laisse le règlement de la question pour plus tard dans le cadre du développement ultérieur du droit international », après avoir observé qu'« en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des Etats peu abondante et seul un nombre limité d'Etats sont concernés » (*op. cit.*) ; pour un commentaire contemporain, A. PELLET, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Suite – et fin ? », *AFDI*, 2002, p. 19 s., qui observe que la consécration expresse de la possibilité pour un Etat lésé de recourir à des contre-mesures n'a été écartée qu*'in extremis* et que le nouvel article 54 « non seulement, n'exclut pas cette possibilité » mais est rédigé « de telle manière qu'[il] paraît la consacrer ».

[82] M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, CUP, 2017.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

en cause de la responsabilité, c'est-à-dire son invocation dans les termes de la CDI, de sa mise en œuvre, entendue comme l'adoption de mesures d'exécution. Le caractère *erga omnes* d'une obligation habilite en effet tous les Etats auxquels elle est due à invoquer la responsabilité de l'auteur de sa violation, ainsi que le reconnaissait sans peine la CDI en 2001[83] et que l'a confirmé récemment la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gambie c. Myanmar*[84]. Il ne s'ensuit toutefois pas nécessairement que tous les Etats, y compris donc ceux qui ne sont pas individuellement lésés par la violation, soient habilités par le droit international à prendre des mesures destinées à contraindre l'auteur de la violation à y mettre un terme ou à en réparer les conséquences et qu'ils ne pourraient, autrement, adopter conformément au droit international.

A première vue, les sanctions adoptées par l'UE contre la Russie paraissent s'inscrire dans le mouvement tendant à reconnaître la possibilité pour les tiers d'adopter de telles contre-mesures en réponse à la violation d'une obligation *erga omnes*. L'UE et ses membres ne sont en effet pas directement lésés par la conduite de la Russie. Si certaines de leurs sanctions devaient se révéler contraires à leurs engagements, elles seraient donc révélatrices d'une pratique par laquelle des Etats/organisations autres que l'Etat lésé réagissent par une conduite illicite à ce qu'ils perçoivent comme la violation d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble. Il est à cet égard significatif que l'UE prenne le soin de souligner que « les actions illégales de la Fédération de Russie continuent de violer l'interdiction du recours à la force, qui est une règle impérative de droit international »[85]. Même si l'on peut restreindre la portée de cette pratique en soulignant que l'Etat lésé a appelé de ses vœux ces réactions[86] ou que l'UE pourrait sans peine démontrer un intérêt spécial à (ré)agir[87], il y aurait là une pratique de contre-mesure collective ou d'intérêt général. Toutefois, la séquence de sanctions adoptées après

[83] AREFI, article 48, invocation de la responsabilité par un Etat autre que l'Etat lésé : « tout Etat autre qu'un Etat lésé si (…) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble ».
[84] Cour internationale de Justice, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, arrêt (exceptions préliminaires) du 22 juillet 2022, § 108 : « Il découle de l'intérêt commun à ce que soient respectées les obligations pertinentes énoncées dans la convention sur le génocide que tout Etat partie, sans distinction, est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre à raison d'une violation alléguée d'obligations *erga omnes partes* », notamment « par l'introduction d'une instance devant la Cour, qu'un intérêt particulier puisse, ou non, être établi ».
[85] Décision 2023/191 précitée.
[86] Le commentaire de l'article 54 AREFI souligne que dans les cas où des Etats ont réagi à la violation d'une obligation sans être lésés mais où il existait un Etat lésé, ils l'ont fait « à la demande et pour le compte de cet Etat » (§ 5).
[87] Soulignant la nécessité *a minima* d'une telle individualisation de l'intérêt de l'Etat qui réagit sur la base des commentaires de la France sur le projet de la CDI, Y. NOUVEL, *op. cit.* On remarquera toutefois, s'agissant il est vrai seulement de l'invocation de la responsabilité, que la Cour internationale de Justice a estimé qu'il n'était pas nécessaire que l'Etat qui la saisit fasse montre d'un intérêt particulier pour se faire lorsque la violation d'une obligation *erga omnes* est en cause (Cour internationale de Justice, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, arrêt (exceptions préliminaires) du 22 juillet 2022, § 108).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'invasion de l'Ukraine par la Russie ne nous semble pas permettre d'affirmer clairement l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant de droit en ce sens.

2. L'introuvable opinio juris

D. Alland a précisément examiné si la pratique des « mesures de réaction à l'illicite prises par l'UE motif pris d'un certain intérêt général » était révélatrice d'une évolution du droit international coutumier dans le sens d'une reconnaissance de ce qu'il nomme des contre-mesures d'intérêt général. Il en conclut avec hésitation que tel n'est pas le cas, essentiellement parce que la pratique n'est pas si nette que cela dès lors que la plupart des mesures en cause doivent être qualifiées de rétorsions davantage que de contre-mesures. Mais aussi parce qu'il voit dans une telle affirmation un projet « lui-même inséparable de la soumission *de facto* des Etats les plus faibles – quoique labellisés souverains – à des vues qui ne doivent leur domination qu'à la puissance économique et militaire de ceux qui les prônent »[88]. Les sanctions adoptées contre la Russie nous semblent révéler en outre d'autres éléments, qui concourent à faire douter de la reconnaissance en droit international coutumier de la figure des contre-mesures collectives.

Il est d'abord aisé de constater que, si elle existe, la pratique consistant pour un Etat autre que l'Etat lésé à réagir par des mesures illicites à la violation d'obligations *erga omnes* n'est pas générale. Elle demeure le fait d'un groupe relativement limité d'Etats. Même si l'on n'observe guère de contestation ouverte de leur capacité à adopter de telles sanctions, du moins doit-on remarquer que leur exemple n'a inspiré qu'assez peu de leurs pairs. Par-delà quelques dissensions quant à l'appréciation juridique de la situation née de l'intervention russe en Ukraine, un décalage frappant apparaît ainsi entre la liste des 143 Etats qui ont approuvé la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies constatant « l'agression commise par la Fédération de Russie contre l'Ukraine en violation du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte »[89], mettant par là en cause la responsabilité de la Russie, et celle des quelques Etats qui ont cherché à mettre en œuvre cette responsabilité par des sanctions[90]. Dès lors, si la première partie du constat fait par la CDI pour refuser de se prononcer sur les contre-mesures collectives en 2001 (« la pratique des Etats est peu abondante… ») peut peut-être être relativisée aujourd'hui, la seconde (« … et seul un nombre limité d'Etats sont concernés ») semble toujours d'actualité[91].

Mais il y a plus. Même les Etats qui ont sanctionné la Russie n'assument pas adopter des contre-mesures d'intérêt général, faisant douter de l'existence d'une

[88] *Op. cit.*, p. 404.
[89] AGNU, *Intégrité territoriale de l'Ukraine : défense des principes consacrés par la Charte des Nations Unies*, ES-11/4, 12 octobre 2022.
[90] Sans pouvoir nous livrer ici à une étude exhaustive de la pratique, on remarquera par exemple que le Brésil, comme d'autres Etats d'Amérique latine, a voté la résolution de l'Assemblée générale sans pour autant assortir cette condamnation de sanctions.
[91] AREFI, commentaire de l'article 54, § 6, *op. cit.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

opinio juris en ce sens. Il n'est guère discutable que la pratique de l'UE suggère qu'elle est fondée à réagir par des mesures inamicales à la violation d'obligations *erga omnes*. Il n'y toutefois là rien de très innovant ou de très spécifique. Il en irait différemment si l'on devait considérer que cette pratique révèle que le droit de réagir s'est mué en *devoir* de réagir par des rétorsions à la violation d'obligations *erga omnes*, corollaire de l'obligation de coopérer pour qu'il y soit mis un terme[92], soit un droit de le faire par des contre-mesures *stricto sensu*. Mais, dès lors que l'UE n'assume pas l'illicéité intrinsèque des mesures qu'elle adopte mais les présente comme intrinsèquement licites, elle ne prétend pas disposer d'un tel droit. Peu importe à cet égard que cette prétention soit *in fine* exacte ou non : en affirmant qu'elle agit de manière *a priori* compatible avec ses engagements internationaux, l'UE empêche de voir sans sa pratique l'expression d'une *opinio juris* dans le sens de la reconnaissance du droit pour des Etats non lésés de remettre en cause leurs obligations internationales pour répondre à la violation d'une obligation *erga omnes*[93].

* * *

Au terme de ce panorama, la qualification en droit international des sanctions adoptées par l'UE en réaction à l'agression commise par la Russie contre l'Ukraine demeure ambigüe. On s'est simplement efforcé de préciser certains concepts utiles à leur analyse juridique : 1. il s'agit là de mesures de réaction à l'illicite, juridiquement pertinentes qu'elles soient elles-mêmes licites ou illicites en ce qu'elles constituent la principale conséquence qui s'attache à la violation du droit international, dans un système qui demeure très largement décentralisé ; 2. Ces mesures de réaction à l'illicite peuvent être intrinsèquement licites – on parle alors de rétorsion – ou intrinsèquement illicites – et il s'agit alors de contre-mesures *stricto sensu* quand bien même elles seraient adoptées par une organisation internationale qui n'est pas directement lésée ; 3. Les contre-mesures *stricto sensu* peuvent être licites si elles respectent les conditions mises par le droit international à leur adoption ou illicites si elles s'en écartent ; 4. La pratique des sanctions pourrait faire évoluer ces conditions dans le sens d'un élargissement de la possibilité de recourir à des contre-mesures ; 5. Les ambiguïtés qui demeurent font toutefois douter que cette pratique s'accompagne d'une *opinio juris* suffisamment solide pour cela.

Si tel est le cas, c'est essentiellement parce que la distinction entre rétorsions et contre-mesures *stricto sensu* reste extrêmement fuyante, d'une part car la distinction entre les règles primaires (obligations de comportement) et secondaires (circonstances excluant l'illicéité) est poreuse, d'autre part car l'UE, comme les autres Etats, ne fait rien pour la clarifier. Cette ambiguïté est

[92] AREFI, article 41.
[93] Egalement en ce sens, s'agissant spécifiquement du droit des immunités, T. RUYS, *op. cit.*, p. 704.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

compréhensible d'un point de vue politique et on peut penser que l'auteur de la sanction n'en sortirait qu'à ses dépens. Commode à court terme, ce flou peut toutefois avoir des effets négatifs à plus long terme : non seulement parce qu'il entretient une interprétation assouplie des obligations que la sanction met en cause, au risque qu'elle se retourne plus tard contre ceux qui la défendent, mais encore car il brouille l'expression d'une *opinio juris* claire tant sur la violation initiale que sur la capacité juridique d'y répondre.

RÉSUMÉ

Dès l'invasion de l'Ukraine par la Russie, l'Union européenne a réagi par l'adoption de sanctions économiques, basées sur les mesures déjà en vigueur à la suite de l'annexion de la Crimée en 2014 et progressivement renforcées depuis lors. Malgré des ambiguïtés et des incertitudes terminologiques, ces sanctions constituent des mesures décentralisées de réaction à l'illicite. Certaines d'entre elles pourraient même être des contre-mesures au sens strict, c'est-à-dire des mesures intrinsèquement illicites mais susceptibles d'être purgées de cette illicéité en ce qu'elles constituent des réactions à une première violation du droit international. Si tel était le cas, alors cette pratique mettrait en cause autant qu'elle pourrait faire évoluer le régime des contre-mesures. Elle indiquerait en particulier que des contre-mesures peuvent être adoptées par un sujet de droit international autre que l'Etat lésé. Toutefois, outre qu'elle n'est pas générale, cette pratique ne s'accompagne pas d'une *opinio juris* claire, dès lors que l'UE soutient que les mesures qu'elle adopte ne sont pas intrinsèquement illicites. La persistance du caractère fuyant de la distinction entre rétorsion et contre-mesures au sens strict rend ainsi délicate l'élucidation du régime de ces dernières.

ABSTRACT

As soon as Russia invaded Ukraine, the European Union responded with economic sanctions, based on measures already in place following the annexation of Crimea in 2014 and gradually strengthened since then. Despite ambiguities and terminological uncertainties, these sanctions appear as decentralized measures in response to a breach of international law. Some of them could even be counter-measures in the strict sense, i.e., measures that are inherently unlawful but which unlawfulness is excluded in that they constitute reactions to a first violation of international law. If this were the case, then this practice would challenge the regime of counter-measures as much as it could make it evolve. Especially, it could indicate that counter-measures may be adopted by a subject of international law other than the injured State. However, this practice appears as neither general nor accompanied by a clear opinio juris, since the EU maintains that the measures it

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

adopts are not intrinsically wrongful. Thus, the persistence of the elusive nature of the distinction between retorsion and counter-measures in the strict sense still makes it difficult to clarify the regime of the latter.

RESUMEN

En cuanto Rusia invadió Ucrania, la Unión Europea reaccionó adoptando sanciones económicas, basadas en las medidas ya vigentes tras la anexión de Crimea en 2014, reforzadas gradualmente desde entonces. A pesar de las ambigüedades e incertidumbres terminológicas, estas sanciones son medidas descentralizadas de respuesta a lo ilícito. Algunas de ellas podrían ser incluso contramedidas en sentido estricto, es decir, medidas intrínsecamente ilícitas pero que pueden ser purgadas de esta ilicitud en la medida en que constituyen reacciones a una primera violación del Derecho internacional. Si así fuera, esta práctica pondría el régimen de contramedidas en tela de juicio tanto como lo podria hacer evolucionar. En particular, indicaría que las contramedidas pueden ser adoptadas por un sujeto de Derecho internacional distinto del Estado lesionado. Sin embargo, aparte de que no es general, esta práctica no va acompañada de una opinio juris clara ya que la UE sostiene que las medidas que adopta no son intrínsecamente ilegales. La persistencia del carácter elusivo de la distinción entre represalias y contramedidas en sentido estricto, dificulta así la elucidación del régimen de estas últimas.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

LE STATUT DES TRAITES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS SIGNES PAR L'UKRAINE DEPUIS L'INVASION DU 24 FEVRIER 2022

Arnaud DE NANTEUIL

Professeur à l'Université Paris Est Créteil (Paris 12)

Par sa situation géographique et ses ressources naturelles, l'Ukraine est de longue date une terre d'accueil de l'investissement étranger, même si elle n'est pas une puissance économique de premier ordre[1]. Au demeurant, l'ampleur considérable des conséquences économiques de l'agression russe du 24 février 2022 s'explique en partie par la place particulière qu'elle occupe dans l'économie mondiale[2]. L'Ukraine est en effet non seulement un lieu de passage incontournable pour le gaz en provenance de Russie et à destination de l'Europe mais elle est aussi une puissance agricole reconnue (elle fut longuement considérée comme le « grenier à blé » de l'Union soviétique) ainsi qu'une terre riche en ressources minières, qu'il s'agisse de ressources fossiles ou de minerais dont les nouvelles technologies sont particulièrement gourmandes (« terres rares »)[3]. Cela explique que sa stratégie de développement se soit appuyée dans une assez large mesure sur l'accueil de capitaux étrangers, ce qui s'est traduit par une politique assez active en termes de signature de traités de protection des investissements : la CNUCED indique ainsi que le pays s'est engagé dans 73 traités bilatéraux de protection des investissements (TBI) et 8 accords économiques (types accords de libre-échange) comportant des dispositions de protection des investissement[4]. Certains de ces derniers sont d'ailleurs des traités multilatéraux (comme le traité sur la Charte de l'énergie) ou l'accord entre l'Ukraine et l'Association européenne de libre échange

[1] V. CNUCED, *World Investment Report 2021*, p. 251. Les chiffres indiqués suggèrent plusieurs tendances : d'une part, une grande variabilité des flux d'investissement suivant les années. Avant même l'invasion russe, il est indiqué ailleurs dans le rapport (p. 68) que les tensions géopolitiques et, bien entendu, la pandémie de Covid-19 expliquent un reflux des opérations sur l'année 2020. D'autre part, les flux entrants sont à un niveau assez élevé mais les flux sortants quasiment inexistants : l'Ukraine accueille donc de l'investissement étranger mais très peu d'opérateurs économiques ukrainiens investissent à l'étranger. Enfin, l'Ukraine est une économie « en transition » (au même titre d'ailleurs que la Fédération de Russie), ce qui explique des chiffres moins élevés que dans les pays considérés comme économiquement développés.

[2] L'autre cause de cet impact considérable tient naturellement à l'ampleur et à l'objet des sanctions occidentales contre la Fédération de Russie.

[3] On trouvera des informations à la fois précises et accessibles dans O. ZASENKO et al. « Ukraine », *Encyclopedia Britannica*, 18 Oct. 2022, et plus précisément dans la rubrique « Economy of Ukraine ». L'encyclopédie est accessible en ligne : https://www.britannica.com/place/Ukraine (accès le 3 janvier 2023). Pour des considérations plus économiques tenant compte de l'invasion russe, v. le rapport de la Banque Mondiale, *Social Protection for Recovery. Europe and Central Asia Economic Update*, Office of the Chief Economist Update, automne 2022, p. 157.

[4] https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

(2010)[5]. Il existe par ailleurs un TBI entre l'Ukraine et la Russie, signé en 1998 et entré en vigueur en janvier 2000.

La situation du territoire ukrainien depuis février 2022 pose donc assez naturellement la question du sort à réserver à ces différents traités, dont l'objet purement économique peut sembler dérisoire à côté des drames humains qui se nouent quotidiennement dans la région. Mais une vision à long terme doit être capable d'anticiper la reconstruction du pays et le retour vers une dynamique de croissance que l'Ukraine avait assez bien engagée avant d'être stoppée net par la pandémie de Covid-19 et l'agression de son voisin russe[6]. En outre, on sait que la guerre ne suspend pas le temps, ni même le droit (nous reviendrons longuement sur ce dernier point) : il n'est pas impossible que des procédures contentieuses sur le fondement des traités économiques puissent se poursuivre et l'on est en droit de se demander si l'invasion russe et les réactions à celle-ci ne pourraient être de nature à générer de nouveaux contentieux économiques en dépit du contexte exceptionnel que l'on connait. De nombreux investisseurs étrangers sont en effet présents en Ukraine, ou disposent à tout le moins d'actifs sur le territoire ukrainien. Ces possessions, plus que jamais, encourent un risque de dépréciation ou de disparition dont les conséquences pourraient être l'engagement de procédures arbitrales – mais contre qui et sur quel fondement, telles sont certaines des questions auxquelles l'on peut essayer de répondre ici.

Le propos se concentrera ici sur l'aspect « purement » international du droit des investissements à travers l'étude des traités de protection et du sort qu'il est possible de leur réserver en pareilles circonstances. La question s'inscrit donc dans la problématique plus vaste, et tout sauf inédite, des effets de la guerre sur les traités[7]. On doit ici rappeler que la Commission du droit international s'est elle-même penchée sur cette question à partir de 2004 et a publié en 2011 un projet d'articles à ce sujet[8]. Toutefois, et contrairement à ce qu'elle avait annoncé, l'Assemblée générale des Nations unies ne s'est jamais prononcée sur le sort à réserver à ce texte dont elle a simplement « pris note »[9]. Sa valeur juridique demeure donc incertaine, à l'instar des autres projets de la Commission du droit international ayant connu la même destinée, mais le projet d'article comme son commentaire constituent un outil précieux pour tenter d'identifier la pratique

[5] L'on ne mentionne pas ici l'accord d'association avec l'Union européenne de 2014, entré en vigueur en 2016, car il ne comporte pas comme tel de dispositions relatives à la protection des investissements.

[6] V. le rapport annuel de la Banque Mondiale, *Doing Business*, et le classement des destinations suivant les facilités d'investissement : classée à la 146ème place en 2016 (*Doing Business* 2016, p. 5), l'Ukraine a évolué vers la 143ème place (*Doing Business* 2017, p. 7) puis la 140ème place (*Doing Business* 2018, p. 4), la 135ème place (*Doing Business* 2019, p. 5) pour se hisser à la 64ème place en 2020 (*Doing Business* 2020, p. 4).

[7] V. par ex., au sein d'une abondante littérature, A. MCNAIR, « Les effets de la guerre sur les traités », *R.C.A.D.I.*, 1937-I, t. 59, Paris, Sirey, pp. 527 à 585.

[8] « Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties with commentaries », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2011, vol. II, UN DocA/CN.4/SER.A/2010/add.1 (Part 2), p. 107.

[9] AGNU Res. 66/99 du 9 décembre 2011. Le § 4 de la résolution renvoie à la 69e session (en 2014) l'inscription à l'ordre du jour provisoire de la question du sort à conférer à ce texte. Il semble toutefois que la question ait été retirée et n'ait jamais été examinée par l'Assemblée générale depuis 2011.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

internationale. En outre, si la convention de Vienne sur le droit des traités ne mentionne pas elle-même directement la question de la guerre, certaines de ses dispositions pourraient s'avérer pertinentes en cas de conflit armé, comme l'impossibilité d'exécution ou le changement fondamental de circonstances – nous y reviendrons. Il ne s'agit donc pas ici de redessiner un cadre juridique qui, pour être incertain, a déjà fait l'objet de nombreux travaux. La question de l'effet de la guerre sur le droit international des investissements a d'ailleurs attiré l'attention de la doctrine depuis quelques années, sans que des réponses totalement définitives ne puissent être apportées au sort des traités de protection des investissements en situation de conflit armé[10]. C'est que, au fond, la réponse dépend tout autant des circonstances juridiques et factuelles propres à chaque situation que du cadre juridique général défini par le droit international, qui n'est lui-même pas entièrement fixé. C'est donc dans la singularité de chaque situation que des éléments de réponse doivent être recherchés.

Or, comme toute guerre, le conflit en Ukraine a ses spécificités. En l'occurrence, l'une de ses particularités tient, de manière quelque peu paradoxale, à ce qu'elle se présente sous des atours classiques que l'on pensait pratiquement disparus : un Etat en envahit un autre à des fins de conquête territoriale et revendique l'annexion de territoires. En outre, les justifications avancées par l'Etat agresseur tiennent à la fois à la prétendue protection contre un improbable risque de génocide et au soutien apporté à des mouvements de libération nationale qui souhaiteraient un rattachement à la Fédération de Russie : les motifs juridiques affichés convoquent donc le droit pénal international ainsi que la question complexe de la souveraineté territoriale des Etats[11]. Or, sans accorder ici le moindre crédit aux allégations russes, force est de reconnaitre que les territoires en question (ainsi que la Crimée illégalement annexée en 2014) sont des zones disputées dont le statut territorial est certes juridiquement clair (ils appartiennent à l'Ukraine) mais dont l'histoire et la sociologie sont autrement plus complexes. Il s'agit par ailleurs, si l'on en croit l'Assemblée générale des Nations unies qu'il y a tout lieu de suivre sur ce point, d'une « agression » perpétrée par un membre permanent du Conseil de sécurité des Nations unies, de sorte qu'aucune intervention de ce dernier n'est sérieusement envisageable[12]. Il faut, en outre, tenir compte du fait qu'une partie du territoire ukrainien est aujourd'hui sous occupation effective de la Russie et revendiquée par elle comme étant son territoire. Si l'ensemble de l'Etat ukrainien est en guerre et si aucune partie de son territoire ne semble véritablement épargnée par les

[10] V. notamment J. ZRILIČ, *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflicts*, Oxford University Press, 2019, 268 p. ; K. FACH GÓMEZ, A. GOURGOURINIS, C. TITI (dir.), *International Investment Law and the Law of Armed Conflicts*, Springer, ELYB Special issue, 2019, 536 p. ; T. ACKERMANN, S. WUSCHKA (dir.), *Investment in conflict zones : the role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed territories and 'frozen' conflicts*, Brill Nijhoff, 2021, 491 p.

[11] Sur ces « justifications » et leur (absence de) valeur en droit international, v. A. DE NANTEUIL, « La guerre en Ukraine et le droit international public. Quelques réflexions à la lumière de l'ordonnance de la Cour internationale de Justice du 16 mars 2022 », *Journal du droit international (Clunet)*, 2022(3), pp. 721-748.

[12] AGNU, Résolution du 2 mars 2022, doc. A/RES/ES-11/1, « Agression contre l'Ukraine ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

bombardements, une distinction doit sans doute être faite entre les zones occupées et celles qui ne le sont pas, notamment s'agissant des opérations d'investissement.

Il n'est pas évident en pareil contexte d'envisager les perspectives juridiques en termes de protection des opérations économiques sur le territoire ukrainien. En se concentrant sur le cas des traités de protection des investissements, la question principale est celle de leur statut : suspension, terminaison ou poursuite de leur application. Une distinction doit ici s'opérer entre le TBI signé avec la Russie, dont les effets sont très probablement neutralisés (I) et les TBI signés par l'Ukraine avec des Etats tiers, dont l'applicabilité partielle implique d'envisager une extension des TBI signés par la Russie aux territoires qu'elle occupe (II). L'applicabilité de certains TBI, ukrainiens ou russes, sur le territoire de l'Ukraine pose alors la question de leur contenu (III).

I. LE CAS PARTICULIER DU TBI RUSSIE-UKRAINE

Officiellement, le conflit enclenché par la Fédération de Russie le 24 février 2022 n'implique que deux belligérants. On tiendra ce point pour acquis, quoi qu'il puisse soulever quelques interrogations au regard du soutien d'ampleur apporté par certains Etats à la contre-offensive la contre-offensive de Kiev. Or, comme rappelé au-dessus, l'Ukraine et la Russie ont signé un traité bilatéral de protection des investissements, entré en vigueur en 2000[13]. Le sort de celui-ci semble donc au cœur de la problématique ici envisagée.

La question de l'effet d'un conflit armé sur les traités se résout en principe d'abord à la lumière des termes de celui-ci, mais le TBI Ukraine/ Russie est muet à ce sujet. Il faut donc revenir aux principes généraux, si tant est que ceux-ci existent. Une orientation peut ici être trouvée dans les travaux de la Commission du droit international, dont le projet d'article relatif à l'effet de la guerre sur les traités indique en son article 3 que « *The existence of an armed conflict does not* ipso facto *terminate or suspend the operation of treaties (a) as between States parties to the conflict* ». Cette solution d'un maintien du traité (mais qui n'est ni automatique ni absolue) a été préconisée également par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1985 consacrée au même sujet[14]. Les précautions de langage adoptées suggèrent toutefois que l'effet de la guerre sur les traités n'a rien de systématique. Il serait même possible de considérer que les articles consacrent une présomption en faveur de la continuation des traités[15]. Il s'agit donc en réalité de fixer un principe général d'équilibre en considérant que

[13] Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of the Ukraine on the encouragement and mutual protection of investment, signé à Moscou le 27 novembre 1998, entré en vigueur le 27 janvier 2000.
[14] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, 2e partie, session d'Helsinki, 1985, p. 278, spéc. art. 2, p. 281 : « Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas ipso facto l'extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application ».
[15] Ch. SCHREUER, « Article 8.11, Compensation for losses », in M. BUNGENBERG, A. REINISCH (ed.), *CETA Investment Law*, Nomos, 2022, pp. 277-296, p. 281.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

la suspension ou l'extinction s'imposent effectivement lorsque les circonstances le justifient, sans être pour autant la seule et unique possibilité[16]. Or, s'agissant des traités bilatéraux passés entre les Etats belligérants, il semble que la solution de la suspension (à tout le moins) s'impose d'évidence : elle fut en tout cas consacrée par les traités signés à la suite de la première et de la seconde guerre mondiale, ce qui fait dire à la doctrine que « [l]es traités bilatéraux prennent fin, ou, à tout le moins, sont suspendus, dans une situation de conflit armé international »[17]. Cette solution semble assez cohérente avec celle proposée par l'article 6 du projet de la CDI, qui propose différents critères permettant de pencher dans le sens d'une suspension/extinction ou du maintien du traité : nombre d'Etats parties, objet et but, échelle territoriale du conflit, intensité de celui-ci, notamment[18]. Dans le cas d'un traité bilatéral à objet économique (donc, qui peut être considéré comme secondaire dans une situation de conflit armé) entre deux Etats impliqués dans une guerre de haute intensité comme c'est le cas en Ukraine, la suspension devrait donc s'imposer. Cette solution avait d'ailleurs été retenue par la Commission des réclamations Erythrée / Ethiopie, constatant l'existence d'un « large consensus » en faveur de la suspension des traités bilatéraux économiques en cas de conflit armé entre les deux Etats parties[19].

La question demeure toutefois ouverte car elle s'était déjà posée au sujet de la Crimée (annexée illégalement en 2014) et avait reçu la réponse inverse : plusieurs investisseurs avaient en effet poursuivi la Fédération de Russie après son annexion de la péninsule, pour des atteintes portées par l'occupant russe à leurs activités économiques sur place. Peu de documents sont publics mais il est acquis que tous les tribunaux ont reconnu leur compétence sur le fondement du TBI entre l'Ukraine et la Russie, pour des faits pourtant postérieurs à l'annexion[20]. Cette

[16] C'est tout le sens de l'article 6 du projet d'articles de la CDI : « *Article 6. Factors indicating whether a treaty is susceptible to termination, withdrawal or suspension. In order to ascertain whether a treaty is susceptible to termination, withdrawal or suspension in the event of an armed conflict, regard shall be had to all relevant factors, including: (a) the nature of the treaty, in particular its subject matter, its object and purpose, its content and the number of parties to the treaty; and (b) The characteristics of the armed conflict, such as its territorial extent, its scale and intensity, its duration and, in the case of non-international armed conflict, also the degree of outside involvement* ». V. le commentaire de cette disposition in *Annuaire CDI*, *op. cit.*, pp. 112 et s.

[17] P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8e éd., 2009, p. 342. Pour une affirmation strictement identique, v. D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 9e éd., 2022, pp. 150-151.

[18] *Supra*, note 16.

[19] Commission des réclamations Erythrée / Ethiopie, sentence partielle, *Economic losses throughout Ethiopia, Ethiopia's claim n° 7*, 19 décembre 2005, § 18. La sentence est accessible sur le site internet de la Cour permanente d'arbitrage qui administrait la Commission des réclamations (version anglaise seulement : pca-cpa.org).

[20] *Aeroport Belbek LLC and Mr. Igor Valerievich Kolomoisky c. Russie*, aff. CPA n°2015-07. Les décisions ne sont pas publiques mais le communiqué de presse de la CPA du 22 novembre 2019 fait état d'une procédure sur la quantum, laissant entendre que le tribunal avait reconnu sa compétence et constaté l'engagement de la responsabilité internationale de la Fédération de Russie. Le même constat peut être dressé au sujet de l'affaire *PJSC CB PrivatBank and Finance Company Finilon LLC c. Russie*, aff. CPA n°2015-21 (communiqué de presse du 22 novembre 2019). V. également les affaires *PJSC Ukrnafta c.*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

solution a suscité un certain débat, l'argument d'une suspension ou d'une terminaison d'un traité pouvant conduire à considérer que les tribunaux n'auraient pas pu retenir leur compétence sur son fondement[21]. On pourrait répondre que l'annexion de la Crimée ne s'est pas faite dans une situation de conflit armé ouvert entre les deux Etats de sorte que les principes qui viennent d'être évoqués ne pourraient pas trouver à s'appliquer. Cette affirmation méconnaitrait toutefois le fait qu'il y a bien eu une intervention militaire russe sur le territoire ukrainien en 2014, dont s'est d'ailleurs saisie le Conseil de sécurité des Nations unies[22]. Il ne serait pas absurde d'affirmer, dans ces conditions, que les deux Etats ont été en situation de belligérance depuis 2014 : même si l'invasion de février 2022 est plus spectaculaire, plus inattendue et à une plus grande échelle, elle n'est pas fondamentalement différente dans sa nature de celle de mars 2014. Dans son projet d'article sur l'effet de la guerre sur les traités, la Commission du droit international avait d'ailleurs retenu une acception assez large du conflit armé, rattachant ce dernier à « *a situation in which there is resort to armed force between States or protracted resort to armed force between governmental authorities and organized armed groups* »[23]. Il est donc frappant de relever qu'aucun des tribunaux saisis de la question n'a réellement fait application des conséquences prévues par le droit international.

En réalité, ce décalage entre l'état du droit international et les solutions retenues par les tribunaux arbitraux peut sans doute s'expliquer par l'ambiguïté fondamentale qui entoure les conditions dans lesquelles la survenance d'un conflit armé peut avoir des effets sur l'applicabilité d'un traité – et sur l'indétermination totale du terme de belligérance. Dans les affaires en lien avec la Crimée – ou en tout cas dans celle dans laquelle les décisions sont publiquement accessibles –, il apparait en effet que les arbitres n'ont pas abordé la question sous cet angle. La discussion s'est articulée autour du problème de l'occupation du territoire de la Crimée et non sur la question générale de la guerre. Ainsi, le tribunal dans l'affaire *Stabil LLC. C. Russie* a tranché la question de manière lapidaire :

> « *Before embarking on the interpretation and application of the BIT, it may be worthwhile to stress the obvious: the Treaty is in force. Neither Contracting Party has sought to terminate, suspend, or amend the Treaty; nor have they taken any steps to terminate its application with respect to investments in Crimea* »[24].

Russie, aff. CPA n°2015-34 (communiqué de presse du 24 avril 2019) ; *Everest Estate LLC et al. c. Russie*, aff. CPA n°2015-36 (communiqué de presse du 9 mai 2018). La sentence est en revanche disponible dans l'affaire *Stabil LLC and Others c. Russie*, aff. CPA n°2015-35, sentence finale du 12 avril 2019.

[21] V. P. DUMBERRY, « Requiem for Crimea : why should Tribunals have declined jurisdiction over the claims of Ukrainian investors against Russia under the Ukraine-Russia BIT », *Journal Of international Dispute Settlement*, vol. 9, 2018, p. 506. La solution inverse a pu être défendue cependant : R. HAPP, S. WUSCHKA, « *Horor vacui* or why investment treaties should apply to illegally annexed territories », *Journal of international Arbitration*, vol. 33, 2016, p. 245.

[22] Conseil de sécurité, 7125e séance, 3 mars 2014, S/PV.7125, p. 3.

[23] Article 2 (b) du projet d'articles de la CDI relatif à l'effet de la guerre sur les traités.

[24] *Stabil LLC and Others c. Russie*, *op. cit*., sentence sur la compétence, 26 juin 2017, § 129. Cette question renvoie au rôle de la volonté des Etats dans la suspension, v. à ce sujet *infra*, note 50.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Cette appréciation se comprend sans doute à la lumière de l'échelle du conflit, centré exclusivement sur la Crimée à l'époque, pouvant donc être considéré comme périphérique et ne conduisant donc pas à considérer les deux Etats comme étant en situation de conflit armé ouvert et frontal. On pourrait en effet qualifier la situation de « simple » différend territorial n'obérant pas la possibilité de relations juridiques et diplomatiques entre les deux Etats. Après tout, il existe dans le monde de multiples différends territoriaux qui n'empêchent pas des relations entre les Etats : pour ne prendre qu'un seul exemple, le Royaume Uni et l'Argentine sont toujours en désaccord au sujet de la souveraineté sur les Iles Malouines mais ont signé un TBI entré en vigueur en 1993. On pourrait également considérer que les affrontements directs entre les armées russes et ukrainiennes ont été suffisamment rares dans le cadre de l'annexion de la Crimée pour considérer que le seuil retenu par la définition du conflit armé proposé par la Commission du droit international dans son projet d'articles de 2011 n'est pas franchi.

Toutefois, même à admettre cette approche, force serait de constater qu'elle ne serait plus tenable aujourd'hui : l'occupation de quatre Oblast de l'est de l'Ukraine par l'armée russe et les bombardements sur l'ensemble du territoire ukrainien conduisent à penser que l'affrontement a changé d'échelle : s'il pouvait être considéré comme indirect ou périphérique jusqu'en février 2022, il est devenu direct et généralisé de sorte que les deux pays doivent être considérés comme étant en situation de conflit armé l'un contre l'autre. Il semble dans ces conditions que le TBI signé en 1998 doive être considéré comme suspendu, sinon terminé. Les destructions consécutives à l'invasion russe semblent alors relever plutôt des éventuelles procédures et institutions dont on peut espérer la mise en place à l'issue de la guerre[25].

II. L'APPLICABILITÉ DES TBI SIGNÉS PAR L'UKRAINE ET LA RUSSIE AVEC DES ETATS TIERS

D'un point de vue pratique, la question des TBI signés par l'Ukraine avec des Etats autres que la Russie est porteuse d'un enjeu capital : nombreux sont en effet les investisseurs étrangers présents en Ukraine, dont les opérations sont assurément entravées par les événements sur place. Bien entendu, il ne s'agit pas de reprocher à Kiev des destructions imputables à la Russie ou de chercher à accabler encore un peu plus l'Etat ukrainien. C'est la raison pour laquelle, si les traités signés entre l'Ukraine et les Etats tiers demeurent applicables (A), la question du droit applicable dans les zones occupées par l'armée russe et d'une éventuelle extension de l'applicabilité des TBI russes à ces régions mérite d'être posée (B).

[25] Sur la pratique internationale à ce sujet, v. H. VAN HOUTTE, B. DELMARTINO, I. YIN, *Post-War Restoration of Property Rights under International Law*, vol. 1, Cambridge, CUP, 2008, 378 p. et H. DAS, H. VAN HOUTTE, *Post-War Restoration of Property Rights under International Law*, vol. 2, Cambridge, CUP, 2008, 295 p.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

A. L'applicabilité de principe des TBI signés par l'Ukraine avec des Etats tiers

La question des traités signés entre un Etat impliqué dans un conflit armé et un Etat tiers semble relativement plus simple, même si elle n'est pas sans poser question. On remarquera, d'abord, que l'Institut de droit international ne s'est pas prononcé à ce sujet dans sa résolution de 1985, préférant se concentrer sur la question des traités entre belligérants. La Commission du droit international, en revanche, entend bien faire entrer cette situation dans le champ d'application de son projet d'article, même si les traités entre Etat belligérant et Etats tiers sont soumis au même régime juridique que les traités entre belligérants en ce que le déclenchement d'un conflit armé impliquant l'un des Etats parties n'entraine pas *ipso facto* leur suspension ou terminaison[26]. Néanmoins, les raisons qui poussent à ce que la suspension s'impose pour un TBI entre belligérants ne conduisent pas aux mêmes conclusions s'agissant des traités avec les Etats tiers. En effet, les relations entre l'Ukraine et les autres Etats ne sont pas en soi affectées par l'invasion : le territoire de ces Etats n'est pas affecté, leur armée n'est pas impliquée, ils ne sont pas en situation de conflit. En ce sens, la situation des Etats tiers est différente de celle de la Russie dans les relations avec l'Etat ukrainien, ce qui peut justifier des conséquences différentes sur leurs traités. On doit d'ailleurs rappeler que l'Institut de droit international s'était penché sur la question bien avant sa session d'Helsinki en 1985 et qu'il avait alors considéré, dans sa résolution de Christiania en 1912 que « Les traités conclus entre un Etat belligérant et des Etats tiers ne sont pas atteints par la guerre »[27].

L'élément principal qui doit conduire à penser que les TBI entre un Etat belligérant et un Etat tiers ne sont pas par principe remis en cause tient toutefois au contenu même des traités d'investissement, qui comportent tous une clause de « compensation des pertes », destinées à s'appliquer dans diverses situations, dont celle de conflit armé[28]. Peu importe à ce stade le contenu précis de ces dispositions, sur lequel nous reviendrons[29] : ce qui compte est la seule présence de cette clause, qui implique nécessairement l'applicabilité des traités en situation de conflit armé. Or, cette présence est massive : d'après la CNUCED, 2446 traités sur les 2584 recensés comportent une disposition de ce type, toutes nuances confondues – soit environ 95% des instruments[30]. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le TBI signé entre la France et l'Ukraine, entré en vigueur en 1996, prévoit en son article 5, 3° que « les nationaux ou sociétés de l'une des Parties

[26] Article 3 du projet d'articles relatifs à l'effet de la guerre sur les traités.
[27] *Annuaire de l'IDI*, Tome 25, 1912, p. 648.
[28] V. F. PÉREZ-AZNAR, « Investment protection in exceptional Situations : compensation-for-losses clauses in IIAs », *ICSID Review – The Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, n°3, 2017, pp. 696-720.
[29] *Infra*, III.
[30] Ce résultat peut être obtenu à l'aide du formulaire de filtrage des traités par contenu, permettant des analyses fines des tendances conventionnelles, mis en ligne par la CNUCED : https://investmentpolicy.unctad.org/ international-investment-agreements/iia-mapping.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé (…) bénéficieront, etc. ».

Même si la pratique n'est pas très développée, il existe un certain nombre de cas dans lesquels la clause de compensation des pertes a été activée. Dans la plupart des affaires, il s'agissait toutefois de situations de troubles internes (voire d'une crise économique dans le cas de l'Argentine) et non d'un conflit armé à proprement parler[31]. Mais les arbitrages en situation de guerre existent tout de même : la situation libyenne est emblématique à cet égard. Depuis la chute du régime Kadhafi, il est en effet indiscutable que l'Etat libyen se trouve dans une situation de conflit armé (qu'il soit interne ou international)[32], notamment au sens de la définition proposée par le projet d'articles de la Commission du droit international – à savoir le recours à la force entre autorités gouvernementales ou entre une autorité gouvernementale et des groupes armés organisés. Dès 2011, le Conseil de sécurité avait d'ailleurs constaté que la situation en Lybie constituait une « menace pour la paix et la sécurité internationale » et avait autorisé les Etats à prendre des mesures dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations unies[33]. Le texte des (nombreuses) résolutions suivantes au sujet de la situation en Libye ne laisse guère de doute sur la persistance, jusqu'à aujourd'hui, d'une situation de conflit armé[34]. C'est précisément cette situation qui a donné lieu à plusieurs demandes de la part d'investisseurs étrangers, invoquant notamment la clause de compensation des pertes. Or, aucun des tribunaux n'a même envisagé la possibilité que les TBI libyens aient pu être suspendus ou éteints (d'autant que, s'agissant d'un conflit n'opposant pas frontalement la Libye à un autre Etat, il n'existe pas ici à proprement parler de traité entre Etats belligérants). Aucune des affaires publiquement accessibles et impliquant l'invocation de la clause de compensation des pertes postérieurement à 2011 fondées sur le TBI passé par la Lybie avec Chypre[35], avec la Turquie[36] ou avec l'Autriche[37] n'ont donné lieu à des discussions sur l'éventuelle suspension du traité en raison de la situation sur place. La question d'un éventuel effet de la guerre sur les TBI n'a donc même pas été soulevée par l'Etat libyen à titre de défense.

On doit donc pouvoir raisonnablement conclure que les traités entre l'Ukraine et les Etats autres que la Russie demeurent pleinement en vigueur et applicables.

[31] V. le recensement assez complet des cas par situation in Ch. SCHREUER, « Article 8.11, Compensation for losses », *op. cit*., pp. 287 et s. ainsi que F. PÉREZ-AZNAR, « Investment protection in exceptional Situations : compensation-for-losses clauses in IIAs », *op. cit.*

[32] On sait à quel point la distinction s'est estompée au fil du 20e siècle, ce qui est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission du droit international n'a opéré aucune distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux dans son projet d'articles de 2011, v. le commentaire de l'article 2, § 8, *Annuaire CDI*, *op. cit*., p. 110.

[33] CSNU, Résolution 1973(2011), S/RES/1973 (2011), 17 mars 2011.

[34] V. parmi une multitude la Résolution 2656(2022), S/RES/2656 (2022), 28 octobre 2022.

[35] *Olin Holdings Ltd c. Libye*, aff. CCI n°20355/MCP, sentence finale du 25 mai 2018, §§ 10 et s.

[36] *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S c. Libye*, aff. CCI n°21537/ZF/AYZ, sentence du 7 novembre 2018, §§ 225 et s. ; *Öztaş Construction, Construction Materials Trading Inc. c. Libye*, aff. CCI n° 21603/ZF/AYZ, sentence du 14 juin 2018, §§ 91 et s.

[37] *Strabag SE c. Libye*, aff. CIRDI n°ARB(AF)/15/1, sentence du 29 juin 2020, §§ 97 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Mais il reste que cette applicabilité n'est pas forcément totale, notamment parce que certaines zones du territoire ukrainien sont sous domination effective étrangère. Cela pose la question d'une éventuelle distinction à opérer dans le champ d'application territorial de ces instruments.

B. La question de l'applicabilité territoriale des traités ukrainiens

Il est entendu que les traités de protection des investissements ne s'appliquent qu'aux opérations économiques réalisées sur le territoire ou « dans la zone » de l'autre Etat partie, cette dernière expression renvoyant à des lieux qui ne sont pas juridiquement rattachés au territoire de l'Etat mais demeurent principalement sous sa souveraineté. Le « territoire » tel qu'il est mentionné dans les traités renvoie nécessairement à l'acception de ce terme en droit international mais sans que soit réglée la question hautement complexe de l'effectivité : qu'en est-il en effet des parties du territoire de l'Etat, juridiquement rattachées à celui-ci, mais sur lesquelles il n'exerce aucune autorité effective ? Il parait difficile dans ces conditions de pouvoir lui reprocher des comportements sur place qui ne sauraient, par définition, lui être imputables. Dans le cas de l'Ukraine, la question se pose naturellement pour la Crimée mais aussi désormais pour les quatre Oblast de l'est du pays dont Moscou a annoncé l'annexion à l'automne 2022[38]. L'illégalité de cette annexion, ainsi que celle de la Crimée en 2014, ne fait certes pas de doute[39]. Mais c'est en termes d'exercice effectif de l'autorité que la question se pose car, en pratique, c'est bien le pouvoir russe qui s'exerce dans ces territoires.

Il faut, d'abord, évacuer la question de l'application des traités dans les zones qui demeurent sous souveraineté ukrainienne : sur ces territoires, les TBI s'appliquent purement et simplement, mais la situation de conflit armé dans laquelle se trouve l'Etat ukrainien entraine l'application de clauses particulières, dont nous verrons le détail dans le paragraphe suivant. S'agissant en revanche des zones occupées, elles demeurent sous la souveraineté ukrainienne mais dont l'exercice effectif en vue de la mise en œuvre des TBI pose question (1) et le droit international reconnait d'ailleurs des obligations à la puissance occupante, qui pourraient avoir des conséquences en matière d'investissement (2).

1. L'application douteuse des TBI ukrainiens dans les territoires occupés

La principale difficulté concerne l'application des traités signés par l'Ukraine avec des Etats tiers dans les régions occupées par la Russie. On doit ici rappeler que l'occupation sans le consentement de l'Etat occupé est contraire à une

[38] L'annexion des Oblast de Donetsk, Louhansk, Zaporijjia et Kherson fut annoncée par le Kremlin le 30 septembre 2022, après la publication des résultats des « référendums » (qui n'en avaient que le nom) des 23 et 27 septembre ayant opportunément abouti à une large majorité en faveur du rattachement de ces territoires à la Fédération de Russie.

[39] Sur la Crimée, v. la Résolution A/RES/68/262 de l'Assemblée générale des Nations unies (27 mars 2014). Sur les annexions de septembre 2022, v. la résolution A/RES/ES-11/4 de l'Assemblée générale des Nations unies (12 octobre 2022).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

multitude de règles du droit international et qu'elle ne saurait, pour cette raison, jamais être à l'origine d'un transfert de souveraineté[40]. Les Oblast de Donetsk, Louhansk, Zaporijjia et Kherson ainsi que la Péninsule de Crimée font juridiquement partie du territoire ukrainien. Mais en partant du principe que l'occupation russe est effective[41], il est évident que l'Ukraine n'est pas en situation matérielle d'assurer en pratique le respect des traités dans la région – ce constat est vrai pour l'ensemble des règles de droit d'ailleurs. La question qui se pose est celle de la traduction juridique de cette réalité de fait. Il s'agit de déterminer si, concrètement, les atteintes portées aux investissements étrangers dans les territoires occupés pourraient constituer des violations des TBI en vigueur avec certains Etats tiers et imputables à l'Ukraine. Sans doute le droit international offre-t-il à cette dernière des arguments pour l'éviter, à la fois dans le droit des traités et dans le droit de la responsabilité mais sans régler la question d'une éventuelle application différenciée des traités à différentes zones d'un même Etat.

a) Dans le droit des traités. Sous le premier rapport, deux dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités pourraient sembler pertinentes de prime abord, mais la première peut rapidement être écartée : il s'agit de l'article 61, qui prévoit l'hypothèse d'une impossibilité matérielle d'exécution d'un traité comme cause d'extinction ou de suspension mais tout en limitant cette impossibilité au cas de la « disparition ou destruction définitive d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité ». La Commission du droit international, qui est à l'origine du texte adopté en 1969, indique d'ailleurs que les hypothèses d'application de cette disposition ont vocation à demeurer exceptionnelles et note que « le genre de cas envisagé par l'article est la submersion d'une île, l'assèchement d'un fleuve, ou la destruction d'un barrage ou d'une installation hydro-électrique indispensables à l'exécution du traité »[42]. Rien qui puisse donc s'avérer pertinent dans le cas ukrainien. C'est donc à la seconde disposition qu'il faut s'intéresser ici : l'article 62 relatif au changement fondamental de circonstances. Celui-ci peut justifier l'extinction, le retrait ou même la suspension d'un traité si survient un changement dans les circonstances « par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ». Cette expression du principe *rebus sic standibus* a été introduite « à regret » par la Commission du droit international dans le texte qui allait devenir la convention de Vienne face à l'évidence de l'existence de ce principe en droit international[43]. La difficulté tient naturellement à ce qu'il est porteur d'une potentielle insécurité juridique, ce qui explique son encadrement étroit. Il semble que la survenance d'une guerre soit généralement considérée comme un

[40] V. notamment CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, *Rec*. p. 136, spéc. § 78.
[41] Tel que constaté dans le préambule de la Résolution A/RES/ES-11/4 de l'Assemblée générale des Nations unies (12 octobre 2022).
[42] « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », *Annuaire CDI* 1966, vol. II, p. 203, p. 279.
[43] *Ibid*. p. 280.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

changement de nature à faire jouer la clause, permettant plutôt la suspension du traité que sa disparition[44]. Mais sur ce point l'on peut s'interroger sur une éventuelle spécificité des TBI.

Parmi les conditions pour faire jouer la clause, le changement doit porter sur des circonstances ayant constitué une base essentielle dans l'expression du consentement à être lié par le traité. Or, c'est peut être sur ce point que la situation est la plus délicate. Un traité de protection des investissements vise en effet à garantir une certaine sécurité juridique aux opérations économiques, précisément pour faire face à tout type de circonstances. L'histoire du droit des investissements enseigne notamment que l'objectif de ces traités a été au départ d'offrir une garantie en cas d'instabilité politique, de coup d'Etat, de changement radical et imprévu du droit[45]…au point que l'on pourrait affirmer qu'une guerre ne constitue pas un changement fondamental de circonstances mais précisément l'une des circonstances dans lesquelles le traité a vocation à s'appliquer. La présence, dans les traités, de clauses destinées à s'appliquer aux pertes de guerre vient encore renforcer cette conclusion. Au surplus, la qualification des circonstances comme essentielles dans l'expression du consentement à être lié par le traité dépend dans une large mesure de la situation propre des Etats parties : l'on ne se prémunit pas toujours contre la même chose d'un partenaire à l'autre. Qu'un Etat signe ainsi un TBI avec le Canada ou la France : l'objectif est de protéger ses investisseurs, en termes généraux, contre les atteintes portées à l'Etat de droit – celles-là même contre lesquelles la justice administrative protège le justiciable, mais en recherchant des garanties pécuniaires supplémentaires. La survenance d'une guerre est une circonstance très improbable et qui pourrait en pareil cas constituer un changement fondamental au sens de l'article 62 de la convention de Vienne. Mais qu'un Etat signe un TBI avec un pays instable, dans une région aux frontières mouvantes : l'un des objectifs de ce TBI serait bien de protéger ses investisseurs en cas de survenance effective des hostilités. En pareil cas l'article 62 ne pourrait pas jouer.

Toute la question qui se pose alors est celle de savoir quelle était la situation de l'Ukraine au moment de la signature de chaque traité. Il suffit néanmoins d'un rapide coup d'œil pour se rendre compte que, de manière parfaitement logique et compréhensible, l'écrasante majorité de ces TBI ont été signés dans les années 1990, après la chute de l'Union soviétique. Or, à cette époque, la survenance d'une guerre dans la région pouvait sembler plus improbable. Il est possible en tout cas de considérer que la signature des TBI avec les anciens pays soviétiques répondait en effet plutôt à une volonté de protection contre des institutions encore fragiles

[44] J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 13e éd., 2019, p. 182 ; v. aussi J. ZRILIČ, *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflicts*, *op. cit*. p. 79 et les références indiquées en note 134.
[45] Pour un historique succinct mais complet, v. Ch. LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », *in* Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, pp. 1-79.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

et la recherche d'une stabilité juridique dans des pays assez peu rompus à la pratique de l'Etat de droit[46]. On pourrait donc dire que la plupart des TBI signés avec l'Ukraine n'envisageaient pas, en tout cas pas principalement, la protection en cas de conflit armé de sorte que la survenance de celui-ci constituerait bien un changement fondamental de circonstances au sens de la convention de Vienne. Une telle conclusion, toutefois, doit s'accompagner de nombreuses précautions : elle n'est certainement pas vraie de manière générale et absolue. Elle dépend principalement, pour chaque traité, des conditions de sa conclusion et des motifs véritables ayant poussé chaque Etat à négocier un TBI avec Kiev. Seul le détail de ces conditions permettrait, au cas par cas, de déterminer si l'invasion du 24 février 2022 constitue un changement fondamental portant sur des circonstances déterminantes pour l'engagement à être lié par le traité. S'il peut être établi que, pour l'Etat partenaire, la survenance d'un conflit fait partie des événements contre lesquels le TBI est censé apporter une protection, alors l'article 62 ne pourrait pas jouer et le traité continuerait à s'appliquer pleinement.

b) Dans le droit de la responsabilité. Le droit des traités ne proposant donc que des solutions limitées, il faut sans doute rechercher dans les règles plus générales du droit de la responsabilité des éléments permettant de répondre à la question de l'application des TBI ukrainiens dans les territoires occupés. La possibilité d'invoquer la force majeure vient alors spontanément à l'esprit, pour justifier la non-application, par l'Ukraine, des TBI sur des territoires qu'elle ne contrôle plus. La force majeure implique en effet l'impossibilité matérielle d'exécuter une obligation internationale venue d'une cause extérieure, laquelle peut être naturelle ou humaine[47]. La Commission du droit international donne d'ailleurs comme exemple la « perte de contrôle sur une partie du territoire d'un Etat consécutive à une insurrection ou dévastation d'une zone consécutive à des opérations militaires conduites par un Etat tiers »[48]. Le caractère imprévisible et irrésistible peut par ailleurs être établi assez aisément, personne n'ayant réellement anticipé cette invasion et l'armée ukrainienne ne pouvant raisonnablement pas se voir reprocher de ne pas chercher à résister. On devrait donc pouvoir considérer que, dans les territoires occupés, la situation est celle d'une force majeure justifiant que l'Ukraine ne puisse honorer les obligations qu'elle a souscrites en vertu des traités de protection des investissements signés avec des Etats tiers. La question n'est donc pas réellement de principe, elle porte plutôt sur la possibilité d'envisager qu'un même traité soit soumis à des régimes différents suivant la zone géographique à laquelle il s'applique.

[46] *Ibid*.
[47] J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, Introduction, texte et commentaires*, Pedone, 2003, p. 204.
[48] *Ibid*. V. dans le même sens S. SZURECK, « Circsumstances precluding wrongfulness in the ILC Articles on State responsibility : force majeure », in A. PELLET, J. CRAWFORD, S. OLLESON (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford, OUP, 2009, pp. 475-480, p. 477.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

c) Une fragmentation territoriale des TBI ukrainiens ? En admettant par hypothèse que le changement fondamental de circonstances et/ou la force majeure puissent être invoqués par l'Etat ukrainien pour justifier la non-application de traités signés avec des Etats autres que la Fédération de Russie, une difficulté se fait jour quant à la mise en œuvre territoriale de ces solutions. Une distinction doit ici être opérée suivant le motif de la suspension du traité.

S'agissant de la force majeure, sans doute une limitation aux territoires occupés s'impose-t-elle par définition. La force majeure est en effet liée à une impossibilité matérielle d'exécution, qui n'existe donc que dans les zones dans lesquelles l'Ukraine n'exerce pas d'autorité effective. Que le respect des TBI dans le reste du territoire soit rendu plus difficile par la situation – ne serait-ce qu'en raison de l'effort de guerre de l'Etat ukrainien qui conduit notamment à recentrer une partie de ses financements sur les objectifs militaires – est indiscutable, mais certainement pas de nature à franchir le seuil de la force majeure puisqu'il n'est pas ici question de stricte impossibilité matérielle[49]. Il devrait être possible de dire que la force majeure ne suspend pas les TBI de manière générale – tel n'est de toute façon pas son effet – mais qu'elle peut permettre à l'Ukraine d'échapper à sa responsabilité pour des dommages causés aux investissements dans les zones occupées par l'armée russe.

La question se pose en des termes différents pour le changement fondamental de circonstances, dont l'effet est bien moins sujet à des ajustements et subtilités. Là où la force majeure permet en effet de tirer des conséquences au cas par cas (son effet ne se mesure pas en termes de suspension du traité), le changement fondamental de circonstances est plus radical et manichéen : soit il est sans effet sur le traité, soit il emporte sa suspension ou sa terminaison. La difficulté vient de ce qu'en l'espèce, la suspension ne serait recherchée que dans certaines zones géographiques mais pas partout. Si l'on s'en tient toutefois aux règles générales de la suspension des traités, rien ne devrait s'opposer à une telle solution par principe : ce qui caractérise la suspension est en effet sa souplesse, en ce qu'elle peut ne porter que sur une partie du traité[50]. En outre, on peut rappeler que, dans le cadre des réserves, un Etat peut exclure une partie de son territoire de l'application du traité. Il ne semble donc pas y avoir d'obstacle d'ordre systémique à la reconnaissance d'une suspension partielle d'un traité sur le plan de son champ territorial. A cet égard, la rédaction de certains instruments est intéressante : le TBI entre l'Ukraine et le Royaume Uni, par exemple, propose une définition

[49] J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, *op. cit*., pp. 207-207, pour des cas de rejet de l'excuse de force majeure dans des situations dans lesquelles l'exécution du traité est simplement rendue plus difficile.

[50] N. CLARENC-BICUDO, *La suspension des engagements internationaux*, Dalloz, 2017, 580 p., pp. 353-359. L'ensemble de ce travail important soulève la question de la place de la volonté de l'Etat dans la suspension d'un traité – et en fait d'ailleurs le moteur principal. Pour les hypothèses dont il est question ici, on songe plutôt à une suspension qui s'imposerait aux Etats parties sans nécessairement que leur volonté ne puisse jouer un rôle particulier.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

du « territoire » qui n'est pas la même pour les deux Etats parties. S'agissant de l'Ukraine, est considéré comme tel « *the territory under the sovereignty of Ukraine* » ainsi que les zones maritimes reconnues par le droit international. Or, il est loisible de penser que les territoires occupés ne sont plus, *en fait*, sous la souveraineté ukrainienne (même s'ils devraient l'être en droit). On pourrait donc argumenter que ces zones ne font – temporairement peut-on espérer – plus partie du « territoire » de l'Ukraine au sens du traité, au même titre que les territoires palestiniens occupés par Israël ne sont pas aujourd'hui, dans les faits, des territoires palestiniens[51]. On pourrait donc reconnaitre que les TBI signés par l'Ukraine, s'ils continuent de s'appliquer dans la majeure partie du pays, ne produisent plus d'obligation à l'égard de Kiev dans les zones occupées autant que durera l'exercice effectif de l'autorité par la Fédération de Russie dans ces territoires. On peut y voir une victoire regrettable du fait sur le droit, mais cela pose en réalité la question de savoir qui peut être redevable d'obligations internationales dans ces zones – et en particulier celle d'une éventuelle extension des obligations de la Russie, afin d'éviter le possible vide juridique ainsi créé.

2. L'opposabilité à la Russie des TBI russes dans les territoires occupés ?

En partant du principe que l'autorité effective en Crimée et dans les quatre Oblast annexés est exercée par la Russie et que les TBI ukrainiens ne s'y appliquent que partiellement, la question se pose de savoir s'il existe des mécanismes destinés à combler cette absence de règles de protection des investissements étrangers. Il est vrai que la situation est ambigüe compte tenu de l'incertitude qui entoure le statut exact des territoires occupés. Mais pour complexe qu'elle soit, cette situation n'est pas inédite et le droit international comporte en bonne logique des éléments de réponse.

A cet égard, une analogie intéressante peut être faite avec la situation des territoires palestiniens occupés par Israël et des enseignements peuvent être tirés des remarques formulées par la Cour internationale de Justice à ce sujet. Dans son avis de 2004 relatif à la légalité de la construction d'un mur en Palestine, la Cour avait ainsi considéré qu'Israël était tenue de respecter ses engagements internationaux en matière de droits de l'homme (notamment le Pacte international sur les droits civils et politiques) même dans les territoires illégalement occupés, à partir du moment où l'Etat israélien exerçait effectivement son autorité dans cette zone[52]. La Cour relève ainsi que « si la compétence des Etats est territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national » et que l'objet et le but des traités en question implique que l'obligation de les respecter s'impose sans limitation géographique[53]. Ce dernier point est d'ailleurs essentiel pour la question qui nous intéresse : tout porte à croire en effet que c'est la spécificité du

[51] Sur la question du territoire et la comparaison avec le cas palestinien, v. *infra*., 2).
[52] CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit*., spéc. §§ 109-111.
[53] *Ibid*. § 109.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Pacte relatif aux droits civils et politiques et la rédaction propre de certaines de ses dispositions – notamment son article 2 prévoyant l'obligation de respecter ses dispositions vis-à-vis de toute personne située sous la « juridiction » de l'Etat – qui conduit la Cour à admettre cette forme d'extraterritorialité. A l'inverse, sa position est plus réservée au sujet du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui ne comporte pas de disposition équivalente, même si la Cour conclura tout de même à son applicabilité, ainsi qu'à celle de la convention sur les droits de l'enfant[54]. Dès lors, il semble que l'application des traités auxquels est partie un Etat dans les zones illégalement occupées par cet Etat soit un principe général mais dont l'application n'est pas systématique : elle dépend aussi à la fois des dispositions du traité et de ses objet et but[55].

L'application de cette grille d'analyse aux TBI pourrait ainsi conduire à reconnaitre leur opposabilité à la Russie, y compris dans les territoires illégalement (mais effectivement) occupés. Si aucune affaire impliquant un investisseur d'un pays tiers contre la Russie au sujet d'agissements de cette dernière en Crimée n'a pu être identifiée, certains éclaircissements peuvent être trouvés dans les affaires ayant opposé des investisseurs ukrainiens à l'Etat russe, en particulier l'affaire *Stabil LLC c. Russie*[56] : une société ukrainienne reprochait ainsi à la Russie d'avoir violé le TBI entre les deux pays, pour des agissements en Crimée. En toute rigueur, cette circonstance aurait pu conduire le tribunal à rejeter l'applicabilité du traité *ratione loci*, un Etat n'étant tenu de respecter un TBI que sur son propre territoire[57]. La question qui se posait était donc celle de savoir si la Crimée pouvait être considérée, aux fins de l'application du TBI, comme le « territoire » Russe en ce qu'il s'agirait d'une zone géographique sur laquelle la Russie serait tenue de respecter ses engagements internationaux. Prenant le soin particulier – mais important – d'indiquer que sa décision ne devait pas être vue comme une éventuelle reconnaissance de la légalité de l'annexion[58], le tribunal commença par admettre que l'occupation russe était effective[59]. Appliquant ensuite les principes d'interprétation de la convention de Vienne, il s'attela à définir précisément la notion de territoire en vertu du TBI, pour montrer qu'il était possible d'y inclure la Crimée, compte tenu précisément de la situation factuelle.

Sur ce point, le raisonnement du tribunal dénote un effort particulier de justification – on n'en attendait toutefois pas moins compte tenu de l'enjeu – dont il parait utile de rendre compte ici, fût-ce de manière très synthétique. Appliquant d'abord le sens ordinaire du TBI, le tribunal constata que le terme de « territoire »

[54] *Ibid*. § 112-113.
[55] V. à cet égard le commentaire de l'avis *in* J.-L. ITEN, R. BISMUTH, C. CRÉPET DAIGREMONT, G. LE FLOCH, A. DE NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Dalloz, 2e éd., 2021, pp. 538-539.
[56] *Stabil LLC and Others c. Russie*, *op. cit*.
[57] V. *supra*, III.
[58] *Ibid*. § 128.
[59] §§ 131-134.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

s'entendait plutôt en rapport avec l'exercice effectif de l'autorité et du contrôle[60], les TBI impliquant d'ailleurs parfois dans le « territoire » des zones exclues de la souveraineté territoriale de l'Etat à proprement parler, comme la zone économique exclusive[61]. Rien dans le TBI n'invitant à ne considérer comme le territoire d'un Etat que les zones placées sous son autorité de manière conforme au droit international[62] et le traité lui-même opérant les limitations territoriales en certains cas mais pas de manière générale[63], le tribunal constata finalement qu'en vertu du droit Russe, la Crimée était inclue dans le territoire de la Fédération[64]. La cause pouvait sembler entendue, mais le tribunal ne s'en tint pas à cela : il développa ensuite un argumentaire fondé sur le contexte du traité. Relevant que le terme de territoire était employé à plusieurs endroits dans le traité, aucune disposition de celui-ci ne suggère qu'il devrait être limité aux zones géographiques sur lesquelles les Etats disposent d'un titre licite en droit international[65]. En troisième lieu, le tribunal estima nécessaire de faire appel à l'objet et au but du TBI pour conforter sa conclusion : ceux-ci tiennent pour l'essentiel à la volonté de renforcer la coopération économique entre les parties et d'accroitre la protection offerte aux opérateurs économiques de l'une ou de l'autre[66]. Or, ce but pourrait être manqué s'il subsistait des angles morts dans le champ d'application territorial du traité : l'extension de celui-ci vient donc répondre à la finalité de ces instruments puisque, avec l'annexion, les investisseurs russes en Crimée sont devenus des investisseurs nationaux et les investisseurs ukrainiens sont devenus étrangers[67]. Ni les moyens supplémentaires d'interprétation[68] ni le principe de bonne foi qui s'oppose évidemment à ce que la Russie puisse prétendre, dans le cadre de cette instance, que la Crimée ne serait pas son territoire en contradiction avec toutes ses déclarations et démarches depuis 2014[69] ne sont de nature à venir contredire la position du tribunal. Tout au long de sa démonstration, celui-ci ne manqua pas d'ailleurs de s'appuyer sur les autres décisions rendues dans les affaires russo-ukrainiennes ayant retenu la même solution, mais dont le détail n'est pas public.

Quoi qu'il en soit, l'ensemble de ces éléments apparait assez convainquant. Sans du tout qu'il s'agisse ici d'une reconnaissance de l'annexion, il doit être possible de considérer que, dans le cadre de l'application d'un TBI, les territoires occupés par la Russie font partie de son « territoire » ou, plus exactement, qu'il s'agit de zones géographiques dans lesquelles le comportement des autorités russes doit respecter les TBI signés par la Fédération de Russie. Le raisonnement

[60] § 140.
[61] § 141.
[62] § 142.
[63] § 143.
[64] § 144.
[65] §§ 150-151.
[66] § 154.
[67] § 158.
[68] §§ 160-163.
[69] §§ 168-174.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

qui vient d'être rapporté peut s'appliquer sans la moindre difficulté aux régions occupés du Donbass ainsi qu'aux TBI passés avec des Etats tiers : au fond, un investisseur, de quelque nationalité qu'il soit, et présent dans le Donbass devrait pouvoir opposer à la Fédération de Russie le TBI signé avec son Etat, y compris dans les régions ukrainiennes occupées puisque dans ces régions, le TBI devrait être jugé opposable à l'Etat russe.

Il en découle que la situation d'occupation ne devrait pas conduire à un vide juridique : le défaut d'application des TBI ukrainiens dans les territoires que Kiev ne contrôle plus effectivement est comblé par l'applicabilité des TBI russes. C'est donc contre les autorités de Moscou qu'il conviendrait d'adresser les demandes d'arbitrage liées aux dommages qui pourraient être subis par les opérateurs économiques présents dans les territoires occupés. Il reste donc à voir quelles protections il serait possible de revendiquer.

III. LA PROTECTION OFFERTE PAR LES TRAITÉS EN SITUATION DE CONFLIT

Les traités de protection et de promotion des investissements s'appliquent, même d'une manière qui n'est ni systématique ni absolue, aux territoires en situation de conflit armé. Ainsi qu'il a été indiqué au-dessus, il existe même une disposition spécifiquement destinée à s'appliquer en pareil contexte (A) mais l'on pourrait se demander si d'autres clauses ne pourraient pas s'avérer pertinentes (B).

A. La clause de compensation des pertes

La clause de compensation des pertes, déjà évoquée, fut au cœur du tout premier arbitrage fondé sur un TBI[70]. Les propos qui suivent ne sont toutefois pas propres à la situation ukrainienne puisqu'ils peuvent s'appliquer à tout contexte de conflit armé. Pour cette raison, ils seront relativement brefs, mais ils sont importants en ce que la clause de compensation des pertes peut venir s'appliquer à une situation qui n'a pas encore été évoquée : celle d'une atteinte portée à l'investissement par les combats eux-mêmes. Au-delà des questions territoriales et d'une éventuelle différenciation de régime entre les investissements situés en territoire libre et en territoire occupé, se pose en effet la question des dommages causés par les combattants, d'un côté ou de l'autre. Telle est bien la situation à laquelle entend répondre cette disposition particulière.

Il faut commencer par rappeler que la clause de compensation des pertes ne se présente pas toujours de la même manière : il en existe deux grandes modalités de rédaction. Suivant la première, que l'on pourrait qualifier de clause absolue, le traité reconnait aux investisseurs un droit à la compensation des « pertes effectives » subies en raison des circonstances couvertes (rébellion, troubles

[70] *AAPL c. Sri Lanka*, aff. CIRDI n°ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990, §§ 65 et s.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

internes, guerre civile, conflit armé…). Il s'agit donc de la reconnaissance d'un droit à l'indemnisation, mais qui n'est pas illimité : il est généralement reconnu uniquement lorsque les pertes ont été causées par l'action des troupes de l'Etat et qu'elles n'étaient pas nécessaires à la conduite des combats[71]. Environ un quart des traités comportent une disposition de ce type[72]. Ces dispositions ne portent donc pas sur les pertes de guerre elles-mêmes, qui devraient être réparées par les mécanismes de réparation spécifiques mis en place postérieurement aux conflits armés. A l'inverse, la majorité des traités se contentent de reconnaitre un droit à la non-discrimination (vis-à-vis des nationaux mais aussi vis-à-vis des autres étrangers) dans le traitement des pertes subies en pareilles circonstances par l'Etat : il ne s'agit plus alors de reconnaitre un droit systématique à l'indemnisation, mais le droit d'être traité de manière non-discriminatoire dans les conditions d'octroi éventuel de cette indemnisation. Certains traités proposent à la fois les deux protections[73].

Dès lors que le traité applicable (qu'il soit opposé à l'Ukraine ou à la Russie en fonction de la localisation de l'investissement) comporte une disposition de ce type, elle devrait pouvoir être activée. Son objectif est donc la prise en charge des pertes effectives subies par l'investisseur, sans même qu'un lien soit établi avec l'éventuelle implication de l'Etat dans la survenance de celles-ci pour ce qui est des clauses se contentant de poser un principe de non-discrimination. En ce sens, cette disposition doit sans doute être lue conjointement avec l'article 27 des Articles de la Commission du droit international relatifs à la responsabilité, qui rappelle que la reconnaissance d'une circonstance excluant l'illicite (et, partant, excluant la responsabilité de l'Etat) est « sans préjudice […] de la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question ». Le commentaire de cette disposition indique bien que cette prise en charge ne porte pas sur la réparation d'un comportement illicite, l'illicite étant écarté par hypothèse : l'objectif est donc de s'en remettre à l'Etat afin d'éviter de faire peser sur la victime sans lien avec les événements le prix de ces derniers[74]. La clause de

[71] Un exemple se rencontre à l'article 12, 2° du traité sur la Charte de l'énergie (auquel l'Ukraine est partie) : « un investisseur d'une partie contractante qui, dans une des situations visées audit paragraphe [note : il s'agit de la « guerre ou de tout autre conflit armé, d'un état d'urgence national, de troubles civils ou d'autres événements similaires »], subit des pertes dans la zone d'une autre partie contractante qui résulte : a) de la réquisition de ses investissements ou d'une partie de ceux-ci par les forces ou les autorités de cette dernière ; ou b) de la destruction de ses investissements ou d'une partie de ceux-ci par les forces ou les autorités de cette dernière, qui n'était pas requise par les nécessités de la situation, se voit accorder une restitution ou une compensation qui, dans les deux cas, doit être prompte, adéquate et effective ».

[72] La banque de données de la CNUCED, *op. cit.* note 30, fait état de 862 traités sur 2584.

[73] V. par exemple le TBI Ukraine / Emirats Arabes Unis (2003), article 5(2) : « *Without prejudice to Paragraph (1) of this Article, investors of one Contracting State who in any of the events referred to in that paragraph suffer damage or loss in the territory of the other Contracting State resulting from: (a) requisition of their investment or property by its forces or authorities; (b) destruction of their investment or property by its forces or authorities which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation, shall be accorded prompt and adequate compensation for the. damage or loss sustained during the period of requisitioning or as a result of the destruction of the property. Resulting payments shall be in freely usable currency and freely transferable without undue delay* ».

[74] J. CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.* pp. 228-229.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

compensation des pertes peut donc se rapprocher de cette logique, surtout lorsqu'elle pose un principe de non-discrimination puisqu'elle peut obliger l'Etat à indemniser les investisseurs étrangers (dès lors qu'il le fait pour ses propres nationaux) pour des pertes dont il n'est pas responsable (et, *a fortiori*, les investisseurs étrangers non plus).

Là s'arrête cependant le rapprochement : contrairement à ce qu'alléguaient certains Etats, la clause ne les exonère pas elle-même de leur éventuelle responsabilité en cas d'événement couverts par la disposition[75]. Tout au plus peut-elle jouer lorsqu'une circonstance d'exclusion de l'illicite a été reconnue mais elle ne peut elle-même fonder la reconnaissance d'un Etat de nécessité ou de force majeure. Suivant la rédaction retenue (non-discrimination dans l'octroi de l'indemnisation ou obligation de verser une indemnisation définie dans l'absolu), elle ne fait pas peser la même obligation sur l'Etat ukrainien ou russe : s'il s'agit d'une clause de non-discrimination, l'obligation n'est enclenchée que par le versement d'une indemnisation, par l'Etat, aux investisseurs nationaux et ne jouera que pour les investisseurs étrangers se trouvant dans une situation comparable[76]. En cas de rédaction plus absolue (que l'on ne rencontre que dans une quinzaine de TBI ukrainiens[77] et seulement trois traités russes[78]), l'obligation sera enclenchée directement, dans les circonstances reconnues par les clauses – à savoir donc la réquisition de la propriété par les forces armées ukrainiennes ou russes ou la destruction de cette propriété en dehors des combats et sans que cette destruction ne répondre à une nécessité. Une attention particulière doit être ici accordée à la rédaction de la disposition, qui peut aussi rendre l'octroi de cette indemnisation tributaire du droit local, n'allant donc pas jusqu'à reconnaitre un droit absolu à réparation dans les circonstances prévues[79].

[75] V. notamment *Enron Corporation and Ponderosa Assets c. Argentine*, n°ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 321, ainsi que la décision d'annulation, 30 juillet 2010, §§ 396-398 ; *Funekotter c. Zimbabwe*, n°ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009, § 104.

[76] *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S c. Libye*, *op. cit.* § 459.

[77] Il s'agit des traités signés – la date indiquée correspond à l'année de signature – avec l'Albanie (2002), l'Autriche (1996), la Croatie (1997), la République tchèque (1994), l'Estonie (1995), la Finlande (2004), la Gambie (2001, mais non encore en vigueur), la Hongrie (1994), la Corée (1996), la Lituanie (1994), le Panama (2003), Singapour (2006), l'Espagne (1998), la Suède (1995), les Emirats Arabes Unis (2003) et le Royaume Uni (1993).

[78] Il s'agit des traités signés avec l'Egypte (1997), l'Ethiopie (2000, non encore en vigueur) et le Royaume Uni (1989).

[79] V. par exemple l'article 6(2) du TBI entre l'Ukraine et Singapour, qui prévoit que « *2. Without prejudice to paragraph 1 of this Article, investors of one Contracting Party who in any of the events referred to in that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from: (a) requisitioning of their property by its forces or authorities, (b) destruction of their property by its forces or authorities which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation, shall be accorded such compensation as may be prescribed by law* ». Cette dernière précision (« *as may be prescribed by law* ») pourrait être interprétée comme signifiant que l'octroi de l'indemnisation n'est un droit pour l'investisseur que si cet octroi est prévu par le droit local.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

B. Les autres protections possibles ? La protection pleine et entière

Pour autant que le traité ne soit pas suspendu ou terminé, la situation de guerre est sans conséquence sur son applicabilité : l'ensemble de ses protections (expropriation, traitement juste et équitable, etc.) peuvent donc être activées[80]. Une disposition pourrait toutefois s'avérer d'un intérêt particulier, même si elle n'est pas spécifiquement pensée pour s'appliquer aux situations de violence ou de conflit : la clause de pleine et entière protection[81]. Généralement assimilée à une obligation de diligence de la part de l'Etat, cette disposition impose en effet à celui-ci non pas de s'abstenir d'agir (comme le font la plupart des autres clauses de protection) mais à intervenir positivement en prenant les mesures nécessaires qui sont à sa disposition pour protéger l'investisseur[82]. Il s'agit donc d'une forme d'obligation positive destinée à protéger les opérateurs économiques étrangers contre la passivité des autorités. En situation de conflit, elle peut donc s'avérer particulièrement utile pour revendiquer la protection de l'Etat. Néanmoins, à l'instar de toute obligation de *due diligence*, la clause de protection pleine et entière n'est pas sans limite : il est entendu notamment que la protection attendue dépend de l'ensemble des paramètres de chaque espèce. Elle est une obligation de moyens et ce qui est attendu de l'Etat est de ne pas protéger l'investisseur en-deçà de ce qui peut être raisonnablement attendu[83]. La jurisprudence insiste à cet égard sur l'importance du contexte général, qui peut expliquer certaines inactions en certains cas et faire ainsi échapper l'Etat à sa responsabilité sur le fondement de la clause[84]. Cette approche nuancée doit d'ailleurs se lire comme le prolongement de la logique d'ensemble du droit des investissements, fondé sur des standards dont le contenu n'est pas fixé à l'avance mais dont l'appréciation dépend des circonstances de chaque espèce et notamment des conditions économiques et politiques dans lesquelles se trouve l'Etat[85]. Ce dernier point est tout à fait intéressant du reste car il pourrait conduire à une appréciation différenciée suivant que l'Etat défendeur est l'Ukraine ou la Russie.

Dans le premier cas, la situation d'Etat agressé interrompu sur un chemin de croissance bien engagé depuis 2016 par un acte d'une brutalité inouïe en contrariété complète avec le droit international devrait conduire à ne pas attendre un niveau de protection extraordinairement élevé. S'agissant en revanche de la Russie, pour les investissements situés en Crimée ou dans l'un des quatre Oblast annexés, son comportement devrait conduire à imposer un seuil d'exigence bien

[80] Sur ces protections, v. notamment le numéro spécial de la *RGDIP* n°119, 2015-4, « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements ».
[81] V. à ce sujet G. BASTID BURDEAU, « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », *RGDIP*, 119, 2015-1, pp. 87-101.
[82] V. A. DE NANTEUIL, « Due diligence et investissements étrangers », *in* SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'étude franco-italienne du Mans (dir. S. Cassella), Pedone, 2018, pp. 93-106.
[83] *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis c. Italie), 20 juillet 1989, *Rec*., p. 15, § 108.
[84] V. *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, sentence finale du 3 septembre 2001, *ICSID Reports* vol. 9, p. 66, § 308.
[85] *Pantechniki S.A. contractors & engineers c. Albanie*, n°ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009, § 81.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

plus élevé. C'est aussi cette possibilité de modulation en fonction du rapport général au droit international qui fait tout l'intérêt de la technique du standard dans le droit international de l'investissement.

RÉSUMÉ

L'invasion et l'occupation effective du territoire ukrainien par la Fédération de Russie pose la question du statut des traités de protection des investissements signés par les deux États et susceptibles de s'appliquer aux opérations économiques situées en Ukraine. Si le TBI russo-ukrainien devrait sans doute être considéré comme suspendu, la question des traités signés par l'Ukraine et par la Russie avec des États tiers reste ouverte. Il importe sans doute d'opérer une distinction entre les territoires sous occupations effective russe, dans lesquels les TBI russes devraient s'appliquer, et les territoires libres qui demeurent soumis à l'application des traités ukrainiens. Cette applicabilité des TBI pose la question des clauses pertinentes et en particulier de certaines d'entre elles spécialement pensées pour s'appliquer en situation de conflit armé.

ABSTRACT

The invasion and effective occupation of the Ukrainian territory by the Russian Federation raises several questions in relation with the investment protection treaties signed by both States. Some of those treaties are indeed likely to apply to economic operations in Ukraine. The BIT between Ukraine and Russia may be considered as suspended but the status of BIT signed with third States is less clear. A distinction shall probably be drawn between the applicability of those treaties in territories occupied by Russia (in which Russian BIT shall apply) and the ones which are still free, in which Ukrainian BITs shall continue to apply. The applicability of BIT raises the question of the relevant provisions that may be applied, and in particular of the ones which were drafted to address situations of armed conflicts.

RESUMEN

La invasión y ocupación efectiva del territorio ucraniano por la Federación Rusa plantea la cuestión de la situación de los tratados de protección de inversiones firmados por ambos Estados. Estos tratados puedan aplicarse a las operaciones económicas en Ucrania. Aunque el tratado ruso-ucraniano probablemente debería considerarse suspendido, la cuestión de los tratados firmados por Ucrania y Rusia con terceros Estados sigue abierta. Probablemente sea importante distinguir entre los territorios bajo ocupación rusa efectiva, en los que deberían aplicarse los tratados rusos, y los territorios libres que siguen sujetos a la aplicación de los tratados ucranianos. Esta aplicabilidad de los tratados plantea la cuestión de las cláusulas pertinentes y, en particular, de algunas de ellas concebidas específicamente para aplicarse en situaciones de conflicto armado.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

LE CONFLIT ARMÉ EN UKRAINE ET L'EFFECTIVITÉ DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Philippe LAGRANGE

Professeur à l'Université de Poitiers
Centre d'études et de coopération juridique interdisciplinaire (CECOJI – UR 20418)

L'opération militaire spéciale déclenchée en Ukraine le 24 février 2022 par les forces de la Fédération de Russie est venue confirmer le conflit armé international (CAI) initié entre ces deux Etats souverains à l'occasion de l'annexion de la péninsule de Crimée par la Fédération de Russie huit ans plus tôt. Sporadiques, encore relativement limitées et pour partie constitutives d'un soutien aux groupes armés non étatiques luttant dans le cadre d'un conflit armé non international (CANI), les hostilités ont alors pris un tour nouveau et connu des manifestations que l'on pensait ne plus revivre sur le continent européen.

La guerre entre la Russie et l'Ukraine, car c'en est une, n'est certes pas encore terminée et, à l'heure où nous écrivons ces lignes, aucune perspective de règlement ne semble se dessiner. Au bout d'un an d'hostilités, elle interroge cependant par sa violence et par l'ampleur des exactions commises, qu'elles soient avérées ou supposées[1]. Si la réalité des très nombreuses violations du droit des conflits armés qui ont été rapportées par les sources publiques disponibles ou les organes officiels des belligérants ne fait guère de doute, les enjeux de propagande sont en effet tels que la rigueur scientifique impose de rester prudent quant à leur ampleur, leur caractère intentionnel et leur degré de gravité au regard du droit international humanitaire et de la nécessité militaire. Alors que les médias n'ont jamais été aussi présents, que les réseaux sociaux couvrent en continu les hostilités via les comptes privés ou les officines de propagandes installées par les différentes parties au conflit, nombre de violations du droit des conflits armés restent encore sujettes à caution et devront être évaluées au cas par cas, à la lumière des faits et des preuves rapportées sur le terrain.

Plusieurs constats objectifs peuvent et doivent néanmoins d'ores et déjà être opérés. Primo, l'Ukraine est victime d'une agression armée commise sur son territoire par les forces armées de la Fédération de Russie. Secundo, les atteintes causées aux infrastructures et populations civiles à l'occasion des combats ne l'ont

[1] Selon le dernier décompte du Procureur général ukrainien, plus de 66 000 crimes de guerre auraient été relevés, 9 500 civils auraient été tués et 12 500 blessés. T. BOUTRY, « La guerre dans toute son abomination », *Aujourd'hui en France*, 20 février 2023, p. 2.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

été que sur le territoire de l'Ukraine et concernent quasi exclusivement des biens et ressortissants ukrainiens. Tertio, nombres de violations du droit des conflits armés déjà établies sont d'une ampleur telle qu'elles constituent des crimes de guerre d'une particulière gravité, voire des crimes contre l'humanité, et qu'elles devront impérativement être sanctionnées, sauf à accepter que soient réduits à néant les efforts conceptuels engagés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Le temps, certes, n'est pas à la recherche des responsabilités et le droit international humanitaire ne saurait se résumer à un inventaire de ses violations, pas plus qu'à un recensement des bonnes pratiques. L'intelligence de ce corpus tient avant tout à son objet, qui reste de protéger les personnes hors de combat et de poser des limites à la conduite des hostilités, et qui se manifeste à la fois dans son pragmatisme et dans les obligations tant négatives que positives qu'il met à la charge des parties. De ce double point de vue, un certain nombre d'enseignements peuvent d'ores et déjà être tirés du conflit en Ukraine, tant s'agissant de la pertinence de cette branche du droit (I) que sa capacité à s'adapter (II) ou de de sa propension à l'instrumentalisation par les deux camps en présence (III).

I. NÉCESSITÉ DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Les hostilités qui se déroulent en Ukraine ont démontré l'importance de pouvoir opposer aux belligérants un corpus juridique complet et qui demeure pour l'essentiel adapté aux nouvelles formes de conflictualité, alors qu'il était commun et légitime de considérer que ce corps de règles était devenu obsolète ou à tout le moins dépassé et inapplicable dans la plupart de ses dispositions, développées à une époque où les principaux conflits étaient censés opposer des Etats souverains aux armées régulières disciplinées et encadrées.

A. Applicabilité

Le fait est que les décennies qui ont immédiatement suivi la Seconde Guerre mondiale et l'adoption des quatre Conventions de Genève de 1949[2] ont vu se multiplier les conflits armés non internationaux, au détriment des conflits armés internationaux pour lesquels ces instruments avaient été fondamentalement pensés et développés, ainsi que le traduisent la quasi-totalité de leurs dispositions, à l'exception de leur article 3 commun. Cette logique s'était retrouvée dans le Premier Protocole additionnel du 8 juin 1977[3], lui aussi entièrement conçu dans la perspective des conflits armés internationaux, alors même que commençaient à se multiplier les conflits intraétatiques, avec néanmoins une nécessaire adaptation dans la lettre de l'article premier, considérant « les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et

[2] Conventions de Genève du 12 août 1949, entrées en vigueur le 21 octobre 1950. 196 Etats parties à ce jour.
[3] Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève le 8 juin 1977 et entré en vigueur le 7 décembre 1978. 174 Etats parties à ce jour.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » comme des conflits armés internationaux[4]. D'une portée différente, bien que sans commune mesure avec les ambitions de ses promoteurs, le Protocole II, adopté le même jour, allait ouvrir l'application des règles principales du droit des conflits armés aux conflits non couverts par les Conventions de Genève et le premier Protocole et se déroulant sur le territoire d'un Etat en opposant ses forces armées « à des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés »[5].

Le droit applicable aux conflits armés reste donc, en dépit de ces avancées, un droit principalement développé pour les conflits armés internationaux, alors que la plupart des conflits qui ont été enclenchés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale ont été d'ordre interne. Paradoxe notable en 1977, où le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) considérait déjà que 80% des victimes de tous les conflits armés qui avaient eu lieu depuis 1945 étaient issues de conflits non internationaux. Paradoxe persistant puisque, à l'exception de la guerre des Malouines en 1982 et de celle du Golfe fin 1990, des phases initiales des conflits en Afghanistan en 2001 et en Irak en 2003, des conflits entre l'Irak et l'Iran entre 1980 et 1988, l'Ethiopie et l'Erythrée en 1998 et l'Arménie et l'Azerbaïdjan en 2020 et 2022, ou encore de l'occupation continue des territoires palestiniens depuis 1967, la majeure partie des conflits armés contemporains ont été des conflits armés non internationaux.

La guerre entre la Russie et l'Ukraine vient à cet égard utilement rappeler que les conflits armés internationaux sont non seulement toujours possibles[6], mais qu'ils peuvent encore se nourrir de conflits armés non internationaux persistants et se dérouler en parallèle à ces derniers. Un CANI et un CAI existaient en effet déjà au moment de l'attaque russe du 24 février 2022. A partir de la révolution de Maïdan en février 2014 et plus particulièrement à compter du mois d'avril de la même année, les menées séparatistes dans le Donbass se sont traduites par une opposition de haute intensité entre les forces armées ukrainiennes et les forces des républiques autoproclamées de Louhansk et Donetsk, pouvant présenter un niveau d'organisation tel qu'il permettait de considérer que ces affrontements constituaient un conflit armé non international. En février 2014 toujours, des combattants revêtant des uniformes alors non identifiés, mais reconnus ensuite

[4] Article 1 - Principes généraux et champ d'application : « […] 4. Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies ».

[5] Article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève le 8 juin 1977 et entré en vigueur le 7 décembre 1978. 169 Etats parties à ce jour.

[6] Sur ce point, voy. notamment Tanisha M. FAZAL et Paul POAST, « War Is Not Over », *Foreign Affairs*, vol. XCVIII, n° 6, 2019, pp. 74-83 et Bear F. BRAUMOELLER, *Only The Dead : The Persistence of War in the Modern Age*, New York, Oxford University Press, 2019. *Contra*, voy. Steven PINKER, *The Better Angels of Our Nature*, New York, Viking, 2011 et Joshua S. GOLDSTEIN, *Winning the War on War* : *The Decline of Armed Conflict Worldwide*, New York, Dutton, 2011.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

comme appartenant à la Fédération de Russie, ont pris le contrôle de la péninsule de Crimée qui a été ensuite annexée par cette même puissance le 17 mars 2014, qui l'occupe donc désormais au sens du droit des conflits armés et de la quatrième Convention de Genève applicable aux conflits armés internationaux. La situation de conflit armé international opposant l'Ukraine à la Fédération de Russie s'est confirmée en novembre 2018, à l'occasion de l'arraisonnement par la marine de guerre russe de trois navires de guerre ukrainiens dans le détroit de Kertch.

Conflit mixte supposant l'application de la théorie du fractionnement avec une prégnance du droit applicable aux conflits armés non internationaux, la situation en Ukraine a basculé dans une autre dimension avec l'offensive russe engagée en février 2022. Celle-ci, constitutive d'un « recours à la force armée entre Etats »[7], permet d'identifier un conflit armé international classique et de haute intensité, alors même que la Fédération de Russie emploie volontairement l'expression d'*opération militaire spéciale* et qu'aucune déclaration de guerre n'a été proclamée par les belligérants. Conformément à l'article 2 commun aux Conventions de Genève, un conflit armé international peut être certes identifié dans tous les cas de guerre déclarée, mais aussi dans l'hypothèse de « tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles »[8]. La durée du conflit ou le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouant au surplus aucun rôle. C'est ce qui permet de considérer que l'action du Belarus, qui a autorisé les forces russes à opérer des tirs depuis son territoire, s'apparente bien à un recours à la force contre l'Ukraine au sens du droit des conflits armés, tandis que celle des Etats soutiens de l'Ukraine, pour le moment restreinte à une assistance en termes de renseignement et de livraison d'armements, ne saurait être assimilée à une forme de « cobelligérance »[9].

B. Opposabilité

Ce constat objectif de l'existence d'un conflit armé international entraine plusieurs conséquences qui emportent nécessairement des effets sur le déroulement du conflit, mais qui en auront aussi sur les suites diplomatiques et juridiques, y compris pénales, qui ne manqueront pas de se concrétiser. La première de ces conséquences est le déclenchement de l'applicabilité du droit international humanitaire entre toutes les parties. L'offensive russe du 24 février 2022 a permis

[7] TPIY, App*., 2 octobre 1995, Tadic,* Aff. IT-94-1-AR 72, § 70 : « Un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat ».

[8] Article 2 - Application de la Convention : « En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles […] ».

[9] La cobelligérance implique la belligérance : un Etat est belligérant ou il ne l'est pas. Pour qu'il le soit, il faut qu'il ait eu recours à la force armée contre un autre Etat. Voy. Serge SUR, « Belligérance et cobelligérance », *Revue Défense nationale*, n° 857, février 2023, pp. 13-17.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

de réaffirmer l'importance du principe de l'égalité des belligérants découlant de la séparabilité du *jus ad bellum* et du *jus in bello*. En vertu de ce principe, les règles du droit international humanitaire s'appliquent de la même manière à toutes les parties au conflit, « sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les parties au conflit […] »[10]. Cela signifie que l'illicéité du recours à la force de la part de la Russie à la lumière de la Charte des Nations Unies n'a pas à influencer l'application des règles en question. Toute l'intelligence du droit des conflits armés est de reposer sur son applicabilité objective, quels que soient les motifs et justifications du conflit et quelle que soit l'idéologie des forces en présence, dès lors qu'elles s'analysent bien comme des parties à un conflit armé. Il s'agit de protéger les victimes potentielles du conflit, sans considérations tenant au camp dont elles relèvent et, à cette fin, de pouvoir opposer aux belligérants un certain nombre d'obligations tant positives que négatives, reposant sur un équilibre pragmatique entre la nécessité d'assurer le respect de la personne humaine tout en tenant compte de la particularité du contexte qui impose d'intégrer les exigences militaires.

La deuxième conséquence de l'offensive russe du 24 février 2022 a en effet été de permettre le déclenchement de la totalité des dispositions du droit international humanitaire classique. Qu'il s'agisse bien sûr des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, du Premier Protocole additionnel du 8 juin 1977 ou de l'ensemble du droit coutumier, dont on sait l'importance qu'il présente en droit international humanitaire, notamment s'agissant des lois et coutumes de la guerre adoptées au début du XX^{ème} siècle dans le cadre des conventions de La Haye et des déclarations et règlements associés[11]. D'autres instruments conventionnels peuvent cependant être opposés aux belligérants, en tant qu'ils y sont parties, à l'instar du Protocole de Genève du 17 juin 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques[12], de la Convention de la Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 (ainsi que de son protocole du 14 mai 1954 et, pour la seule Ukraine, du second protocole du 26 mars 1999)[13], de la Convention du 10 avril 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction[14], de la Convention du 10 décembre 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles[15], de la Convention de Genève du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme

[10] Premier Protocole additionnel de 1977, préambule, cinquième considérant.
[11] Notamment Convention (II) de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, ainsi que leurs différentes annexes.
[12] Entré en vigueur le 08 février 1928, 146 Etats parties à ce jour.
[13] Entrée en vigueur le 07 août 1956, 134 Etats parties à ce jour.
[14] Entrée en vigueur le 26 mars 1975, 183 Etats parties à ce jour.
[15] Entrée en vigueur le 05 octobre 1978, 78 Etats parties à ce jour.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (ainsi que de ses protocoles II du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, III du même jour sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires et IV du 13 octobre 1995 relatif aux armes à laser aveuglantes)[16], ou encore de la Convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction[17].

Théorisées et formalisées, ces normes auront également eu à démontrer leur pertinence et leur actualité. L'un des grands enseignements du conflit russo-ukrainien tient en ce que le droit des conflits armés a pu et dû y être mobilisé dans toutes ses facettes. Toutes ses dispositions ont pu être opposées aux belligérants ou ont menacé de l'être, qu'il s'agisse du droit de Genève comme du droit de La Haye, des conventions de maitrise des armements comme de celles visant plus spécifiquement la protection du patrimoine culturel ou celle de l'environnement naturel. On pourra s'en inquiéter plus que s'en réjouir, mais force est d'admettre qu'il n'est pas une situation liée au conflit qui n'ait été envisagée et encadrée par le droit international humanitaire et à l'égard de laquelle celui-ci n'ait pu apporter une solution, que celle-ci ait été ou non intégrée par les belligérants[18]. Le fait que ces dispositions aient pour l'essentiel régulièrement été violées par au moins une des parties en présence n'enlève rien en effet à leur validité et à leur caractère nécessaire.

Pour fragile qu'il soit, ce double constat prouve au contraire à la fois la pertinence du droit international humanitaire, l'intelligence de ses dispositions et de la philosophie qui l'irrigue, son pragmatisme, ainsi que, et c'est lié, son dynamisme et son adaptabilité.

II. ADAPTABILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Au terme d'une année d'hostilités, il ressort de l'analyse de la guerre russo-ukrainienne que le droit international humanitaire, loin d'être obsolète ou dépassé, est en réalité apte à appréhender quelque événement que ce soit, y compris dans un conflit opposant des armées équipées de systèmes d'armement modernes et développant des méthodes de combat innovantes. Mieux, nombre de dispositions un temps légitimement jugées surannées vont pouvoir être utilement réactivées à l'occasion de ce conflit et éviter que ne soit opposé un vide juridique à des situations problématiques.

[16] Entrée en vigueur le 02 décembre 1983, 126 Etats parties à ce jour.
[17] Entrée en vigueur le 29 avril 1997, 193 Etats parties à ce jour.
[18] Pour une recension quasi exhaustive, voir l'important travail effectué par l'équipe d'*#OsonsleDIH* de l'Université de Laval : http://www.quidjustitiae.ca/fr/evenements-et-symposium/osonsledih.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

A. Droit de Genève

La première illustration de ce constat peut être trouvée dans l'invocation de la notion de levée en masse qui a été envisagée au tout début de l'offensive russe pour qualifier le cas des civils ukrainiens qui, répondant à l'appel de leur gouvernement, ont pris les armes pour défendre leur pays. Si une certaine convergence a pu en effet progressivement s'opérer entre le droit coutumier applicable aux CAI et celui destiné aux CANI, deux notions au moins en empêchent une complète identification : celle d'« occupation militaire », qui reste le fait exclusif de l'Etat, et celle de « combattant », qui implique un statut spécifique ouvrant droit au privilège du combattant et au statut de prisonnier de guerre. Le privilège du combattant est une forme d'immunité partielle reconnue aux combattants dans l'exercice de leur fonction de combat et qui postule que ces derniers ne peuvent être poursuivis du fait de leur seule participation aux hostilités, mais seulement dans l'hypothèse de la commission de crimes de guerre. Ce privilège emporte des conséquences en cas de capture et fonde le régime des prisonniers de guerre, pour lesquels la détention n'est pas considérée comme une sanction mais comme un moyen de leur interdire de continuer à combattre. Ce qui induit un statut très protecteur et l'obligation de les libérer et de les rapatrier dès la fin des hostilités.

Formellement, la notion de combattant ne s'applique qu'en cas de conflit armé international et que pour les seuls membres des forces armées régulières d'un Etat, identifiables par leur uniforme et, par extension, aux membres des milices, corps de volontaires, mouvements de résistance organisés arborant un signe distinctif fixe reconnaissable à distance et portant ouvertement les armes. Les civils qui prennent les armes pour résister aux forces d'invasion n'ont pas droit au statut de combattant et aux avantages afférents, notamment en cas de capture. Ils pourront toujours invoquer les dispositions protectrices de la Quatrième Convention de Genève, en tant que personnes civiles tombées au pouvoir de l'ennemi[19], mais ne sauraient bénéficier du statut de prisonnier de guerre et pourront être poursuivis pour les actes d'hostilité commis à l'égard des combattants ennemis. Sauf si peut être opposée la réunion des conditions permettant d'invoquer une levée en masse au sens de l'article 4, (A), 6 de la Troisième Convention de Genève, qui accorde le statut de combattant et de prisonnier de guerre à « la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre »[20].

[19] CG IV, art. 41-46 et 79-135.

[20] Article 4 - Prisonniers de guerre – A) Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : […] 4) les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Si les experts de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) ont pu considérer que l'appel des autorités ukrainiennes à trouver des armes et à fabriquer des cocktails Molotov avait enlevé le caractère spontané de la réaction des civils ukrainiens[21], on peut leur opposer l'interprétation plus nuancée réalisée dans le cadre du commentaire actualisé de la Troisième Convention qui considère les conditions réunies lorsque les civils n'ont pas eu le temps de former des unités armées régulières et n'ont pas été organisés à l'avance par des organes de l'Etat envahi[22]. Interprétation qui permet de considérer que les civils ukrainiens capturés pour avoir opposé une résistance à l'envahisseur russe devraient bien être considérés comme des prisonniers de guerre et se voir reconnaître le bénéfice de la Troisième Convention de Genève.

Un instrument, dont certaines dispositions adoptées en réaction aux atteintes commises durant la Seconde Guerre mondiale peuvent sans doute apparaître comme quelque peu dépassées, mais qui vient de démontrer à l'occasion du conflit en Ukraine que, loin d'être obsolète, il s'avérait au contraire et pour les plus importants de ses articles encore pleinement opérant et ouvert à une interprétation dynamique. Les accusations d'actes de torture, de traitements inhumains ou dégradants et d'exécutions extrajudiciaires contre des prisonniers de guerre des deux bords[23], ainsi que l'attaque délibérée contre un lieu de détention[24] ont rappelé tout l'intérêt que présentait cet instrument pour garantir un minimum de protection à des individus qui, mis hors de combat, ne devraient plus avoir à subir la rigueur des hostilités. C'est cependant une disposition de second ordre, l'article 13 visant à protéger ces derniers contre les intimidations, les insultes et la curiosité publique qui a démontré l'adaptabilité de cette Convention, au-delà d'en avoir rappelé l'existence aux médias internationaux.

Le 24 février 2022 en effet, le porte-parole du ministère ukrainien des Affaires étrangères, Oleg Nikolenko, publiait sur le réseau social Twitter des photos de deux prisonniers de guerre russes. Quelques jours plus tard, les médias se faisaient écho de la mise en ligne par les autorités ukrainiennes d'un site Internet, 200rf.com,

armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé ; […] ».

[21] OSCE, Office for Democratic institutions and Human Rights, *Report on Violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022*, ODIHR.GAL/26/ 22/Rev.1, april 13 2022, pp. 34-35 : https://www.osce.org/ files/f/documents/f/a/515868.pdf.

[22] CICR, *Commentaire actualisé de la Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 2020, § 1066. Voy. E. DAVID, V. KOUTROULIS et O. VANDENBOSSCHE, « Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire », *Journal des tribunaux*, n° 6918, 26 novembre 2022, pp. 721-722.

[23] https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-l-onu-alerte-sur-de-nombreux-cas-de-torture-de-prisonniers-de-guerre-dans-les-deux-camps_5478459.html

[24] Une cinquantaine de prisonniers de guerre ukrainiens capturés lors de la chute du complexe industriel d'Azovstal auraient été tués le 29 juillet 2022 dans le bombardement de la prison d'Olenivka, contrôlée par les forces russes, qui ont accusé l'Ukraine d'avoir voulu se débarrasser de « nazis » compromettants. https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/guerre-en-ukraine-ce-que-l-on-sait-du-bombardement-de-la-prison-d-olenivka-dans-la-region-de-donetsk_5284999.html.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

officiellement conçu dans une perspective humanitaire et présenté comme destiné à permettre aux proches de militaires russes tombés au combat ou présumés décédés de connaître leur sort[25]. Comportant des informations sur ces combattants, telles que des documents militaires et des photos de passeports, mais également des vidéos de soldats russes capturés, ce site était en fait constitutif d'une violation de l'article 13 de la Troisième Convention de Genève disposant que : « Les prisonniers de guerre doivent être protégés en tout temps, notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique ». Cette dernière protection pouvant se définir par l'interdiction de la divulgation d'images photographiques et vidéos, d'enregistrements d'interrogatoires ou de conversations, ainsi que de toute autre donnée privée, quel que soit le canal de communication public utilisé[26], y compris donc un site internet ou un réseau social de type « Twitter » qui l'un comme l'autre, pourtant, n'existaient pas en 1949.

On pourra certes opposer que la divulgation de ces images partait d'un bon sentiment et avait peut-être pour finalité d'effectivement rassurer les familles, mais elle s'inscrivait aussi nécessairement dans une forme de propagande pouvant desservir le combattant capturé lors de son retour en Russie, comme tendrait à le prouver d'ailleurs la sorte de parade qui aurait été ultérieurement organisée par les autorités ukrainiennes au détriment de dix jeunes soldats russes, forcés à se repentir de leurs actes devant micros et caméras[27] et dont les enregistrements auraient ensuite été diffusés sur un canal Telegram intitulé « Find your own »[28].

C'est du reste dans cette perspective que la Troisième Convention a prévu des mécanismes pour permettre le recensement et l'identification des prisonniers, afin d'éviter toute velléité d'exécution extrajudiciaire ou de disparition forcée, à l'instar des cartes de capture[29] et des visites du CICR[30]. Cette dernière mission a jusqu'à présent été largement entravée, notamment par les autorités russes qui s'opposent aux visites de plusieurs prisons[31]. Le CICR a en revanche créé à Genève un Bureau de son Agence centrale de recherches pour le conflit armé international entre la Fédération de Russie et l'Ukraine[32], pour la troisième fois de son histoire, après ceux créés à l'occasion de chaque guerre mondiale. Une perspective qui donne une idée de l'ampleur qu'est en train de prendre le conflit

[25] https://www.quidjustitiae.ca/fr/blogue/Conflit_Ukraine.
[26] CICR, *Commentaire actualisé de la Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 2020, § 1624.
[27] https://www.news.com.au/world/europe/ukraine-parades-captured-russian-soldiers-in-videos-posted-online/news-story/0588798423e508c711773862edc62d5f.
[28] https://www.quidjustitiae.ca/fr/blogue/Conflit_Ukraine_IV.
[29] CG III, art. 70.
[30] CG III, art. 125 et 126.
[31] Frederic Koller, « Le CICR et ses devoirs en Ukraine », *Le Temps*, 19, octobre 2022 : https://www.letemps.ch/opinions/cicr-devoirs-ukraine. Des visites continuent toutefois d'être organisées : https://www.lefigaro.fr/international/ukraine-le-cicr-a-eu-un-acces-recent-a-des-prisonniers-de-guerre-ukrainiens-et-russes-20221208.
[32] https://www.icrc.org/fr/document/bureau-agence-centrale-recherches-cicr-pour-le-conflit-arme-international-en-ukraine.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

russo-ukrainien. De nombreux échanges de prisonniers ont enfin eu lieu entre les deux camps en présence, sans que les services du CICR soient pour autant mobilisés[33].

Au titre du « droit de Genève », l'adaptabilité du droit international humanitaire s'est également manifestée en matière de droit de l'occupation militaire qui demeure, on l'a vu, l'autre grande branche spécifique au droit des conflits armés internationaux. Les situations d'occupation militaire sont encadrées par la Quatrième Convention de Genève dont le champ d'application couvre toute personne qui n'est pas protégée par les trois autres conventions, à condition cependant que ces personnes civiles ne puissent se prévaloir de la nationalité de la partie au conflit au pouvoir de laquelle elles se trouvent[34]. Disposition compréhensible dans le cadre d'un conflit interétatique traditionnel, l'article 4 de la Quatrième Convention de Genève devient bien plus problématique dans l'hypothèse d'un conflit complexe du type de celui se déroulant sur le territoire de l'Ukraine et pourrait conduire à des mesures en totale contradiction avec l'objet premier du droit international humanitaire, qui reste de protéger les personnes affectées par les hostilités. Comment en effet traiter les civils pro-russes de nationalité ukrainienne et tombés au pouvoir de l'Ukraine lors de la reprise de zones préalablement conquises par les forces russes ? Une interprétation dynamique de la Quatrième Convention de Genève a permis au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de conclure que la lettre du premier paragraphe de l'article 4 ne pouvait avoir pour effet que les Serbes de nationalité bosniaque tombés aux mains de la Bosnie ne soient pas considérés comme des personnes protégées par la Quatrième Convention en dépit du fait qu'ils étaient ressortissants de la Bosnie[35]. Combinée à la théorie de l'occupation indirecte[36], cette logique développée à l'occasion du conflit en ex-Yougoslavie permet de considérer que « les ressortissants ukrainiens faisant partie du groupe ethnique et linguistique russe qui se seraient retrouvés du côté de la Russie dans le cadre des hostilités éclatées en février 2022 et qui tomberaient au pouvoir des forces armées ukrainiennes devraient bénéficier de la protection de la quatrième Convention de Genève »[37].

[33] https://www.bfmtv.com/international/europe/ukraine/guerre-en-ukraine-nouvel-echange-de-prisonniers-entre-kiev-et-moscou-222-hommes-liberes_AN-202301010204.html
[34] CG IV, art. 4, § 1.
[35] TPIY, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et al*, jugement, §§ 245-266.
[36] CICR, *Commentaire actualisé de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, article 2, § 329 : « un Etat pourrait être considéré comme une Puissance occupante lorsqu'il exerce un contrôle global sur les autorités locales *de facto* ou sur d'autres groupes locaux organisés qui exercent eux-mêmes un contrôle effectif sur tout ou partie d'un territoire ».
[37] Voir E. DAVID, V. KOUTROULIS et O. VANDENBOSSCHE, « Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire », *op.cit.*, p. 722.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

B. Droit de La Haye

Comme le droit de Genève, le « droit de La Haye » a lui aussi su démontrer ses capacités d'adaptation. Là encore et pour les méthodes et moyens de guerre les plus innovants, aucun vide juridique n'a pu être constaté. Le fait est que les forces russes n'ont pas fondamentalement modifié leurs conceptions stratégiques depuis la Seconde Guerre mondiale. Elles continuent de privilégier la puissance de feu de leur artillerie, pour envoyer ensuite plusieurs vagues de fantassins sur un front très large, en espérant faire progressivement céder les lignes de défense de l'ennemi. De ce point de vue, le conflit en Ukraine apparait comme une guerre de positions des plus classiques avec un front stable et des offensives récurrentes mais limitées et mobilisant des moyens de guerre conventionnels, si ce n'est que l'on a pu constater des innovations dans les vecteurs utilisés pour délivrer un armement. En sus des traditionnels canons et lance-roquettes, aux performances améliorées, les deux camps en présence ont employé diverses catégories de drones, tandis que les forces russes ont pratiqué plusieurs frappes à l'aide d'armes à sous-munitions, de missiles hypersoniques et de bombes thermobariques.

Aucune de ces armes, à l'exception des armes à sous-munitions, n'est en elle-même interdite par le droit international humanitaire et, s'agissant plus spécifiquement des armes à sous-munitions, ni l'Ukraine ni la Russie ne sont parties à la Convention de Dublin-Oslo[38]. Vont cependant s'appliquer, dans l'hypothèse d'utilisation de telles armes, les préceptes de la clause de Martens, combinés aux dispositions de l'article 36 du Premier Protocole additionnel et qui imposent à tout belligérant, pour la première, de rester « sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique »[39] et, pour le second, d'apprécier avant toute utilisation d'une arme nouvelle « si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable […] »[40]. Il s'agira donc pour les parties à un conflit d'apprécier avant chaque emploi d'une arme nouvelle ou dont l'utilisation n'est pas interdite par le droit des conflits armés si seront bien respectés les principes d'humanité, de

[38] Convention sur les armes à sous-munitions adoptée le 30 mai 2008 à Dublin et entrée en vigueur le 1er août 2010. 110 Etats parties à ce jour.

[39] Préambule de la Convention (II) de La Haye du 29 juillet 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre : « En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

[40] Article 36 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève (8 juin 1977) - Armes nouvelles : « Dans l'étude, la mise au point, l'acquisition ou l'adoption d'une nouvelle arme, de nouveaux moyens ou d'une nouvelle méthode de guerre, une Haute Partie contractante a l'obligation de déterminer si l'emploi en serait interdit, dans certaines circonstances ou en toutes circonstances, par les dispositions du présent Protocole ou par toute autre règle du droit international applicable à cette Haute Partie contractante ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

distinction et de proportionnalité. Le principe d'humanité[41] est celui qui a été le premier invoqué pour interdire les premières armes qui l'ont été à la suite de la Conférence de Saint-Pétersbourg, à l'instar des balles explosives[42] puis des balles « Dum-Dum »[43]. Il implique en effet que les armes de nature à provoquer des maux superflus (souffrances inutiles, traumatismes excessifs) ne doivent pas être utilisées, même si elles n'ont pas été formellement interdites, ou doivent rester d'un emploi limité à certaines circonstances, notamment pour n'emporter des effets qu'à l'encontre des objectifs militaires, conformément au principe de distinction. Ce dernier, dit aussi de discrimination[44], postule que les personnes et biens protégés ne doivent pas faire l'objet d'attaques directes. Il interdit d'employer des armes ou des systèmes d'armes qui ne permettent pas de distinguer entre combattants et civils ainsi qu'entre objectifs militaires et biens de caractère civil. Il est complété par le principe de proportionnalité[45] qui impose que lorsqu'un objectif militaire est attaqué, les civils et les biens de caractère civil doivent dans toute la mesure du possible être protégés contre tout dommage incident ou collatéral. L'application du principe de proportionnalité n'exclut donc pas que des dommages collatéraux puissent être subis par la population civile ou des biens civils, à condition que les dommages collatéraux ne soient pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. Autrement dit, les effets prévisibles de l'arme utilisée doivent être proportionnés par rapport aux effets militaires recherchés.

C'est principalement au regard de la combinaison de ces deux derniers principes qu'il semble compliqué d'utiliser des armes à sous-munitions ou des bombes thermobariques autrement que sur un champ de bataille déserté par les populations civiles. Même en acceptant de mettre de côté le principe d'humanité, il apparaît peu probable que les principes de distinction et de proportionnalité puissent être respectés dans le cas d'un usage de ces systèmes d'armes en milieu urbain, pour atteindre des objectifs militaires intégrés au sein de fortes concentrations de civils. Tel n'est plus le cas s'agissant des drones, y compris lorsqu'il s'agit de drones armés, dès lors du moins qu'ils demeurent soumis à un contrôle humain significatif. En l'état actuel du développement technologique, tant que le drone reste téléguidé par un opérateur, tant que demeure *a human in the loop*, cet engin s'analyse comme un système d'armes classique dont l'usage n'est pas intrinsèquement contraire au droit international humanitaire. L'opérateur en effet est responsable de ses actes et

[41] Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 ; article 11 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux ; article 4 du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux.
[42] Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, adoptée à Saint Petersbourg le 11 décembre 1868.
[43] Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 concernant l'interdiction de l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain.
[44] Règles 1 à 10 *in* J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I : Règles*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 3 à 49.
[45] Règle 14, *ibid.*, p. 62.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

doit être en mesure d'apprécier le respect des trois principes préalablement évoqués avant de délivrer son armement. Il n'est d'ailleurs pas exclu que ces principes puissent paradoxalement être mieux respectés par l'usage de drones que lors d'un affrontement direct entre combattants[46]. On regrettera toutefois que tel n'ait apparemment pas été le cas en Ukraine, où des drones ont été utilisés par les forces russes pour volontairement cibler et détruire des infrastructures civiles ou abritant des populations civiles.

Loin d'affaiblir le corpus, ces violations tendent au contraire à en affirmer l'utilité. Elles viennent surtout démontrer que le droit des conflits armés s'adapte constamment et que des principes définis il y plus d'un siècle et demi continuent à produire des effets en garantissant une protection des individus affectés par le conflit et un encadrement de la conduite des hostilités. Certaines dispositions plus contemporaines semblent au contraire avoir définitivement perdu toute pertinence. Il en va ainsi de l'institution de la puissance protectrice « Mandat de Genève », qui a une nouvelle fois démontré son obsolescence[47]. Cette fonction centrale dans les Conventions de Genève n'a jamais été remplie que par le CICR[48], tandis que la puissance protectrice fondée sur les Conventions de Vienne relatives aux relations diplomatiques et consulaires a confirmé sa pertinence en même temps que l'incompatibilité de l'exigence d'un consensus avec la perspective conflictuelle animant logiquement les belligérants[49]. L'on peut considérer également qu'à l'heure du développement des sociétés militaires privées et des évolutions qu'elles connaissent dans leurs formes comme dans leurs liens avec les Etats pour le compte desquels elles agissent, la notion de mercenaire telle que pensée et encadrée par la Convention de New York du 4 décembre 1989[50] n'a plus véritablement de sens. Les difficultés rencontrées afin de déterminer un statut précis tant pour les volontaires étrangers de la Légion internationale ukrainienne[51] que pour les employés de la Société Wagner ont d'ailleurs eu pour effet de brouiller les repères sur les sanctions applicables à ceux de leurs membres suspectés d'avoir commis de graves violations du droit international humanitaire. Autant d'incertitudes qui n'ont pas manqué d'être instrumentalisées par les différentes parties en présence.

[46] Sur ce point, voy. Ph. LAGRANGE, « Drones militaires en opérations et responsabilité internationale » in EDDAZI Fouad (Dir.), *Le droit à l'épreuve des drones militaires*, LGDJ, Paris, 2019, pp. 306-307.
[47] CG I, II et III, art.8 et CG IV, art. 9.
[48] Conformément à l'article 10 commun aux Conventions I, II et II et à l'article 11 de la Convention IV.
[49] Le 10 août 2022, l'Ukraine a officiellement sollicité la Suisse pour qu'elle la représente diplomatiquement auprès de la Fédération de la Russie. Proposition refusée par Moscou le lendemain au motif que Berne avait « *perdu son statut neutre* » en s'associant aux sanctions adoptées par l'Union européenne à l'encontre de la Fédération de Russie pour son offensive militaire contre l'Ukraine : https://www.lefigaro.fr/flash-actu/moscou-refuse-que-l-ukraine-soit-representee-en-russie-par-la-suisse-20220811.
[50] Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des militaires, adoptée à New York le 4 décembre 1898 et entrée en vigueur le 20 octobre 2001. 37 Etats parties à ce jour.
[51] Voy. E. DAVID, V. KOUTROULIS et O. VANDENBOSSCHE, « Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire », *op. cit.*, pp. 723-725.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

III. INSTRUMENTALISATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Une des particularités de la règle juridique est d'être appliquée par des sujets de droit qui, parce qu'ils sont sujets de droit, sont dotés du pouvoir de choisir d'en écarter l'application même s'il leur est interdit de le faire. Sans doute certaines conséquences politiques et juridiques en découleront, mais la possibilité de la violation de la règle est inhérente à l'existence même de celle-ci. Le droit international humanitaire n'échappe pas à cette particularité, ce d'autant plus que ses sujets sont à la fois des individus et des Etats. L'on sait du reste que l'on ne parviendra jamais à empêcher des comportements individuels déviants imputables à des individus mentalement dérangés, naturellement ou par le jeu des événements traumatiques auxquels ils ont été confrontés. L'objet du droit international humanitaire n'est pas et ne sera jamais d'éradiquer ces agissements. Ce que vise en revanche à éviter le droit international humanitaire, ce sont les manquements collectifs, les violations systématiques et coordonnées, conséquences d'une politique pensée et réfléchie au plus haut niveau du commandement et plus encore de l'Etat.

Or, même en faisant preuve de la plus extrême prudence quant à la réalité et l'ampleur des manquements rapportés, force est d'admettre que le conflit russo-ukrainien offre une nouvelle illustration particulièrement accablante de l'ineffectivité de cette branche du droit, qui plus est en ses principales dispositions. Chaque conflit apporte son lot de violations du droit des conflits armés, constitutives ou non de crimes de guerre voire de crimes contre l'humanité. L'originalité du conflit russo-ukrainien ne réside pas tant dans cette malheureuse récurrence que dans l'exploitation qui a pu en être faite par les parties en présence et qui doit être reliée aux origines du conflit et à l'illicéité de l'offensive russe. Autant les autorités ukrainiennes ont pu légitimement exploiter la présomption d'acteur respectueux du droit international qui jouait en leur faveur, autant celles de la Fédération de Russie n'ont pas systématiquement cherché à masquer leurs manquements mais les ont au contraire très souvent revendiqués et ont joué de l'outrance des propos ou des actes à un point qui interroge sur leurs réelles intentions ; jusqu'à envisager une volonté affirmée d'afficher une logique de rupture avec l'ordre international existant, tant s'agissant du *jus ad bellum* que du *jus in bello*.

A. Instrumentalisation par l'Ukraine

Affectée par une agression manifeste, l'Ukraine a su exploiter son statut de victime pour mettre en avant sa volonté d'un respect vertueux du droit international humanitaire, allant aussi jusqu'à exploiter cette image pour remettre en cause le principe de l'égalité des belligérants. La communication, avec son lot de tentatives d'intoxication et de propagande, fait partie des passages obligés d'un conflit armé et l'Ukraine, notamment par l'intermédiaire du Président Volodymyr Zelensky, a particulièrement bien réussi à exploiter les outils modernes pour proposer une communication de guerre à la fois maitrisée et efficace.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Si l'on met de côté le loupé initial du site internet sur l'identification et la situation des prisonniers de guerre et des soldats russes morts au combat, le procès du premier militaire russe jugé pour crime de guerre aura transmis aux médias internationaux l'image d'un Etat confronté à l'horreur et demeurant pourtant respectueux du droit international. Poursuivi pour avoir ouvert le feu sur un civil de 62 ans circulant à bicyclette (et apparemment témoin gênant d'un vol de voiture), le jeune Vadim Chichimarine a pu bénéficier d'un procès médiatisé mais conforme aux exigences du droit international humanitaire en termes de garanties judiciaires et de respect des droits de la défense. Condamné dans un premier temps à la prison à perpétuité, alors même qu'il avait plaidé coupable, collaboré avec les enquêteurs et agi sur ordre, sa peine a fort logiquement été ramenée à quinze ans de prison en appel[52]. L'ensemble traduisant un bon fonctionnement de la justice ukrainienne, conforme à l'esprit du droit international humanitaire et à l'obligation de « respecter et faire respecter », traduite dans son volet répressif qui vise à sanctionner les violations les plus graves de ce corpus juridique.

La communication a également été particulièrement bien menée à propos de la situation des centrales nucléaires ukrainiennes de Tchernobyl et plus encore de Zaporijjia. Alors que la responsabilité de ce qui aurait pu se traduire par un accident nucléaire majeur – les tirs et bombardements répétés aux abords de cette dernière centrale – relève très certainement, conformément au droit applicable aux installations contenant des forces dangereuses, des deux parties en présence qui, pour l'une, n'avait à cibler ni la centrale ni ses abords et, pour l'autre, ne devait pas positionner des moyens militaires sur le site ou à proximité[53], c'est à l'évidence la Fédération de Russie qui, notamment parce qu'elle était l'agresseur, est apparue aux yeux de la société internationale comme la seule et unique responsable de cette situation.

Logique et dans l'ensemble plutôt bien exploitée, cette victimisation de l'Ukraine a néanmoins parfois conduit ses plus hautes autorités à remettre en cause des principes fondamentaux du droit des conflits armés. Tel a été le cas avec

[52] https://www.francetvinfo.fr/monde/europe/manifestations-en-ukraine/en-ukraine-la-peine-a-perpetuite-du-premier-soldat-russe-condamne-pour-crime-de-guerre-est-reduite-a-15-ans-de-prison_5283625.html

[53] Premier Protocole additionnel, Article 56 - Protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses : « 1. Les ouvrages d'art ou installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production, d'énergie électrique ne seront pas l'objet d'attaques, même s'ils constituent des objectifs militaires, lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de ces forces et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile. Les autres objectifs militaires situés sur ces ouvrages ou installations ou à proximité ne doivent pas être l'objet d'attaques lorsque de telles attaques peuvent provoquer la libération de forces dangereuses et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile. […] 5. Les Parties au conflit s'efforceront de ne pas placer d'objectifs militaires à proximité des ouvrages ou installations mentionnés au paragraphe 1. Néanmoins, les installations établies à seule fin de défendre les ouvrages ou installations protégés contre les attaques sont autorisées et ne doivent pas être elles-mêmes l'objet d'attaques, à condition qu'elles ne soient pas utilisées dans les hostilités, sauf pour les actions défensives nécessaires afin de répondre aux attaques contre les ouvrages ou installations protégés et que leur armement soit limité aux armes qui ne peuvent servir qu'à repousser une action ennemie contre les ouvrages ou installations protégés […].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

la réaction du Président Zelensky à la publication en août 2022 par Amnesty International d'un communiqué faisant état de manquements commis par les forces armées ukrainiennes qui, dans dix-neuf cas documentés, « avaient établi des bases et utilisé des systèmes d'armement dans des zones résidentielles habitées, notamment des écoles et des hôpitaux »[54]. Ce dernier s'est en effet d'emblée placé sur le terrain politique et non juridique, alors qu'il disposait de dispositions du droit international humanitaire plaidant en faveur des forces ukrainiennes. En déclarant que « si quelqu'un rédige un rapport dans lequel la victime et l'agresseur sont, d'une certaine manière, mis sur un pied d'égalité, si certaines données sur la victime sont analysées et que les actions de l'agresseur sont ignorées, cela ne peut être toléré »[55], le Président Zelensky cherchait en fait à justifier des violations du droit des conflits armés en se référant aux causes de la guerre, remettant en question par là-même et la séparabilité du *jus ad bellum* et du *jus in bello* et le principe de l'égalité des belligérants. Or en l'espèce, si les accusations portées par Amnesty pouvaient apparaître pour partie fondées, l'attitude des forces ukrainiennes devait également pouvoir être pour partie justifiée au regard de l'article 58 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève qui précise que : « Dans toute la mesure de ce qui est pratiquement possible, les Parties au conflit : a) s'efforceront […] d'éloigner du voisinage des objectifs militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ; b) éviteront de placer des objectifs militaires à l'intérieur ou à proximité des zones fortement peuplées ; c) prendront les autres précautions nécessaires pour protéger contre les dangers résultant des opérations militaires la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil soumis à leur autorité ». Dans le contexte spécifique du conflit en Ukraine tel qu'envisagé à ses débuts et constitutif d'une offensive terrestre en milieu urbain, il était en effet « pratiquement » impossible pour l'armée ukrainienne de résister sans exploiter les particularités du terrain et sans établir des lignes de défense au sein d'infrastructures civiles[56].

Plus percutant apparaissait cependant un argumentaire fondé sur la dialectique agresseur-agressé et arguant de la justesse de la résistance ukrainienne au-delà même des méthodes et moyens de guerre autorisés par le droit des conflits armés, particulièrement face à un adversaire donnant, lui, l'impression de faire du non-respect de ce corpus juridique un argument de propagande.

[54] Amnesty International, Communiqué de presse, 4 août 2022 « Ukraine : les tactiques de combats ukrainiennes mettent en danger la population civile » : https:// www.amnesty.be/infos/actualites/ukraine-danger-population-civile.
[55] « Volodymyr Zelensky fustige le dernier rapport d'Amnesty International », *Euronews* avec *AFP*, 5 août 2022 : https://fr.eu- ronews.com/2022/08/05/volodymyr-zelensky-fustige-le-dernier-rapport-damnesty-international.
[56] En ce sens, voy. J. GRIGNON, « Cause juste et respect du droit international humanitaire : à propos du "rapport" d'Amnesty International », *Le Rubicon*, 15 août 2022 : https://lerubi- con.org/publication/cause-juste-et- respect-du-droit-international-humanitaire-a-propos-du-rapport- damnesty-international-2/.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

B. Instrumentalisation par la Russie

Dans la plupart des cas de manquements imputés aux forces russes, la Fédération de Russie a bien évidemment réagi en en contestant la réalité ou en rejetant la responsabilité de ces violations sur l'adversaire. Il est cependant des éléments qui tendraient à démontrer que la Fédération de Russie développe une stratégie qui, après celle visant à remettre en cause les fondements mêmes du *jus contra bellum*, peut s'analyser comme une forme de négation des principales dispositions du *jus in bello*, voire de sa philosophie même. Une négation qui se justifierait par l'attitude du peuple ukrainien qu'il conviendrait en quelque sorte de punir pour avoir porté au pouvoir des « nazis » et défié les principaux dirigeants russes.

Même si l'ampleur et la réalité de l'ensemble des exactions restent encore à prouver, la guerre en Ukraine est le premier conflit à bénéficier d'un tel niveau de documentation et d'enquête sur les crimes qui y auront été commis. Satellites américains, enquêteurs de la Cour pénale internationale, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, de l'Organisation des Nations Unies, de l'Union européenne et de très nombreuses organisations non gouvernementales sont constamment à pied d'œuvre pour assister l'appareil judiciaire ukrainien et répertorier les violations et recueillir preuves et témoignages de ces dernières. Il en ressort d'ores et déjà que la Fédération de Russie mène en Ukraine, via ses troupes régulières, les forces des ex-républiques séparatistes et les personnels de la Société Wagner une politique de la terreur qui repose sur la trilogie « exécutions de masse, violences sexuelles et actes de torture » et qui vise à opérer une tentative de déshumanisation de l'adversaire.

Cette logique se retrouve dans les bombardements récurrents des infrastructures énergétiques qui suivent chaque avancée politique de l'Ukraine, notamment lorsqu'elle se traduit par une promesse d'assistance accrue de la part de ses soutiens occidentaux[57]. Cette logique semble aussi s'exprimer par une forme d'instrumentalisation du droit international humanitaire dont certaines violations sont non seulement assumées mais encore revendiquées.

Le premier exemple se trouve dans les propos insultants tenus par un député russe, Leonid Slutski, devant la Douma et qualifiant les prisonniers de guerre ukrainiens de « non-humains » et d'« animaux ». Dans son discours, le député précisait que ces prisonniers « ne méritaient pas de vivre » mais suggérait tout de même de les échanger contre « un nombre suffisamment important de prisonniers de guerre [russes] »[58]. Propos non réfléchis d'un nationaliste incontrôlable ? Peut-être, mais néanmoins tenus au sein du Parlement de la Fédération de Russie et volontairement diffusés par les autorités russes.

[57] Voy. E. DAVID, V. KOUTROULIS et O. VANDENBOSSCHE, « Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire », *op. cit.*, pp. 718-719.
[58] https://www.20minutes.fr/monde/3293399-20220519-guerre-ukraine-prisonniers-meritent-vivre-selon-depute-russe-dit-convention-geneve.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

L'épisode de Boutcha[59] s'avère également édifiant, non seulement en tant qu'il s'est traduit par la violation d'un des principes fondamentaux du droit international humanitaire, celui de distinction entre combattants et non-combattants, mais encore parce que les victimes de ces crimes de guerre semblent avoir été exécutées ou torturées en raison de leur seule nationalité ukrainienne, un des critères du génocide au sens de la Convention de 1948 sur prévention et la répression du crime de génocide[60]. Surtout, après avoir mollement contesté leur responsabilité dans la commission de ces actes accablants, les dirigeants russes n'ont pas hésité, par l'intermédiaire du Président Poutine, à pousser le cynisme jusqu'à décerner un titre honorifique à la 64e Brigade de fusiliers motorisés, accusée par l'Ukraine d'avoir participé aux exactions, au motif que : « Les actions habiles et décisives de tout le personnel [de cette brigade] lors de l'opération militaire spéciale en Ukraine [étaient] un modèle d'exécution du devoir militaire, de courage, de détermination et de grand professionnalisme »[61]. « Respecter et faire respecter » prône l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève[62]. Ce qui implique, pour chaque Etat partie, d'introduire ses obligations conventionnelles dans sa législation nationale, de traduire en justice ceux qui commettent des infractions graves à cette branche du droit et d'assurer la formation de ses militaires. L'on sait que l'armée russe a toujours été maintenue dans une logique de violence et a développé des conceptions particulières des grands principes humanitaires, notamment s'agissant de celui de proportionnalité. Il n'en demeure pas moins qu'il existe un monde entre entretenir une instruction et un système de sanctions disciplinaires défaillants et le fait de décorer des militaires présumés coupables de graves crimes de guerre.

Plus grave reste sans doute la communication opérée autour des déplacements forcés de civils et notamment d'enfants qui auraient été enlevés à leurs parents ukrainiens pour être ensuite confiés à des familles d'accueil résidant sur le territoire de la Fédération de Russie. Selon une étude de l'université de Yale (Connecticut) et du programme Conflict Observatory[63], chargé de documenter et de publier les preuves des crimes de guerre russes en Ukraine, le pouvoir russe détiendrait à ce jour au moins 6000 enfants dans des camps installés en Russie ou en Crimée. Cette déportation au sens du droit des conflits armés s'inscrirait dans un programme de Moscou visant à « russifier » les zones occupées. Les enfants, âgés de 4 mois à 17 ans, seraient « rééduqués » dans le cadre de « programmes

[59] Voy. E. DAVID, V. KOUTROULIS et O. VANDENBOSSCHE, « Les hostilités entre la Russie et l'Ukraine au regard du droit international humanitaire », *op. cit.*, pp. 717-718.
[60] Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée à Paris le 9 décembre 1948 et entrée en vigueur le 12 janvier 1951. 153 Etats parties à ce jour.
[61] https://www.lepoint.fr/monde/massacre-de-boutcha-poutine-recompense-les-soldats-mis-en-cause-par-kiev-18-04-2022-2472525_24.php
[62] « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ».
[63] https://www.lepoint.fr/monde/au-moins-6-000-enfants-ukrainiens-detenus-en-russie-devoile-un-rapport-15-02-2023-2508832_24.php#11

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'intégration » avant d'être proposés à l'adoption auprès de familles russes. Contraire au droit international humanitaire, qui interdit la déportation ou le transfert forcé de la totalité ou d'une partie de la population civile, quel qu'en soit le motif, sauf si la sécurité des civils ou des impératifs militaires l'exigent[64], cette pratique serait de surcroît instrumentalisée par le pouvoir russe qui, loin de cacher ces transferts d'enfants, s'en servirait à des fins de propagande via la très médiatique Maria Lvova-Belova, Commissaire russe aux Droits de l'enfant et chef d'orchestre de cet énième crime de guerre commis dans le cadre du conflit russo-ukrainien.

Bien évidemment et comme le souligne Julia Grignon, « le respect du droit est silencieux. Alors que les images de ce qui constitue de manière évidente des crimes affluent, aucun média ne fera jamais la liste de tous les comportements respectueux du droit international humanitaire »[65]. Il n'en demeure pas moins que l'ampleur des violations commises en Ukraine interpelle et que l'ineffectivité du droit international humanitaire doit une nouvelle fois interroger les juristes. Reconnaître les échecs du droit international humanitaire ne consiste nullement à prouver que celui-ci ne servirait à rien. Tout au contraire, montrer certaines failles, certaines limites du droit, c'est expliquer la différence entre le souhaitable et le possible. La conséquence, c'est le constat de ce qui peut être mis en œuvre pour que soit réduite la distance entre ce qui devrait être et ce qui existe réellement. S'agissant du conflit en Ukraine, seule la sanction systématique des plus graves des violations pourra faire progresser le droit. Admettre l'impunité, quelle qu'en soit la forme ou la portée, emporterait des effets catastrophiques et reviendrait à remettre durablement et profondément en cause l'intelligence même du corpus et de ce qui le fonde : le respect en tout lieu et en toute circonstance de la dignité humaine.

RÉSUMÉ

Si l'effectivité du droit international humanitaire ne saurait se résumer au nombre de violations de ses dispositions qui peuvent être constatées dans le cadre d'un conflit armé donné, tant ce corpus juridique a toujours fait l'objet de manquements, quelles que soient les parties ou la nature du conflit, la guerre entre la Russie et l'Ukraine interroge néanmoins par sa violence et par l'ampleur des exactions commises, avérées ou supposées. Parties à un conflit armé international, la Fédération de Russie et l'Ukraine auraient normalement dû respecter la totalité des dispositions du droit international humanitaire, pensé et défini pour ce genre de situation et par des Etats s'étant engagés en ce sens. Tel n'aura pas été le cas. En même temps et paradoxalement, ce conflit aura permis de réaffirmer l'importance qu'un tel corpus juridique existe, son applicabilité à la plupart des situations conflictuelles, mais aussi son adaptabilité et sa capacité à appréhender

[64] L'interdiction de la déportation ou du transfert de civils est inscrite à l'article 49 de la *Quatrième Convention de Genève*. Cette règle constitue en outre une règle de droit international humanitaire coutumier (Règle 129 de l'Etude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier).

[65] J. GRIGNON, « Le droit international face à la guerre en Ukraine », La vie des idées, 18 avril 2022, p. 4.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

quelque événement que ce soit. La violation d'un trop grand nombre de ses dispositions, y compris les plus essentielles, ne devrait dès lors par se réduire à un constat d'ineffectivité ou d'échec, mais plus sûrement confirmer le principe même de sa pertinence et de la nécessité d'encore et toujours le développer.

ABSTRACT

If the effectiveness of international humanitarian law cannot be reduced to the number of violations of its provisions that can be observed in the context of a given armed conflict, as this body of law has always been the subject of breaches, whatever the parties or the nature of the conflict, the war between Russia and Ukraine nevertheless raises questions by its violence and by the scale of the abuses committed, proven or supposed. Parties to an international armed conflict, the Russian Federation and Ukraine should normally have respected all the provisions of international humanitarian law, designed and defined for this type of situation and by States having committed themselves in this direction. Such would not have been the case. At the same time and paradoxically, this conflict will have made it possible to reaffirm the importance that such a legal corpus exists, its applicability to most conflict situations, but also its adaptability and its capacity to apprehend any event whatsoever. The violation of too many of its provisions, including the most essential ones, should therefore not be reduced to a finding of ineffectiveness or failure, but more surely confirm the very principle of its relevance and the need to develop it again and again.

RESUMEN

Si la eficacia del derecho internacional humanitario no puede reducirse al número de violaciones de sus disposiciones que se pueden observar en el contexto de un determinado conflicto armado, ya que este cuerpo de derecho siempre ha sido objeto de violaciones, cualquiera que sea la parte o la naturaleza del conflicto, la guerra entre Rusia y Ucrania suscita sin embargo interrogantes por su violencia y por la magnitud de los abusos cometidos, probados o supuestos. Partes en un conflicto armado internacional, la Federación de Rusia y Ucrania normalmente deberían haber respetado todas las disposiciones del derecho internacional humanitario, diseñadas y definidas para este tipo de situaciones y por los Estados que se han comprometido en este sentido. Tal no habría sido el caso. Al mismo tiempo y paradójicamente, este conflicto habrá permitido reafirmar la importancia de que exista tal corpus jurídico, su aplicabilidad a la mayoría de las situaciones de conflicto, pero también su adaptabilidad y su capacidad de aprehensión de cualquier evento. La violación de demasiadas de sus disposiciones, incluidas las más esenciales, por lo tanto, no debe reducirse a una declaración de ineficacia o fracaso, sino más bien a confirmar el principio mismo de su pertinencia y la necesidad de desarrollarlo una y otra vez.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

EUROPA ET LES DAMNES DE LA GUERRE
A PROPOS DE L'ACCUEIL RESERVE AUX EXILES UKRAINIENS

Julian FERNANDEZ et Alexis MARIE

Professeurs à l'Université Paris Panthéon-Assas et à l'Université de Bordeaux[*]

Il est une règle bien connue de la conflictualité. Toute guerre, qu'elle soit internationale ou interne, engendre des déplacements massifs de population[1]. La situation en Ukraine en est une illustration supplémentaire, dans des proportions toutefois inédites. Jamais un conflit armé contemporain n'avait engendré un tel exode[2]. Une semaine après l'engagement russe dans cette « guerre de colonisation sous protection nucléaire »[3], ce sont plus de 650.000 personnes qui avaient quitté le territoire ukrainien. Un mois plus tard, elles étaient deux millions. Et un an après, plus de quinze millions. Les individus ayant ainsi fui l'Ukraine se sont principalement dirigés vers l'Europe où ils étaient près de huit millions en décembre 2022[4]. Le nombre des « réfugiés de guerre » dépasse même celui des déplacés internes qui s'élèvent pourtant à presque 7 millions, avec il est vrai un très grand nombre de déplacements « pendulaires », d'allers et retours entre les différents Etats d'accueil et l'Etat de provenance. La guerre en Ukraine provoque désormais davantage de déplacements forcés que la Syrie (6,8 millions), le Venezuela (4,6 millions) ou l'Afghanistan (2,7 millions)[5]. Un tel déracinement en si peu de temps est un triste record mondial[6]. En l'occurrence, la situation présente une double originalité qui tient tant aux types de déplacements occasionnés par la guerre en Ukraine qu'aux dispositifs mobilisés pour répondre aux besoins de protection des exilés parvenus en Europe.

---

[*] Julian Fernandez est détaché à l'université Galatasaray. Julian Fernandez et Alexis Marie portent avec Thibaut Fleury Graff le projet de recherche « RefWar » (ANR, 2019-2023) qui s'intéresse à la protection en France des « réfugiés de guerre », c'est-à-dire de celles et ceux qui sont contraints à l'exil en raison d'un conflit armé dans leur Etat de nationalité ou de résidence. Il a pour ambition de mieux comprendre l'origine des crises génératrices de ces migrations, les traumatismes subis par ces exilés de guerre, la protection à laquelle ils peuvent prétendre en France [https://www.refwar.fr/].

[1] Voir ici J. FERNANDEZ, *Exilés de guerre. La France au défi de l'asile*, Armand Colin, 2019, 192 p.

[2] Pour de premières données, voir [https://fr.statista.com/infographie/27263/crise-des-refugies-en-ukraine-comparee-aux-autres-grandes-crises-migratoires/]

[3] Selon l'expression du directeur de l'IFRI, Thomas Gomart, in *Le Monde*, 23 mai 2022.

[4] Voir UNHCR, Operational Data Portal, Ukraine Refugee Situation, [https://data.unhcr.org/].

[5] UNHCR, *Tendances mondiales. Déplacement forcé en 2021*, juin 2022, [https://www.unhcr.org/fr/apercu-statistique.html].

[6] C. WIHTOL DE WENDEN, « Réfugiés ukrainiens : la nouvelle donne », *Les dossiers du CERI*, avril 2022, [www.sciencespo.fr/ceri/fr/content/dossiersduceri/refugies-ukrainiens-la-nouvelle-donne-europeenne].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

En premier lieu, les profils de migrants et réfugiés générés par le conflit en Ukraine apparaissent d'une grande diversité. On pense d'abord aux populations ukrainiennes se trouvant maintenant en Russie. Si la situation est encore très confuse, le Haut-Commissariat pour les réfugiés des Nations Unies (HCR) considère qu'ils seraient proches des 3 millions. Mais, au-delà des chiffres, ce sont surtout les modalités de ces déplacements qui interrogent. Parmi ces personnes, certaines ont été contraintes de quitter le territoire en raison du conflit armé et sont potentiellement des réfugiés au sens de la convention de Genève de 1951 en raison de leurs affinités avec la Russie. D'autres y ont été déportées – voire maltraitées dans le cadre de filtrages – sous couvert du narratif russe de « couloirs humanitaires »[7]. Une deuxième catégorie d'exilés ne fuit pas directement les conséquences de la violence armée. C'est le cas des ressortissants ukrainiens ou russes, opposants ou objecteurs de conscience qui refusent – pour différents motifs – de prendre part au conflit. Là encore les chiffres ne sont pas connus. On sait toutefois, s'agissant des russes, que plus de 700 000 hommes auraient quitté à la hâte la Russie – principalement vers les Etats du Caucase et la Turquie – après que Vladimir Poutine a décidé de la mobilisation de 300 000 réservistes[8]. L'exil vers les Etats d'Europe occidentale s'avère évidemment plus complexe quand bien même les raisons de leur départ relèvent sans difficulté du droit d'asile. Dans un mouvement punitif quelque peu contre-intuitif, l'Union européenne a d'ailleurs choisi de suspendre l'accord de facilitation de la délivrance de visas[9]. La Lettonie, la Lituanie, la Pologne et la Finlande ont fermé leur frontière aux ressortissants russes (hors journalistes, diplomates et routiers)[10]. Si les ressortissants de l'Etat auteur de l'agression ne sont donc pas incités à trouver refuge sur le territoire des Etats qui la condamnent, ceux de l'Etat agressé sont, malgré leur nombre, très largement accueillis notamment au sein de l'Union européenne. Sur les 8 millions d'exilés d'Ukraine, ils sont presque 5 millions au sein de l'UE[11]. Le chiffre est impressionnant. Il dépasse le nombre de demandeurs d'asile afghans, syriens ou encore albanais du Kosovo au plus fort de leurs

[7] Voir, par ex., le rapport d'Amnesty International « Like a Prison Convoy. Russia's Unlawful Transfer and Abuse of Civilians in Ukraine During "Filtration" », novembre 2022, [https://www.amnesty.ch/].

[8] Voir N. BRAHIM et L. GESLIN, « L'exode des Russes, un mouvement inédit, impressionant et inattendu », *Mediapart*, 8 octobre 2022, [https://www.mediapart.fr], reprenant un chiffre estimé par l'édition russe du magazine *Forbes* ; I. PETCHENIK, « Where are flights leaving Russia Going? », *Flightradar24*, 2 septembre 2022, [https://www.flightradar24.com/blog/where-are-flights-leaving-russia-going/].

[9] Décision (UE) 2022/1500 du Conseil relative à la suspension intégrale de l'application de l'accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie, *JOUE*, 9 septembre 2022, LI 234/1.

[10] A. Fr. HIVERT, « Les touristes russes bannis de Pologne et des pays baltes », 19 septembre 2022 et « La Finlande ferme sa frontière aux Russes », 29 septembre 2022, [https://www.lemonde.fr]. Le ministre des Affaires étrangères lituanien, Gabriellus Landsbergis, a par ailleurs déclaré par un tweet du 23 septembre 2022 : « *Lithuania will not be granting asylum to those who are simply running from responsability. Russians should stay and fight. Against Putin* », declaration reprise notamment par D. DAVIES, « Wich Russians Fleeing Military Service Should be Recognised as Refugees? The Answer is More Complicated and More Interesting Than Politicians Think », 17 octobre 2022, [https://opiniojuris.org].

[11] Voir les données ici, Conseil européen, Conseil de l'Union européenne, Politique migratoire de l'UE, [https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/eu-migration-policy/refugee-inflow-from-ukraine].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

arrivées respectives[12]. Il est par ailleurs largement supérieur à ceux des précédents pics de 2015 et 2016 – où les demandeurs d'asile avaient dépassé le million – principalement en raison de l'arrivée d'exilés de guerre syriens – et où le système d'asile européen avait été déclaré « en crise » et à bout de souffle[13].

En second lieu, la réaction des Etats européens présente en l'espèce et par bien des aspects une dimension *extraordinaire*. En 2015, au cœur de l'afflux de Syriens et d'Afghans, l'Union s'était donné deux objectifs : préserver le système de Schengen en organisant l'accueil des migrants et réfugiés afin de protéger les Etats les plus exposés (Grèce, Italie) ; et – sinon surtout – contenir les flux en renforçant Frontex, l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'UE, et en externalisant les procédures par une politique volontariste auprès des Etats tiers, de provenance ou de transit[14]. Il s'agissait en quelque sorte de « fixer » les flux en Turquie, au Niger, en Libye, etc., dans une première ceinture protectrice. A l'époque, le groupe de Višegrad (Pologne, Hongrie, Slovaquie et République tchèque), parmi d'autres encore, privilégiait des mesures de repli et de refus d'accueil, se claquemurant ouvertement ou s'en tenant à une immigration soigneusement choisie pour combler l'émigration au profit de l'Europe de l'Ouest de leur propre population. Plusieurs Etats construisaient des clôtures et barrières de sécurité pour se protéger de ces arrivées. L'épisode de l'*Aquarius* en 2018 était alors révélateur de l'ampleur de la crise de solidarité de l'Union sur cette question[15]. Le hiatus entre les valeurs proclamées et les actes assumés n'avait jamais été aussi fort, de sorte que des puissances tierces y ont sans surprise vu des marges de manœuvre pour fragiliser l'Union et renforcer leurs positions. On le sait, la Turquie, qui accueille plusieurs millions de réfugiés syriens, a en ce sens obtenu des Etats européens des contreparties financières ou politiques à la maitrise des flux migratoires en cause[16].

La gestion de l'afflux des exilés d'Ukraine est aux antipodes de ce schéma. L'Union européenne a d'abord facilité l'accès aux territoires des Etats membres, puis, pour la première fois de son histoire, eu ensuite recours au mécanisme de la protection temporaire créé par une directive du 20 juillet 2001 (ci-après la

[12] En 2015, 196 170 demandes afghanes et 383 710 demandes syriennes ont été présentées aux Etats de l'UE+ (les Etats membres, la Suisse, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein), EASO, *Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, 2015, p. 9-10, [https://euaa.europa.eu/].

[13] Pour une perspective critique, voir par exemple K. AKOKA, « Crise des réfugiés, ou des politiques d'asile ? », *La vie des idées*, 31 mai 2016, [https://laviedesidees.fr/Crise-des-refugies-ou-des-politiques-d-asile.html].

[14] Voir récemment T. FLEURY GRAFF, « Tenir à distance. La politique européenne d'externalisation de l'asile », *Esprit*, 2022/12, p. 51-60.

[15] En 2018, Malte et l'Italie ont ainsi refusé à plusieurs reprises d'accueillir ces navires affrétés par SOS Méditerranée pour sauver des migrants et réfugiés perdus en mer.

[16] Voir ici « Accord UE-Turquie du 18 mars 2016 : une réponse fragile, ambigüe et partielle à la question migratoire », Rapport d'information de M. Michel Billout, fait au nom de la mission d'information, Sénat, n°38 (2016-2017), 14 octobre 2016. Le Maroc, également, même à un degré moindre, joue de la « menace migratoire » pour tenter de renforcer ses positions maritimes au large des côtes du Sahara occidental sans susciter trop de protestations de l'Espagne ou de la « communauté internationale ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

directive « protection temporaire ») afin de mieux organiser l'accueil de ces étrangers chassés par la dégradation de la situation sur place. L'ensemble a permis aux exilés provenant d'Ukraine de recevoir une protection au seul motif qu'ils appartiennent à un groupe pré-identifié sans emprunter et donc sans encombrer le parcours classique des demandeurs d'asile. Bref, à l'instar d'initiatives sans précédent prises dans d'autres champs – on songe au renvoi collectif de la situation en Ukraine à la Cour pénale internationale et à la création d'une équipe commune d'enquête[17] – l'Union s'est ici engagée dans une politique originale et proactive. Celle-ci fait indéniablement honneur au mythe des Danaïdes et au plaidoyer d'Eschyle pour accueillir ceux fuyant la persécution et la guerre. *Les suppliantes* enfin entendues ? Mais faut-il, au prix d'un double standard avec des situations précédentes, voir dans ce retournement le moment d'une nouvelle ère ou seulement l'air d'un moment ? L'affaire ne doit en réalité pas tromper. L'ensemble tient davantage aux circonstances de l'espèce qu'à une évolution plus générale de la politique européenne de l'asile. Et la condition des protégés demeure finalement assez incertaine sur le long terme.

I. L'ACTIVATION INÉDITE DE LA PROTECTION TEMPORAIRE

La protection temporaire est un dispositif exceptionnel et dérogatoire du droit commun de l'asile applicable au sein des Etats membres qui permet de conférer un asile en principe transitoire aux membres d'un groupe constitutif d'un « afflux massif ». Il s'agit, en somme, de protéger et de préserver. *Protéger* ceux, nombreux, qui se trouvent en besoin manifeste et urgent de protection à la suite d'une guerre. *Préserver* les systèmes nationaux et l'architecture européenne classique en évitant toute saturation rapide des outils ordinaires. Construit en réaction à l'afflux des ressortissants albanais du Kosovo[18], le mécanisme de la protection temporaire n'a jamais été utilisé depuis, alors que les conditions factuelles semblent pourtant avoir été à plusieurs reprises réunies[19]. Tombé en désuétude, l'abrogation du dispositif était même envisagée[20]. La situation en Ukraine a donc en quelque sorte ressuscité cet instrument qui fut l'un des premiers piliers du régime d'asile européen commun. L'activation singulière de la

[17] J. FERNANDEZ (dir.), « L'activité des juridictions pénales internationales (2020-2021) », *AFDI*, LXVII, 2021, p. 491-550. Un tel renvoi n'a pas non plus manqué d'interroger, voir par exemple K. AMBOS, « Ukraine and the Double Standards of the West », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20/4, 2022, p. 875-892.

[18] Directive 2011/55/CE du Conseil relative à des *normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil*, 20 juillet 2001, *JOUE*, 7 août 2001, L 212/12.

[19] Pour la Syrie, voir par exemple M. INELI-CIGER, « Time to Activate the Temporary Protection Directive », *European Journal of Migration and Law*, vol. 18/1, 2016, p. 1-33.

[20] Commission européenne, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile*, 23 septembre 2020, COM(2020) 613 final.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

protection temporaire en l'espèce ne peut dès lors qu'interroger. Les explications en sont plurielles et renvoient aussi à la recherche d'« autonomie stratégique » et de protection contre tout risque d'instrumentalisation politique de la situation.

A. L'accueil comme marque immédiate d'une considération spéciale ?

La « protection temporaire » s'apprécie comme une mesure administrative décidée au niveau de l'UE qui joue un peu le rôle de clause de sauvegarde des dispositifs nationaux face à l''arrivée de flots d'exilés de guerre. En pratique, la mise en œuvre du mécanisme dépend d'une décision concertée et de faits générateurs précis et relativement exigeants tels que le constat d'un « afflux massif » en provenance de « zones de conflit armé ou de violence endémique », la défaillance avérée ou potentielle des systèmes nationaux d'asile, l'impossibilité pour les personnes concernées de rentrer immédiatement dans leurs pays d'origine. Mais la décision est avant tout à la discrétion du politique. Le jeu de la directive adoptée en 2001 est conditionné par une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, et précisant les groupes de personnes auxquels la protection doit s'appliquer. Plus de vingt ans après son introduction, ce dispositif d'urgence exorbitant du droit commun n'avait donc jamais été déclenché. Souffrait-il de son absence de critère de répartition de la charge de l'accueil des personnes à protéger, ou encore de la sempiternelle crainte d'entraîner un « appel d'air » ? Peut-être manquait-il simplement une situation critique aux portes mêmes de l'Europe ? Toujours est-il que le 4 mars 2022, soit à peine une semaine après l'agression russe contre l'Ukraine, le Conseil de l'Union européenne a engagé à l'unanimité le mécanisme[21]. Avec un champ d'application personnel limité néanmoins. Seuls les ukrainiens et des étrangers protégés en Ukraine – ainsi que certains des membres de la famille de ces deux catégories de personnes[22] – bénéficient automatiquement de cette protection dès lors qu'ils résidaient effectivement sur place au 24 février 2022[23]. Les autres

[21] Les chiffres des arrivées constatées et prévues montrent en effet selon le Conseil que : « […] l'Union est susceptible d'être confrontée à une situation caractérisée par un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine qui ne sont pas en mesure de retourner vers leur pays ou région d'origine en raison de l'agression militaire russe. L'ampleur de cet afflux serait vraisemblablement telle que les régimes d'asile des Etats membres risquent manifestement de ne pas être en mesure de traiter ces arrivées sans qu'il soit porté atteinte au bon fonctionnement de ces régimes, ainsi qu'aux intérêts des personnes concernées et à ceux d'autres demandeurs d'une protection », voir Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil *constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire*, *JOUE*, 4 mars 2022, L 71/1, Préambule, paragraphe 7.

[22] Il s'agit des conjoints ou partenaires, des enfants mineurs célibataires et des parents proches à charge du bénéficiaire de la protection temporaire, Décision d'exécution, art. 2.4.

[23] La décision du Conseil prévoit le bénéfice de la protection temporaire aux étrangers qui résidaient en Ukraine sous couvert d'un titre de séjour permanent valide d'une part, et seulement s'ils ne sont « pas en mesure de rentrer dans leur pays ou leur région d'origine dans des conditions sûres et durables », d'autre part. Sauf à ce que les Etats en décident autrement, sont donc exclus de la protection temporaire, les étrangers qui résidaient en Ukraine pour un long séjour et qui n'éprouvent pas des craintes dans leur pays d'origine ainsi que ceux qui résidaient en Ukraine pour un court séjour (les étudiants étrangers notamment)

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

étrangers présents en Ukraine à cette date – on pense notamment aux étudiants – en sont exclus, ce qui n'a pas manqué de créer des différences de traitement aux postes frontaliers parmi celles et ceux qui fuient pourtant la même violence[24]. La question demeure toutefois : comment expliquer le jeu de ce mécanisme à l'égard de la situation en Ukraine au regard de son refus réitéré dans d'autres occasions, en particulier pour l'accueil des exilés syriens ou afghans ?

Le recours à la protection temporaire dans le cas de l'Ukraine tient à trois premières séries de considérations. Elles interrogent toutes l'universalisme auquel prétend l'Union[25]. On songe d'abord à la *proximité géographique* entre cette situation au cœur du continent européen (la Russie et l'Ukraine en sont d'ailleurs les deux plus vastes composantes). Plus encore que pour le Kosovo, la guerre est ainsi aux frontières de l'Union. Aucune mer, aucun Etat de transit n'est susceptible de freiner l'arrivée des exilés. Cette crise majeure dans un pays voisin de plus de 40 millions d'habitants représentait indéniablement une incitation à l'action. On pense ensuite à la *proximité historique* entre l'Ukraine et nombre d'Etats membres de l'Union. La partie la plus occidentale du pays était polonaise au début du XX^{ème} siècle, la Galicie était pour sa part une composante de l'empire austro-hongrois. Il est donc des racines communes, un héritage et parfois des liens familiaux entre les terres ukrainiennes et certaines terres de l'Union. Par ailleurs, il faut bien évoquer aussi la *proximité culturelle* entre la société ukrainienne et les sociétés du reste de l'Europe. Elles partagent nombre de références et compétitions communes – de la Ligue des champions à l'Eurovision – et un profil « caucasien » susceptible de rassurer les populations européennes. Nombre d'études ont ici montré que la menace que représenterait l'arrivée d'étrangers n'est pas la même pour tous les types de migrants et qu'une distinction est faite entre « européens » et « non-européens »[26]. On ne saurait alors exclure que les pouvoirs adoptent ici des politiques juridiques différentes en fonction de l'« identité » des étrangers concernés. Au surplus, le profil socio-démographique

quand bien même ils éprouveraient des craintes dans leur Etat d'origine. Directive « Protection temporaire », art. 7 et Décision du Conseil, art. 2.3. La gestion de l'urgence est ainsi rattrapée par celle de l'asile et son caractère subsidiaire. Cette distinction entre ressortissants ukrainiens et étrangers est assumée. Margaritis Schinas, vice-président de la Commission chargé de la promotion du mode de vie européen [sic.] et la commissaire Ylva Johansson ont affirmé que les étudiants n'ont pas besoin de protection internationale, car ils peuvent regagner leur foyer ; Déclarations citées *in* Parlement européen, « Directive relative à la protection temporaire », *Briefing*, mars 2022, p. 10-11.

[24] Voir entre autres, Euro-Med Human Rights Monitor, « Europe's official, media handling of Ukrainian crisis exposes deep-rooted, racist policy against non-Europeans », *Press Releases*, 2 mars 2022, [https://euromedmonitor.org/].

[25] Pour une perspective critique, « Personnes réfugiées : tapis rouge pour les unes, barbelés pour les autres », *Plein droit*, n°132, mars 2022, p. 1-2 (édito) ; C. RODIER, « Réfugiés d'Ukraine : le « deux poids, deux mesures » de l'Europe », *Esprit*, 2022/5, p. 22-25.

[26] D. DE CONINCK, « The Refugee Paradox During Wartime in Europe: How Ukrainian and Afghan Refugees are (not) Alike », *International Migration Review*, 2022, p. 1-9. En ce qui concerne notamment les Afghans, des études antérieures ont montré que les Américains et les Européens pensent généralement que ces migrants ont des valeurs plus conservatrices en ce qui concerne l'égalité des sexes, les orientations sexuelles, l'équilibre des pouvoirs et d'autres domaines sociétaux.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

des exilés d'Ukraine – plus de 85% de femmes dont une majorité sont venues avec leurs enfants[27] – maintient à distance la représentation fantasmée de l'étranger masculin « non-blanc » menaçant les familles et la concorde des sociétés européennes. Faut-il finalement voir dans ce privilège catégoriel la manifestation d'un « néo-racisme »[28] ? Une telle discrimination positive trouble légitimement[29], et le malaise est d'autant plus grand que l'Organisation internationale pour les migrations s'est dite « alarmée par les informations crédibles et vérifiées faisant état de discrimination, de violence et de xénophobie à l'encontre de ressortissants de pays tiers qui tentent de fuir l'Ukraine »[30].

Au-delà de ces considérations, chacun a conscience qu'il se joue en Ukraine bien davantage qu'une simple affaire bilatérale. Moscou parie sur la faiblesse de l'Union européenne et les menaces de Moscou contre l'« Occident collectif » oblige l'Europe à se positionner et à envoyer un signal à une puissance susceptible de devenir – si tel n'est pas déjà le cas – son rival systémique.

B. L'accueil comme signal médiant envoyé à une puissance prédatrice ?

Avec l'agression renouvelée contre l'Ukraine, la Russie occupe près de 20% du territoire densément peuplé d'un autre Etat européen – trois fois la superficie des Pays-Bas. Il faut bien-sûr espérer le meilleur, une désescalade sur le terrain et la négociation d'une nouvelle architecture de sécurité européenne. Mais la situation commande aussi de prévoir le pire ; des revendications et des coups de force supplémentaires contre l'Europe, une offensive plus large de Moscou visant par exemple les Etats Baltes et, dans l'immédiat, le recours à des manœuvres non cinétiques prises dans le cadre d'une stratégie « hybride »[31]. L'activation de la protection temporaire s'apprécie alors comme un des éléments de l'arsenal déployé pour *faire face*. On peut en ce sens lire dans la proposition de décision d'exécution de la Commission que l'activation de la protection temporaire « cadre […] avec les mesures relevant de l'action extérieure de l'Union, comme les

[27] C. ALBRECHT et T. PANCHENKO, « Refugee Flow from Ukraine: Origins, Effects, Scales and Consequences », *CESifo Forum*, vol. 23, n°4/2022, p. 8-17.
[28] Sur le concept, G. DELANTY, R. WODAK et P. JONES (eds.), *Identity, Belonging and Migration*, Liverpool University Press, 2008, 329 p.
[29] Voir par exemple C. COSTELLO et M. FOSTER, « (Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination », *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 22(3), 2022, p. 244-280; C. PARÉ, « Selective Solidarity? Racialized Othering in European Migration Politics », *Amsterdam Review of European Affairs*, 2022, n°1, p. 42-61.
[30] Voir dès le 3 mars 2022 : « Guerre en Ukraine : des dizaines de millions de personnes en « danger de mort », prévient Michelle Bachelet », ONU Info, [https://news.un.org/fr/story/2022/03/1115552].
[31] Pour la Commission européenne, une menace « hybride » se présente comme un « mélange d'activités coercitives et subversives, de méthodes conventionnelles et non conventionnelles (c'est-à-dire diplomatiques, militaires, économiques, technologiques), susceptibles d'être utilisées de façon coordonnée par des acteurs étatiques ou non étatiques en vue d'atteindre certains objectifs, sans que le seuil d'une guerre déclarée officiellement ne soit franchi. Généralement, le principal objectif recherché est d'exploiter les vulnérabilités de la cible visée et de créer de l'ambiguïté pour entraver les processus décisionnels », in Communication conjointe au Parlement européen et au Conseil. Cadre commun en matière de lutte contre les menaces hybrides. Une réponse de l'Union européenne, 6 avril 2016, JOIN(2016) 18 [http://eur-lex.europa.eu/].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

sanctions et autres mesures restrictives adoptées par l'UE […] » et qu'elle « […] fait partie d'un ensemble complet d'actions de l'UE qui répondent à l'incursion militaire russe en Ukraine »[32]. Elle témoigne du souci de l'Union européenne d'afficher son soutien à l'Ukraine mais aussi de montrer à la Russie sa détermination à *faire bloc*, à prévenir en particulier toute instrumentalisation des flux de réfugiés – une instrumentalisation à laquelle l'Union reste malgré tout vulnérable. C'est donc bien d'un « altruisme égoïste qui régit largement les relations internationales, du reste »[33] dont il est ici question.

L'instrumentalisation consiste plus précisément pour un Etat – d'origine, de transit ou même tiers en raison de ses actions extérieures – à créer ou à favoriser des déplacements importants de personnes vers d'autres afin d'en déstabiliser les gouvernements en les mettant au défi de respecter leurs obligations humanitaires, en testant leur solidarité et en influant sur les opinions publiques[34]. Après tout, depuis que l'on pratique et pense la guerre, on sait que la victoire ne dépend pas seulement des succès militaires mais aussi sinon surtout du soutien de l'« arrière » aux opérations engagées. Manipuler les obligations juridiques des Etats cibles s'apparente – à supposer que le concept ne soit pas trop élastique pour avoir un sens – à une démarche dite de *lawfare*, à une sorte d'abus de droit qui entend avant tout produire des gains stratégiques. En l'occurrence, les Etats de l'OTAN et de l'Union européenne ont à plusieurs reprises accusé la Russie d'instrumentaliser des flux de réfugiés[35], en particulier dans le cadre de ses opérations extérieures, notamment en Libye[36] et en Syrie. Le commandant suprême des forces alliées en Europe de l'OTAN, le Général Philip Breedlove, dénonçait en 2016 le fait que la Russie use par ses actions en Syrie de la migration massive comme « *a non-military means to create divisions in the NATO alliance*

[32] Commission européenne, *Proposition de décision d'exécution du Conseil constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire*, 2 mars 2022, COM(2022) 91 final.

[33] F. GEMENNE et H. THIOLLET, « L'accueil des réfugiés ukrainiens et l'universalité du droit d'asile », *Hommes & Migrations*, n° 1337, 2022/2, p. 180-184., p. 182.

[34] Dans son ouvrage de référence sur le sujet, K. GREENHILL a identifié plus de 56 mesures coercitives de ce type entre 1961 et 2006, avec bien souvent des succès diplomatiques à la clef, voir *Weapons of Mass Migration. Forced Displacement, Coercition, and Foreign Policy*, Cornell University, 2010, 342 p.; voir également, entre autres, A. PAPHITI & S.-D. DOV BACHMANN, « Mass Migration as a Hybrid Threat? A Legal Perspective », *Polish Political Science Yearbook*, janvier 2021.

[35] Elle l'a été d'abord en tant qu'Etat de transit après que l'Union européenne ait fait le constat d'une augmentation soudaine et inexpliquée d'arrivée de demandeurs d'asile à la frontière finlandaise depuis la Russie. Les chiffres des demandeurs d'asile sont très faibles mais il avait suffi que 1500 personnes traversent la frontière depuis la Russie en 2016 – contre 700 personnes l'année précédente – pour que la ministre des affaires étrangères de la Finlande estime qu'il y avait là une manœuvre politique de la Russie en représailles de la coopération militaire avec l'OTAN, voir « E.U. Suspects Russian Agenda in Migrants' Shifting Arctic Route », *New York Times*, 2 avril 2016, [https://www.nytimes.com/2016/04/03/world/europe/for-migrants-into-europe-a-road-less-traveled.html]. L'agence Frontex explique de son côté que la création de cette nouvelle route dite de l'arctique est due au fait que la Russie a cessé d'empêcher les migrants sans documents de voyage de traverser la frontière, voir en ce sens Frontex, *Risk Analysis for 2016*, p. 6-7, où il est fait mention d'un chiffre de 5200 demandeurs d'asile.

[36] M. GREY, « Russia, Libya and Weaponinzing Human Migration », 7 mai 2020, [https://warroom.armywarcollege.edu/articles/weaponizing-human-migration/].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

and Europe », pour « *destabilize and undermine the continent* »[37]. Tel est encore le cas en 2020 à propos de l'attaque des forces syriennes et russes dans la province d'Idlib[38]. Au demeurant, certains ont ainsi estimé que le Bélarus n'a fait qu'appliquer la « méthode Poutine » lorsqu'en 2021 l'Etat avait acheminé plusieurs milliers de syriens et d'irakiens vers sa frontière avec la Pologne et la Lituanie en réaction aux sanctions imposées par l'Union européenne et les Etats-Unis[39]. De fait, cet épisode – au sein duquel le rôle de la Russie est questionné – peut être vu de manière rétrospective, comme une répétition générale de ce qui allait se passer quelque mois plus tard afin de tester l'efficacité de l'outil de déstabilisation que représentent les afflux massifs. Or, s'ils avaient dénoncé cette instrumentalisation et affiché leur soutien à la Pologne et à la Lituanie, il était resté essentiellement formel et financier. Le déploiement de Frontex a été refusé par la Pologne. Aucun Etat n'a accepté sur son territoire une partie de ces migrants et l'Union européenne a continué à rappeler la Pologne au respect des droits fondamentaux et du droit de l'Union européenne[40]. Sans doute, d'ailleurs, que « l'histoire jugera sévèrement la réaction disproportionnée de l'Union européenne et de ses Etats membres à l'arrivée de migrants et demandeurs d'asile en provenance de Biélorussie »[41].

Ces exemples, parmi bien d'autres, révèlent que les migrations de masse peuvent être utilisées comme des instruments stratégiques et géopolitiques, une arme « par destination », un levier de déstabilisation des coalitions et un outil pour influencer les opinions publiques et qu'elles sont en toute hypothèse, à tort ou à raison, perçues comme telles. Les expériences passées ont démontré à quel point l'incapacité des Etats membres à s'entendre pour prendre collectivement et efficacement en charge d'importantes hausses de demandeurs d'asile pouvaient être délétère. En 2015, faute d'avoir mis en œuvre la protection temporaire, l'Union européenne a imaginé un mécanisme *ad hoc* de relocalisation des demandeurs d'asile. Il était censé établir un semblant de solidarité entre Etats membres pour répartir de manière équitable la charge de l'accueil mais il s'est

[37] « Migrant crisis : Russia and Syria 'weaponinsing' migration », https://www.bbc.com/news/world-europe-35706238.

[38] L'Ambassadeur des Etats-Unis en Turquie estimait que cette décision de la Russie « *has used as its primary lever the presence of 3 million-plus innocent civilians* ». Il estimait que « *by forcing their movement, their displacement from their home under very difficult conditions, towards the Turkish border, Russia's calculation is this will compel Turkey to take decisions favorable to Russian ambitions* […] » et qu'après la Turquie il reviendrait à l'Europe de gérer les conséquences de ces déplacements contraints par la force militaire, voir *Special Briefing With Ambassador James Jeffrey and Ambassador David Satterfield*, 10 mars 2020, [https://tr.usembassy.gov/special-briefing-with-ambassador-james-jeffrey-and-ambassador-david-satterfield/] ; « Russia is real cause of RU border crisis, US says », [https://euobserver.com/migration/147695].

[39] J. GOLDENZIEL, « Belarus Is Weaponizing Migrants Using Putin's Playbook. Europe Must Legally Fight Back », 10 novembre 2021, [https://www.forbes.com/sites/jillgoldenziel/2021/11/10/belarus-is-weaponizing-migrants-using-putins-playbook-europe-must-legally-fight-back/?sh=b25a1d61e2ab].

[40] Voir C. FEORE, « 'Instrumentalization of migrants for political purposes by Belarus is unacceptable' Von der Leyen », *eureporter*, 9 novembre 2021, [https://eureporter.com].

[41] V. CHETAIL, « L'instrumentalisation des migrations et la tentation de l'état d'urgence permanent : le droit européen d'asile en question », in Chronique de droit de l'Union européenne, *AFDI*, LXVII, 2021, p. 437-447, p. 437.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

révélé insuffisant et a été contesté par les Etats membres[42]. Or, cette incapacité est une faiblesse des Etats membres et de l'Union européenne qui est facilement exploitable par les autres Etats[43].

Dans ce contexte, il était impossible de laisser la question des exilés de guerre devenir un sujet de tensions susceptible de fissurer le très large consensus dont les Etats de l'Union font montre face à l'agression Russe. Pour ce faire, il n'existait pas d'autres solutions que d'accompagner ces flux et d'accueillir ces personnes. L'activation de la protection temporaire en faveur des exilés d'Ukraine permet à la fois d'afficher le soutien à l'Ukraine et de neutraliser leur instrumentalisation. C'est en ce sens que la protection temporaire peut être vue comme un outil préventif d'une utilisation fructueuse des flux de réfugiés en tant qu'arme hybride. La politique d'accueil décidée par les dirigeants peut certes en l'espèce s'appuyer sur une empathie de l'opinion publique à l'égard de ce peuple européen et chrétien bien plus importante que celle qui a été, de manière générale, affichée à l'égard des exilés afghans, syriens ou encore irakiens. Mais ce serait oublier que les décisions politiques en la matière façonnent également la perception de la migration par la population des pays d'accueil[44]. Il y a sans conteste un effet vertueux aux politiques d'accueil. Au contraire, une politique de fermeture des frontières face à des déplacements qui sont en toute hypothèse inévitables entraîne nécessairement une précarisation des personnes, la formation de camps informels aux frontières ou sur le territoire, des tensions sociales et les images relayées médiatiquement décuplent le sentiment de vagues migratoires non maîtrisables. Il résulte de l'ensemble que l'activation de la protection temporaire était perçue comme un impératif humanitaire mais également stratégique pour l'Union européenne. Si certaines limites et questions demeurent quant à sa mise en œuvre, elle a toutefois démontré son efficacité, démontrant ainsi – contrairement au dispositif actuellement en discussion au sein de l'Union européenne – qu'en matière de lutte contre l'instrumentalisation l'accueil vaut mieux que la fermeture.

[42] CJUE, 6 septembre 2017, Slovaquie et Hongrie/Conseil, aff. jointes C-643/15 et C-647/15 ; CJUE, 2 avril 2020, Commission/Pologne, Hongrie et République tchèque (Mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs de protection internationale), aff. jointes, C-715/17, C_718/17 et C-719/17. En définitive, 34.705 personnes ont bénéficié de ce mécanisme sur les 160.000 demandeurs d'asile visés par le Conseil, Cour des comptes de l'Union européenne, Rapport spécial n°24, « Asile, relocalisation et retour des migrants : il est temps de renforcer la lutte contre les disparités entre les objectifs et les résultats », 2019, § 35 et s., *JOUE*, C 392/8, 19 novembre 2019. Disponible sur le site de la Cour des comptes européenne [http://eca.europa.eu].

[43] Le Président de la Fédération de Russie en est conscient. En octobre 2019, il ironisait sur les conséquences de l'action militaire entreprise en Libye au détriment des résolutions du Conseil de sécurité : « *And we are all aware of what happened next. There is still chaos and confusion; a flow of migrants went through Libya to Europe. Gaddafi had always warned about that, he said he stopped African migrants from going to Europe. As soon as this 'wall' was gone, they started pouring into Europe. And now they have what they were warned about* », TASS, Russian News Agency, Moscow, 13 octobre 2019, [https://tass.com/politics/1082903].

[44] J. STREFF FENART, « Comment les politiques migratoires influencent notre sentiment d'empathie envers les réfugiés », *The Conversation*, 17 mars 2022, [https://theconversation.com/comment-les-politiques-migratoires-influencent-notre-sentiment-dempathie-envers-les-refugies-178803].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

II. LES MODALITÉS INCERTAINES DE LA PROTECTION ACCORDÉE

L'intérêt de la mise en œuvre de la protection temporaire réside dans le fait que les exilés ne tombent pas dans le parcours classique du demandeur de protection internationale. Il suffit aux Etats – par l'intervention d'autorités autres que celles de l'asile – d'estimer que les personnes relèvent du groupe qualifié d'« afflux massif » pour qu'elles bénéficient d'un statut dérogatoire et privilégié par rapport aux autres demandeurs d'asile. Cela ne les empêche certes pas de demander le bénéfice d'une protection plus pérenne et, surtout, détachée de la politique de gestion du flux mais centrée sur leur crainte individuelle. A tous égard, il n'est pas certain qu'elles y aient un intérêt – du moins à court terme. La décision d'exécution du Conseil souligne en ce sens que « [l]'introduction d'une protection temporaire, devrait servir également les intérêts des Etats membres puisque, jouissant des droits associés à la protection temporaire, les personnes déplacées ont moins besoin de demander immédiatement une protection internationale, ce qui limite le risque de submerger leurs régimes d'asile, les formalités étant réduites au minimum en raison de l'urgence de la situation »[45]. Mais le rapport à la durée du conflit fragilise ce constat et la libre répartition des flux est aussi de nature à rompre la concorde jusqu'ici observée.

A. L'absence de toute contrainte dans la répartition des flux

La directive de 2001 relative à la protection temporaire prévoit en principe des « mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ». Son chapitre VI, intitulé « Solidarité », met ainsi en place des outils de répartition des bénéficiaires de la protection temporaire entre Etats membres. Au titre de l'article 25, notamment, la décision d'activation de la protection est censée indiquer, « de façon chiffrée ou en termes généraux », les capacités d'accueil de chaque Etat membre et ces derniers, selon son article 26 « […] coopèrent entre eux en ce qui concerne le transfert de la résidence des bénéficiaires de la protection temporaire d'un Etat membre vers un autre […] ». Or, en l'espèce la décision d'activation du 4 mars 2022 ne comprend aucun engagement permettant de lisser entre les vingt-sept Etats membres la charge que représente l'accueil d'un nombre si important de personnes en besoin de protection. Il est vrai que les ressortissants ukrainiens[46] étaient déjà exemptés de visa et bénéficiaient d'une liberté de circulation pendant quatre-vingt-dix jours au sein de l'Union européenne. Quoi qu'il en soit, dans l'activation de la protection temporaire, les Etats membres les ont

[45] Décision d'exécution, préambule, § 16.
[46] S'agissant des ukrainiens dépourvus d'un passeport biométrique et des ressortissants des Etats tiers, la Commission incite les Etats membres à mettre en œuvre l'article 8, §3 de la directive « Protection temporaire » en délivrant des visas de quinze jours renouvelables, Commission européenne, *Communication relative aux lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la décision d'exécution 2022/382*, 21 mars 2022, 2022/C, *JOUE*, CI 126/1, point 2.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

laissé choisir celui « […] dans lequel ils souhaitent bénéficier des droits attachés à la protection temporaire et rejoindre leur famille et leurs amis au sein des vastes réseaux de diaspora qui existent actuellement dans l'ensemble de l'Union »[47]. Alors que ce système était conçu pour « facilit[er] l'équilibre des efforts entre Etats membres, réduisant ainsi la pression sur les systèmes nationaux d'accueil »[48], dix mois après le début du conflit les six Etats les plus proches (hors Russie et Biélorussie) comptent encore davantage de bénéficiaires de la protection temporaire que les vingt-deux autres[49]. Précisément, il ne faisait à vrai dire aucun doute qu'un Etat comme la Pologne – qui comptait déjà en 2021 près de 1,5 million de ressortissants ukrainiens sur son territoire[50] – serait de loin le premier pays d'accueil. Ni que la répartition des exilés d'Ukraine parmi les Etats membres serait très inégalitaire. L'Allemagne (1 021 667) et la République Tchèque (473 736) figurent aux deuxième et troisième positions. Viennent ensuite un deuxième groupe comprenant l'Italie (166 467), l'Espagne (160 287), le Royaume-Uni (152 200) et un troisième regroupant des Etats où le nombre de personnes dépasse 100 000 : la France (118 994), la Roumanie (106 629), la Slovaquie (105 379)[51].

En réalité, au-delà de la liberté de circulation dont les ukrainiens jouissaient certes, c'est surtout l'incapacité des Etats membres à s'entendre sur une répartition équitable des exilés de guerre qui explique ce renvoi à leur libre choix. Il s'agit là d'une entorse à la politique de l'Union européenne de lutte contre l'*asylum shopping* qui irrigue l'ensemble du régime d'asile européen commun et qui fonde le mécanisme « Dublin ». Or, les Etats de première ligne – membres du Groupe de Visegrád – sont ceux qui sont les plus critiques à son égard. Dénonçant le fait que la charge de l'accueil des demandeurs d'asile revient en pratique aux Etats gardiens de la frontière extérieure de l'Union européenne, ils souhaitent son abrogation et

[47] Tout juste les Etats membres sont-ils convenus de ne pas reprendre les personnes à qui ils ont accordé la protection temporaire si elles séjournent par la suite sur le territoire d'un autre Etat membre, ce qui facilite le transfert de la protection temporaire d'un Etat membre à un autre. A ce stade, seule la situation de la Moldavie a conduit les Etats membres à s'engager à « réinstaller » 14.500 personnes. Réunion extraordinaire du Conseil « Justice et affaires intérieures », Session n°3863, 28 mars 2022. Voir aussi Conseil de l'Europe, *Rapport de la mission d'information en République de Moldova de Mme Leyla Kayacik, Représentante spéciale de la Secrétaire Générale sur les migrations et les* réfugiés (13-14 juin 2022), SG/Inf(2022)33, 16 septembre 2022, [https://rm.coe.int/rapport-de-la-mission-d-information-en-republique-de-moldova-de-mme-le/1680a818e2].

[48] Déc. 2022/382 du Conseil, constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire », 4 mars 2022, *JOUE*, n° L 71, §16.

[49] La Pologne, la République Tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Bulgarie et la Hongrie accueillent 2.408.922 bénéficiaires de la protection temporaire contre 2 150 000 pour les autres Etats membres, [https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine], chiffres au 29 décembre 2022. L'Irlande est liée par la directive « protection temporaire » et participe à sa mise en œuvre. Le Danemark pour sa part n'est pas lié par la décision d'activation mais a mis en place un mécanisme similaire.

[50] L. COUDROY DE LILLE, « 3,5 millions de réfugiés ukrainiens sur son sol : comment la Pologne absorbe-t-elle le choc ? », *The conversation*, 20 juin 2022, [https://theconversation.com/3-5-millions-de-refugies-ukrainiens-sur-son-sol-comment-la-pologne-absorbe-t-elle-le-choc-184588].

[51] La Moldova compte quant à elle 100.494 exilés d'Ukraine, [https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine], chiffres au 29 décembre 2022.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

bloquent toute proposition de réforme qui en corrigerait les dysfonctionnements en imposant des clefs de répartition. Ce sont également les mêmes qui se sont opposés au mécanisme chiffré de relocalisation des demandeurs d'asile mis en place en 2015 au bénéfice de la Grèce et de l'Italie. Fussent ils à leur bénéfice, ils n'entendaient ainsi pas revenir, à la faveur de l'activation de la protection temporaire, sur leur position de principe à l'égard de quelconques quotas obligatoires de répartition – quotas que leurs partenaires européens ne proposaient par ailleurs pas[52]. On est ici très loin d'une gestion coordonnée et solidaire de l'accueil[53]. Les Etats membres n'ont pas fait d'autre choix que de se reposer sur la diaspora pour assurer l'accueil des exilés. C'est en somme aux ukrainiens déjà présents d'accueillir les ukrainiens arrivants[54]. Le pari est risqué au regard des enjeux. Cela aura certes permis de faire face aux premières arrivées mais ces Etats, sociétés et diasporas se montreront-ils toujours aussi ouverts une fois la sidération de l'agression et l'émotion des premiers mois passées ? Qu'en sera-t-il si le conflit persiste au-delà de la protection temporaire ? Il est impératif que ces aspects soient anticipés, que les Etats membres prennent de concert le relai des citoyens, pour qu'ils continuent à parler d'une voix unique à l'Ukraine et à la Russie. Les divergences de principe entre Etats membres en matière d'asile les conduisent à des (non-)choix hasardeux et les rendent ainsi vulnérables à des « afflux massifs » et à leur instrumentalisation.

C'est finalement sur le seul plan financier que la solidarité interétatique s'est exprimée à l'égard des premiers Etats d'accueil afin de leur fournir les ressources nécessaires pour répondre aux besoins en matière de logement, d'éducation et de santé. L'Union européenne a ainsi adopté des mesures permettant une plus grande souplesse dans l'utilisation des fonds de sa politique de cohésion. Dix-sept milliards d'euros ont été identifiés comme pouvant faire l'objet d'une réaffectation en faveur de ces populations. Les Etats membres ont par ailleurs reçu un total 3,5 milliards d'euros de préfinancement supplémentaire en fonction du pourcentage d'arrivées au regard de leur population (soit un relèvement de 11% à 45% lorsque le nombre d'arrivées était supérieur à 1% à la fin du mois de mars 2022). Quatre-cent-vingt millions d'euros restants du fond « Affaires intérieures (2014-2020) » ont en outre été débloqués par l'Union européenne[55]. Les Etats d'accueil bénéficient par ailleurs

[52] Voir notamment la déclaration de M. Gérald Darmanin lors de la réunion extraordinaire des ministres européens de l'Intérieur, Bruxelles, 28 mars 2022, [https://ue.delegfrance.org/reunion-extraordinaire-des-5984#Declaration-de-M-Gerald-Darmanin-a-son-arrivee-a-la-reunion-extraordinaire-nbsp].

[53] Une gestion d'autant moins solidaire à vrai dire que les Etats membres n'ont par ailleurs pas déclaré renoncer aux transferts des autres demandeurs à destination de la Pologne en application du Règlement « Dublin III ». L'EUAA indique que certains juges internes ont à ce titre annulé des transferts à destination de la Pologne « Analysis of Measures to Provide Protection to Displaced Persons from Ukraine », *Situational Report*, juillet 2022, point 3, p. 21.

[54] Selon les données du HCR, en décembre 2022, 36% des exilés d'Ukraine louent leur logement et 32% sont hébergés à titre privatif. 28% seulement relèvent donc de centres collectifs, voir [https://app.powerbi.com/] ; L. COUDROY DE LILLE, « 3,5 millions de réfugiés ukrainiens sur son sol : comment la Pologne absorbe-t-elle le choc ? », *The conversation*, *op. cit.*

[55] Règlement (UE) 2022/2039 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n°1303/2013 et le règlement (UE) 2021/1060 en ce qui concerne une flexibilité supplémentaire pour faire

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'un important soutien financier international depuis mars 2022 : l'« Ukraine Flash Appeal » et l'« Ukraine Regional Refugee Response Plan », selon lesquels le besoin d'aide total en faveur principalement de la Pologne, la Hongrie, la Moldavie, la Roumanie et la Slovaquie s'élève à un montant total de 4,3 billions de dollars. Cet appel a été satisfait à 78%, dont 37,5% proviennent des Etats-Unis d'Amérique[56]. Il reste à savoir si cette importante aide financière permettra sur le temps long de compenser la très forte disparité d'accueil des exilés dans un contexte où le nombre de demandeurs d'asile a rapidement augmenté en 2022, au point de rattraper certains mois le rythme de l'année 2016, et que tout indique que tel sera le cas encore en 2023. Temporaire, le bénéfice de cette protection exceptionnelle dont jouissent les exilés d'Ukraine suppose et permet en effet que ceux-ci viennent s'ajouter aux demandeurs d'asile de droit commun[57].

B. Temporaire, dissuasive voire exclusive : les enjeux de l'articulation avec le régime de droit commun de l'asile

Les droits conférés aux bénéficiaires de la protection temporaire se rapprochent davantage de ceux des personnes qui bénéficient d'une protection internationale (sur le fondement de la convention de Genève ou de la protection subsidiaire) que des demandeurs d'asile[58]. Alors que, par principe, la situation de ceux-ci est volontairement précarisée et maintenue sous la dépendance des Etats membres – dans une logique de contrôle et d'anticipation du rejet de leur demande et de leur éloignement – l'autonomie des bénéficiaires de la protection temporaire est au contraire favorisée afin que leur prise en charge ne pèse pas sur les budgets et structures dédiés à l'asile, voire – alors que la protection est censée être temporaire – favoriser l'émancipation et l'intégration de ses bénéficiaires. Ils ont tout d'abord le droit essentiel de se maintenir sur le territoire des Etats membres aussi longtemps que le mécanisme reste en vigueur[59]. Les bénéficiaires de la protection temporaire ont à cet égard la possibilité de se déplacer sur le territoire

face aux conséquences de l'agression militaire menée par la Fédération de Russie – FAST – CARE, 6 octobre 2022, *JOUE*, 25 octobre 2022, L 275/23 ; Règlement (UE) 2022/562 du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n°1303/2013 et (UE) n°223/2014 en ce qui concerne l'action de cohésion pour les réfugiés en Europe (CARE), 6 avril 2022, *JOUE* 8 avril 2022, L 109/1 ; Règlement (UE) 2022/585 du Parlement européen et du Conseil modifiant les fonds « Affaires intérieurs » (2014-2020) et le Fonds « Asile, migration et intégration » (2021-2027), 6 avril 2022, *JOUE*, 11 avril 2022, L 112/1 ; Règlement (UE) 2022/613 du Parlement européen et du Conseil modifiant les règlements (UE) n°1303/2013 et (UE) n°223/2014 en ce qui concerne l'augmentation du préfinancement provenant des ressources REACT-EU et l'établissement d'un coût unitaire, 12 avril 2022, *JOUE*, 13 avril 2022, L 115/38.

[56] OCHA, Financial Tracking Service, *Ukraine Flash Appeal 2022*, [https://fts.unocha.org].

[57] Selon les chiffres encore non définitifs d'Eurostat, *Asylum and first time asylum applicants – monthly data,* online data code : TPS00189, [https://ec.europa.eu/eurostat] et de l'Agence de l'Union européenne pour l'Asile (*Latest Asylum Trends*, octobre 2022) indiquant que le nombre de demandes a, en 2022, par trois fois, dépassé ceux de l'année 2016, [https://euaa.europa.eu].

[58] Pour une première présentation des droits accordés, voir par exemple S. GAKIS, « L'activation de la direction " protection temporaire " : l'apport d'un instrument *sui generis* à la protection des personnes déplacées », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°132, 2022/4, p. 771-794.

[59] Directive « Protection temporaire », art. 8.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

des Etats membres et de s'installer où bon leur semble[60]. Outre le droit d'accéder aux aides sociales et médicales et au système éducatif – domaines qui comportent également quelques spécificités favorables aux bénéficiaires de la protection temporaire par rapport aux demandeurs d'asile[61] – les premiers ont droit à la réunification de leur famille[62]. Mais c'est surtout en matière d'accès au logement et au monde du travail que le fossé se creuse entre les uns et les autres. Par ailleurs, si la directive de 2001 prévoit seulement la possibilité de bénéficier d'un « hébergement approprié » ou de recevoir « les moyens de se procurer un logement »[63], les Etats membres ont prévu des dispositifs réservés. En France, par exemple, une instruction du 22 mars 2022 met sur pied un schéma d'accueil spécifique prévoyant la mise à l'abri immédiate, la prise en charge dans des hébergements d'urgence dédiés et l'accès au logement pérenne ou à un « hébergement citoyen ». Ce dernier dispositif est normalement dédié aux bénéficiaires d'une protection internationale (réfugié ou protégé subsidiaire) qui ne peuvent accéder à un logement de manière autonome et permet d'impulser ou d'accélérer le processus d'intégration. Une autre instruction du 23 mai 2022 élabore par ailleurs un plan d'action afin de favoriser et d'accélérer l'accès au logement des exilés d'Ukraine, là où les demandeurs d'asile sont cantonnés à des hébergements plus ou moins précaires. Enfin, alors que les initiatives privées de solidarité envers les demandeurs d'asile sont souvent mal vues, voire réprimées, ici les Etats encouragent, structurent et même récompensent les offres d'hébergements provenant d'associations ou de particuliers[64]. S'agissant de l'accès au monde du travail, la directive de 2001 prévoit que le bénéfice de la protection permet d'exercer une activité salariée ou non salariée ainsi qu'à participer à des activités de formation. Par ailleurs, alors que la directive précise que les Etats membres peuvent accorder une préférence aux citoyens de l'UE ou des Etats parties à l'Espace économique européen, la Commission recommande de ne pas exercer cette faculté[65]. Plusieurs initiatives de l'Union comme des Etats

[60] Commission européenne, *Communication relative aux lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la décision d'exécution 2022/382*, 21 mars 2022, *JOUE*, 2022/C 126 I/01.
[61] Dictionnaire permanent de droit des étrangers, « La protection temporaire au prisme du conflit ukrainien », bulletin précité, p. 32-35. En France, le Programme national d'accueil en urgence des scientifiques et des artistes en exil (« PAUSE ») a ouvert un fonds spécial d'aide aux ukrainiens en danger. Ils peuvent également bénéficier d'une aide financière permettant de financer le séjour d'un chercheur et de sa famille, Ministre de l'enseignement supérieur de la recherche et de l'innovation, Circulaire portant sur *l'accueil des étudiants déplacés d'Ukraine bénéficiaires de la protection temporaire*, 22 mars 2022.
[62] Directive « Protection temporaire », art. 15.
[63] Directive « Protection temporaire », art. 13.1.
[64] Pour la France, voir le décret n°2022-1441 du 17 novembre 2022 *instituant une mesure exceptionnelle de soutien aux personnes physiques ayant mis à l'abri dans un hébergement ou dans un logement, une ou plusieurs personnes physiques bénéficiaires de la protection temporaire au titre des articles L. 581-1 et s. du CESEDA*, *JORF*, n°0267, 18 novembre 2022, texte 16.
[65] Orientations stratégiques communiquées le 14 juin 2022 (Doc COM(2022) 4050 final, 14 juin 2022)

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

membres sont par ailleurs destinées à favoriser un accès effectif au travail des bénéficiaires de la protection temporaire[66].

Le régime privilégié dont bénéficient celles et ceux – essentiellement ukrainiens – qui ont fui l'Ukraine depuis le 24 février 2022 rend par conséquent de peu d'intérêt immédiat une prétention à l'asile de droit commun – c'est là d'ailleurs son principal objet. Il n'est pas déraisonnable de considérer que, dans les faits, cette logique à l'œuvre de gestion des flux tend à se substituer à celle de l'asile à proprement parler. Le caractère « temporaire » de la protection tient alors davantage au temps laissé à la disparition des causes des déplacements – jusqu'à trois années en l'espèce[67] – qu'à celui qui serait laissé à la présentation des demandes d'asile. Ce n'est donc pas seulement le temps court de l'urgence qui est appréhendé par ce mécanisme. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de se prévaloir de l'asile de droit commun reste ouverte. Les obligations internationales et parfois constitutionnelles opposables aux Etats membres empêchaient en effet l'Union européenne de prévoir l'application exclusive de la protection temporaire au détriment du droit de demander asile et notamment la reconnaissance de la qualité de réfugié[68]. Le dépôt d'une telle demande ne présente de toute façon pas grand risque tant que la protection temporaire déploie ses effets[69]. Le refus de la demande d'asile n'emporte notamment aucune incidence sur le maintien du statut de protégé. Les bénéficiaires semblent par ailleurs prémunis contre l'application du règlement « Dublin III » dont l'objet est de déterminer l'Etat membre compétent pour traiter d'une demande d'asile. Son application n'est certes pas automatiquement suspendue à l'égard des bénéficiaires de la protection temporaire et il est même prévu que le titre de séjour inhérent à la protection temporaire constitue une autorisation de se maintenir sur le territoire susceptible d'emporter la responsabilité du traitement de la demande d'asile. Mais la Commission encourage les Etats membres à déroger à l'application du règlement « Dublin III » et à assumer l'examen de la demande d'asile des bénéficiaires de la protection temporaire présents sur leur territoire comme il les y autorise. Surtout, dans la mesure où les ukrainiens n'étaient pas soumis à l'obligation de visa pour entrer sur le territoire des Etats membres, il y a de fortes chances que l'Etat responsable soit celui auprès duquel la demande a été déposée.

Au regard des développements précédents, l'intérêt essentiel d'une demande d'asile de droit commun réside dans le caractère plus pérenne de la protection accordée par la qualité de réfugié et la protection subsidiaire là où, en toute hypothèse, la protection temporaire ne saurait durer plus de trois ans, quand bien

[66] Dictionnaire permanent de droit des étrangers, « La protection temporaire au prisme du conflit ukrainien », Bull. n°322-1, juin 2022, spéc. p. 9-12 et p. 28-30.
[67] Directive « protection temporaire », art. 4 et 6.
[68] L'article 17 de la directive de 2001 prévoit ainsi que « les bénéficiaires de la protection temporaire doivent avoir la possibilité de déposer une demande d'asile à tout moment ».
[69] Par ex. art. L. 581-4 Ceseda.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

même le conflit perdurerait[70]. Dans ces conditions, plus le conflit est appelé à durer[71] et plus le droit commun de la protection pourrait reprendre le dessus sur le temporaire. Si la guerre se prolonge, les possibilités mêmes de retour et de réinstallation en Ukraine seront de plus en plus compromises. Nombre d'exilés pourraient vouloir s'installer durablement en Europe et être alors rejoints par ceux qui ne souhaitent ou ne peuvent plus participer aux combats[72]. Mais quelles sont les chances de succès des demandes d'asile présentées par les exilés ukrainiens ? Le droit commun de l'asile impose d'apprécier les caractères individuel et actuel des craintes de persécution en cas de retour dans l'Etat d'origine ainsi que l'absence de protection. C'est ici largement le domaine de la casuistique mais elle répond à des grandes lignes communes[73]. Il faudra d'abord déterminer le statut des régions ukrainiennes annexées par la Russie de manière contraire au droit international mais sur lesquelles celle-ci pourrait exercer un pouvoir effectif. On peut penser que les autorités de l'asile continueront à traiter ces régions en tant que territoire ukrainien, ce qui imposera alors de déterminer si les autorités régulières peuvent offrir leur protection à tous les ukrainiens et, le cas échéant, si l'on peut attendre de ceux qui sont originaires de régions pro-russes qu'ils puissent s'installer en d'autres parties du territoire. Il conviendra également d'apprécier dans quelle mesure l'Ukraine peut être l'auteur de persécutions à l'encontre de certains de ses ressortissants. En toute hypothèse, la reconnaissance de la qualité de réfugié est évidemment conditionnée à l'existence d'une persécution – définie comme une violation grave d'un droit fondamental – en raison de l'appartenance à un groupe ethnique, social ou national (tel que le fait d'être d'origine ukrainienne en région contrôlée par l'armée russe) ou à des opinions religieuses ou politiques. A défaut, les demandeurs d'asile ukrainiens pourraient également réclamer la protection subsidiaire notamment en raison de la violence générée par le conflit armé. Ses conditions d'obtention sont toutefois bien plus strictes que celles de la protection temporaire. On mesure alors l'écart existant entre une protection fondée sur la nécessité de gérer des arrivées massives causées par un conflit armé et une autre fondée sur l'existence d'une crainte en cas de retour dans un pays en guerre. En effet, en plus de ne concerner que les « civils » – là où la protection temporaire ne fait pas de distinction quant à la

[70] L'article 17, §2 de la directive de 2001 prévoit à ce titre que « l'examen des demandes d'asile, qui n'ont pas été traitées avant l'expiration de la période de protection temporaire, est achevé après l'expiration de cette période ».
[71] Voir pour un point sur les perspectives J.M. GUÉHENNO, « La longue guerre d'Ukraine », *Le Grand Continent*, 12 décembre 2022, [https://legrandcontinent.eu/fr/2022/12/12/la-longue-guerre-dukraine/], et les premières leçons du conflit J. FERNANDEZ et Z. PIRIM (dir.), *Ukraine. Regards croisés et premières leçons*, Paris, Pedone, 2023, à paraître.
[72] Un quart des ukrainiens envisageait déjà de migrer avant la guerre, la dégradation de la situation est susceptible d'avoir encore renforcé leur volonté de quitter définitivement leurs pays de nationalité, voir M. S. DHIAN, B. DEEN et N. DROST, « Long-term protection in Europe needed for millions of Ukrainian refugee », *Clingendael Alert*, septembre 2022. Voir aussi A. TEKE LLOYD et I. SIRKECI, « A Long-Term View of Refugee Flows from Ukraine : War, Insecurities, and Migration », *Migration Letters*, vol. 19, n°4, juillet 2022, p. 523-535.
[73] Sur ces différents aspects relatifs aux conditions de la protection des exilés de guerre, voir A. MARIE (dir.), *Asile et nouvelles conflictualités*, Pedone, 2022, 244 p. notamment les chapitres III et IV.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

participation aux hostilités – l'attribution de la protection subsidiaire implique d'identifier précisément la localité d'origine et le degré de violence qui y règne. Seule une intensité exceptionnelle de la violence permet en effet de se dispenser de l'étude du caractère individuel de la crainte. Or, au regard des critères d'appréciation d'une telle violence, seul l'est-ukrainien semble pouvoir être ainsi qualifié[74]. Le dépôt d'une demande d'asile apparaît en résumé bien complexe et trop aléatoire pour présenter un véritable intérêt, moins d'un an après le début du conflit, au regard de la protection temporaire. Les chiffres sont à cet égard révélateurs. Entre le 21 février et le 6 novembre 2022, alors que 4,7 millions de personnes ont demandé à bénéficier de la protection temporaire, seulement 27 400 demandes d'asile ont été présentées par des ressortissants ukrainiens aux vingt-sept Etats membres, à la Norvège et à la Suisse[75].

En définitive, il faudra rester attentif à la condition des protégés que rien n'incite – à ce stade seulement – à prétendre au droit commun de l'asile. On retiendra en toute hypothèse comment l'Union et ses Etats membres sont parvenus à faire face à des arrivées massives quand le solidaire se conjugue au stratégique. Les défaillances n'ont donc jamais été capacitaires ou instrumentales. Simplement, on ne saurait y voir le signe à plus long terme de l'accord retrouvé entre le verbe et le geste. Même en l'espèce, les tensions entre les Etats particulièrement exposés à l'arrivée d'Ukrainiens et les autres pourraient être relancées si la guerre continue à se prolonger. Rien ne dit, bien au contraire, que la solidarité affichée résiste au temps. Mais espérons que ce précédent, qui a aussi montré combien l'instrumentalisation des réfugiés était vouée à l'échec lorsque les Etats honorent leurs obligations humanitaires, serve aussi de leçon.

RÉSUMÉ

Jamais l'Europe n'avait dû faire face à un afflux d'exilés de guerre aussi important. La réaction observée tient de l'extra ordinaire. L'Union a notamment activé le mécanisme de la protection temporaire. Une première. Les suppliantes enfin entendues ? Faut-il en ce sens voir dans ce retournement le moment d'une nouvelle ère ou seulement l'air d'un moment ? L'affaire ne doit en réalité pas tromper. L'ensemble tient davantage aux circonstances de l'espèce qu'à une évolution plus générale de la politique européenne de l'asile. Et la condition des protégés demeure en l'occurrence assez incertaine sur le long terme.

[74] Voir sur ce point la récente décision de la Cour nationale du droit d'asile accordant la protection subsidiaire à des ressortissants ukrainiens (arrivés avant l'activation de la protection temporaire) provenant des *oblasts* de Donetsk, Kharkiv, Louhansk et Zaporijjia, CNDA, 30 décembre 2022, n°21048216, n°21060196, n° 21063903, 22002736 et n°22001393, C+. Voir également les décisions citées *in* EUAA, « Analysis of Measures to Provide Protection to Displaced Persons from Ukraine », rapport précité, point 3 et l'ensemble des décisions accessibles sur [https://caselaw.euaa.europa.eu].

[75] EUAA, « Asylum and Temporary Protection in the EU+ in the Context of the Russian Invasion of Ukraine Week 43 and 44 (24 Octobre–6 November) 2022 », 9 novembre 2022, [https://euaa.europa.eu/sites/default/files/ publications/202211/2022_11_Ukraine_Asylum_TPD_Issue_31_EN_Public.pdf].

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

ABSTRACT

Never before has Europe had to face such a large influx of war refugees. Never before the European Union adopted such an efficient reaction by activating the temporary protection mechanism.

Nevertheless, far from a shift of paradigm in its asylum policy, this decision is essentially based on geopolitical circumstances. Moreover, the protection of the beneficiaries is quite uncertain in the long-term.

RESUMEN

Nunca antes Europa había tenido que hacer frente a una afluencia tan grande de refugiados de guerra. Nunca antes la Unión Europea adoptó una reacción tan eficiente activando la protección temporal. Sin embargo, lejos de un cambio de paradigma en su política de asilo, esta decisión se basa esencialmente sobre circunstancias geopolíticas. Además, la protección de los beneficiarios es bastante incierta a largo plazo.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

LA « PASSEPORTISATION »
LA NATIONALITÉ AU SERVICE DE LA FORCE

Jules LEPOUTRE

Professeur de droit public, Université de Corse
Equipe méditerranéenne de recherche juridique (UR 7311)

Passeportisation. Et ses variantes anglaises[1]. La politique des passeports russes émaille la presse mondiale[2] depuis quelques années pour décrire cette manière qu'a Moscou de distribuer sa nationalité dans des territoires étrangers, où les chars ne sont jamais loin.

La notion de passeportisation appartenait initialement aux historiens de la Russie soviétique. De nombreuses études[3] portent en effet sur une période s'ouvrant en 1932, où le gouvernement russe édicte un décret prévoyant un système de passeport interne et de carte de résident délivrés aux ressortissants russes, ceci dans un double but : dénombrer les individus et contrôler l'accès à des zones particulières (principalement urbaines). L'exode rural qui sévit alors en période de famine conduit les autorités à tenter de réguler le mouvement interne et à « désengorger » les grandes villes. L'absence de documents (passeport et autorisation de résidence) empêche les pauvres et les indésirables de s'installer hors de leur lieu d'origine, sauf à risquer amendes et mesures d'expulsion. Ce dispositif permettra en outre un contrôle policier renforcé des individus, dans le cadre de la montée du totalitarisme en Russie. C'est ainsi que les historiens discutent de ce phénomène de « passeportisation » (transcription littérale du russe « *pasportizatsiya* » dénommant cette politique à l'époque[4]) visant à massivement

[1] Passportisation/Passportization.
[2] Voy., parmi de nombreux exemples, I. NECHEPURENKO, « Putin extends a fast-track Russian citizenship process to all Ukrainians », *The New York Times*, 11 juillet 2022 ; « Ukraine : Moscou a distribué 80 000 passeports russes depuis les "annexions" », *Le Figaro*, 24 novembre 2022 ; B. VITKINE, « Moscou distribue des passeports russes aux habitants des régions rebelles du Donbass », *Le Monde*, 24 avril 2019 ; « Russia offers passports to people in eastern Ukraine territories », *BBC*, 25 avril 2019.
[3] Voy., parmi de nombreux exemples, N. MOINE, « Passeportisation, statistique des migrations et contrôle de l'identité sociale », *Cahiers du monde russe*, 1997, vol. 38, n° 4, p. 587-599 ; « Le système des passeports à l'époque stalinienne. De la purge des grandes villes au morcellement du territoire, 1932-1953 », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2003, vol. 50, n° 1, p. 145-169 ; G. KESSLER, « The passport system and state control over population flows in the Soviet Union, 1932-1940 », *Cahiers du monde russe*, 2001, vol. 42, n° 2-4, p. 477-504 ; D. SHEARER, « Elements Near and Alien : Passportization, Policing, and Identity in the Stalinist State, 1932-1952 », *The Journal of Modern History*, 2004, vol. 76, n° 4, 835-881.
[4] Voy. S. WRIGHTON, « Authoritarian regime stabilization through legitimation, popular co-optation, and exclusion : Russian *pasportizatsiya* strategies in Crimea », *Globalizations*, 2018, vol. 15, n° 2, p. 283-300.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

identifier et contrôler les individus et leur mouvement par la remise d'une documentation officielle.

Le mot, en migrant vers la langue juridique, a conservé une double idée de remise de passeport dans un certain climat d'autoritarisme. Pour autant, il porte désormais sur une politique résolument extraterritoriale qui n'implique plus de restreindre le mouvement. Ce terme permet plutôt de décrire les naturalisations extraterritoriales[5] prononcées en masse par la Russie depuis le début des années 2000, au bénéfice de minorités nationales de culture russe habitant dans des anciennes républiques soviétiques – en particulier la Géorgie et l'Ukraine. Depuis l'effondrement de l'Union soviétique en effet, la Russie entretient avec ses anciennes républiques sœurs des relations ambiguës et complexes. La passeportisation matérialise ainsi la volonté de la Russie de projeter son ordre juridique hors de ses frontières, ici par le moyen de la nationalité. Les différentes forces qui conduisent la Russie à agir de la sorte sont le fruit d'intérêts croisés dans les champs domestiques, idéologiques et géopolitiques[6]. Globalement, la Russie cherche à préserver dans son voisinage immédiat, celui de l'ancienne Union soviétique, un alignement politique par de nombreux moyens, y compris le recours à la force.

Quelle est la place du droit international dans cette situation ? Le droit international de la nationalité est pris en étau entre, d'une part, la préservation de la compétence exclusive de l'Etat en matière d'accès et de perte de sa nationalité et, d'autre part, un ensemble de règles et principes qui tentent de réguler les législations et pratiques des Etats. Le célèbre article 1er de la Convention de 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité symbolise bien cette recherche d'équilibre entre protection de la compétence et subordination à la légalité internationale en stipulant qu'« [i]l appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres Etats, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité »[7].

Les contraintes tirées de la légalité internationale sont concentrées sur deux pôles principaux : fondamentalisation et substantialisation. Des règles conventionnelles tentent, d'abord, dans la continuité du programme fixé par la Déclaration universelle des droits de l'homme[8], de prévenir les cas d'apatridie en encadrant les mécanismes d'attribution de la nationalité à la naissance et de

[5] Même si le passeport n'est pas une preuve parfaite de nationalité, cette contribution tiendra ces deux termes pour synonymes.
[6] Voy. l'excellent numéro spécial récemment publié dans *Europe-Asia Studies*, et not. l'introduction substantielle de l'éditeur, E. GÖTZ, « Near Abroad : Russia's Role in Post-Soviet Eurasia », *Europe-Asia Studies*, 2022, vol. 74, n° 9, p. 1529-1550.
[7] Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, La Haye, 12 avril 1930, in Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1937, vol. 179, p. 98.
[8] Voy., en dernier lieu, B. VON RÜTTE, The Human Right to Citizenship. Situating the Right to Citizenship within International and Regional Human Rights Law, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2022, 464 p.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

privation de la nationalité au cours de la vie. Ce faisant, la nationalité se trouve au cœur d'une dynamique de fondamentalisation qui la fait entrer dans le champ des droits de l'homme[9]. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice fixée dans son arrêt *Nottebohm* en 1955 vise, ensuite, à protéger la réalité matérielle de la nationalité en exigeant qu'elle corresponde à un fait social de rattachement avec l'Etat considéré – en l'espèce dans le contexte d'une action en protection diplomatique. La définition livrée par les juges internationaux, probablement sous la plume de Jules Basdevant[10], est encore régulièrement citée[11] :

> Selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat.[12]

En recherchant la « réalité » du lien de nationalité, les juges internationaux ont donné une substance matérielle à ce statut, écartant une conception formelle de la nationalité qui laisserait aux Etats toute liberté pour déterminer qui ils tiennent pour nationaux.

Comment ces principes se confrontent-ils avec la dynamique de passeportisation suivie par la Russie ? La nationalité est-elle une compétence que les Etats peuvent exercer sans limite dans l'ordre international ? Poser cette question revient faire la part de la souveraineté dans cette prérogative dont on lit souvent qu'elle serait l'un des derniers bastions.

La distribution de passeports par les autorités de Moscou s'inscrit dans une approche « autoritaire » du droit international[13], qui fait de la passeportisation un vecteur d'intervention armée, d'annexion et plus généralement de coercition des Etats. Cette contribution se propose dès lors d'analyser la réalité du phénomène de passeportisation (I) et la place et le poids du droit international dans cette question de l'instrumentalisation de la nationalité dans le cadre du recours à la force (II).

---

[9] Voy. en particulier la Convention du 30 août 1961 relative à la réduction des cas d'apatridie et la Convention européenne du 6 novembre 1997 relative à la nationalité.

[10] Voy. J. LEPOUTRE, Nationalité et Souveraineté, Paris, Dalloz, 2020, p. 324-333.

[11] Une partie de la doctrine internationale, prenant appui notamment sur des sentences arbitrales, tend à considérer que la doctrine exprimée dans l'arrêt Nottebohm ne saurait ni être généralisée, ni même conservée à l'heure de la globalisation. Voy. not. A. MACKLIN, « Is it time to retire *Nottebohm* ? », *AJIL Unbound*, 2017, vol. 111, p. 492-497 ; R. D. SLOANE, « Breaking the Genuine Link : The Contemporary International Legal Regulation of Nationality », *Harvard International Law Review*, 2009, vol. 50, n° 1, p. 1-60.

[12] CIJ, arrêt, 6 avril 1955, affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Recueil CIJ, p. 23.

[13] Voy. T. GINSBURG, « Authoritarian International Law ? », *AJIL*, 2020, vol. 114, n° 2, p. 221-260.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

I. LE PHÉNOMÈNE DE LA PASSEPORTISATION

Lapasseportisation est un phénomène qui ne reçoit pas de définition juridique précise. Elle traduit un certain usage de la nationalité dont il convient d'abord de déterminer les contours, sur la base d'une l'étude empirique de l'Ukraine, mais aussi de la Géorgie (A). A partir de ces éléments, il devient possible de réfléchir à la notion même de « passeportisation » pour essayer de la définir en posant plusieurs critères de reconnaissance pour une telle politique (B).

A. Caractérisation empirique de la passeportisation

La passeportisation russe s'exerce principalement à l'égard de deux pays : la Géorgie (1) et l'Ukraine (2). Pour mieux comprendre concrètement le fonctionnement de cette distribution à grande échelle de passeports, il est intéressant d'observer ces deux zones et les stratégies russes qui s'y sont déployées.

1. En Géorgie d'abord, dès l'accès à l'indépendance en 1991, deux de ses provinces – Abkhazie et Ossétie du Sud – font rapidement sécession et échappent depuis lors au contrôle des autorités de Tbilissi. Très attachées à la Russie, ces deux provinces sont entrées depuis cette période dans sa sphère d'influence. A ce titre, la Fédération de Russie entreprend dès 2002 une politique active de naturalisation à l'égard de plusieurs dizaines de milliers de ressortissants abkhazes et ossètes[14]. Cette politique repose sur la loi sur la nationalité de la Fédération du 31 mai 2002 (loi n° 62-FZ) qui permet d'obtenir la naturalisation sans condition de résidence si le demandeur possède un parent résidant en Russie, ou s'il est un ancien ressortissant soviétique aujourd'hui apatride, ou s'il est diplômé de l'enseignement supérieur en Russie, ou encore s'il est un ancien ressortissant soviétique qui a été provisoirement autorisé à séjourner en Russie.

Cette politique de naturalisation a été largement facilitée par une bureaucratie russe très conciliante, qui admettait notamment les procédures « à distance » (les associations nationalistes abkhazes et ossètes étaient habilitées à recueillir et à transmettre les éléments de la demande pour que le demandeur n'ait pas à se déplacer lui-même) mais aussi par une appréciation souple du critère d'apatridie. Le résultat de cette politique a conduit à naturaliser la quasi-totalité de la population de ces deux provinces en l'espace de deux années (plus de 90% de la population ossète – certains rapports mentionnent même 98% – et plus de 80% de la population abkhaze[15]). Ces deux républiques n'ont pas été jusqu'à aujourd'hui

[14] Sur l'ensemble, voy. A. PETERS, « Extraterritorial Naturalizations : Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction », *Jahrbuch für Internationales Recht*, 2010, vol. 53, p. 638-643 ; P. ROUDIK, « Russian Federation : Legal Aspects Of War In Georgia », Legal Report n° 1474, Law Library of Congress, 2008, p. 11.

[15] S. LITTLEFIELD, « Citizenship, Identity and Foreign Policy: The Contradictions and Consequences of Russia's Passport Distribution in the Separatist Regions of Georgia », *Europe-Asia Studies*, 2009, vol. 61, n° 8, p. 1473.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

formellement intégrées dans le territoire russe. Il n'est donc pas possible de caractériser une annexion *de jure* dans le cas géorgien.

2. En Ukraine ensuite, les liens avec la Russie sont encore plus marquants, ce pays ayant longtemps été considéré comme le berceau de la civilisation slave, pour ne pas dire de la Russie elle-même. Quatre zones (la Crimée, les provinces du Donbass, les villes de Zaporizhizhia et Kherson, et enfin l'ensemble du territoire ukrainien), dont les contours sont souvent flous, font l'objet de processus de naturalisations successifs par passeportisation[16].

Le premier territoire est celui de la Crimée. Elle se déclare indépendante lors de l'effondrement soviétique, mais accepte de se rattacher à l'Ukraine à la condition de l'autonomie. Les tensions culturelles, économiques, et sociales la conduise à se déclarer indépendante en 2014, soutenue en cela par une occupation militaire russe, puis à adopter par référendum une incorporation au sein du territoire russe. La situation vis-à-vis de la passeportisation est alors moins claire que pour la Géorgie. La plupart des commentateurs s'accordent à dire que dans les mois qui ont suivi l'annexion, plus d'un million de passeports ont été distribués en Crimée pour une population d'un peu plus de deux millions. Le démarrage de ce processus s'est fait dans les mêmes conditions légales qu'en Géorgie. Très rapidement, le Parlement russe a encore simplifié cette dynamique en prévoyant dans un nouvel amendement de la loi sur la nationalité adopté le 20 avril 2014 (loi n° 71-FZ) la possibilité pour les russophones natifs d'être naturalisés sans condition de résidence. Il est moins aisé de savoir si cette politique de passeportisation avait commencé avant l'annexion. Aucune dynamique en ce sens n'a été sérieusement documentée, que ce soit par Anne Peters dans sa monumentale étude des naturalisations extraterritoriales[17] ou par les sociologues spécialistes de la question qui se sont rendus en Crimée – ces derniers jugent que la passeportisation a commencé après l'annexion et non auparavant[18].

Le second territoire est celui du Donbass. Il fait également sécession à la faveur de la crise de 2014 en proclamant deux républiques populaires, l'une de Donetsk, l'autre de Lougansk. La Russie n'a pas engagé dès le début dans ces territoires une politique volontariste de distribution de passeports. Ce n'est que par un décret du 24 avril 2019 (n° 183) portant sur « la définition à des fins humanitaires des catégories de personnes habilitées à demander l'admission à la citoyenneté de la Fédération de Russie de manière simplifiée » que l'octroi de la nationalité russe dans ces régions a été organisé administrativement. A la veille des hostilités, en février 2022, certaines estimations relèvent 720 000

[16] Pour accéder à la majeure partie des textes en russe, voy. P. BARBIROTTO, « The Russian Citizenship Law in Ukraine and International Law », *OpinioJuris*, 6 octobre 2022.
[17] Voy. A. PETERS, « Extraterritorial Naturalizations », *op. cit.*, p. 632-657.
[18] Voy. E. KNOTT, *Kin Majorities. Identity and Citizenship in Crimea and Moldova*, McGill-Queen's University Press, 2022, p. 107-150, spéc. p. 107-108 ; S. WRIGHTON, « Authoritarian regime stabilization through legitimation, popular co-optation, and exclusion : Russian *pasportizatsiya* strategies in Crimea », *op. cit.*, p. 283-300, spéc. p. 285.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

naturalisations, soit près de 20% de la population de ces deux provinces séparatistes[19]. La dynamique légale de passeportisation est renforcée par un décret du 4 mai 2022 qui étend la possibilité d'une acquisition simplifiée de la nationalité russe à des territoires des deux républiques de Donetsk et de Lougansk nouvellement conquis par les forces russes. Ces deux républiques ont été incorporées par la Russie dans son territoire à la fin du mois de septembre 2022[20].

Le troisième territoire est celui des provinces de Zaporijia et Kherson (qui n'ont jamais relevé des prétentions séparatistes de la Crimée ou du Donbass). La maîtrise d'une partie du territoire de ces provinces par l'armée russe a conduit à l'adoption d'un décret du 25 mai 2022 organisant, comme précédemment, l'application matérielle du processus de naturalisation facilitée pour les habitants de cette région. Dès juin 2022, les autorités russes communiquaient sur une cérémonie de remise de la nationalité à 23 habitants de Kherson[21]. Ces deux provinces ont fait l'objet, dans un même mouvement que les provinces de Donetsk et de Lougansk, d'une annexion dans le territoire russe.

Depuis un décret du 11 juillet 2022, sans doute pour cesser d'édicter des modifications au fil des mutations du contrôle russe des provinces ukrainiennes, le président Poutine a étendu le processus de naturalisation simplifié à l'ensemble des ressortissants ukrainiens. Il est évidemment douteux que celui-ci puisse produire un quelconque effet sur les territoires sous contrôle du gouvernement ukrainien. Il n'empêche, ce décret accompagne les autorités nouvellement instituées par Moscou dans tous les territoires soustraits au contrôle de Kiev. Les autorités russes ont indiqué à la fin du mois de novembre 2022 avoir naturalisé 80 000 individus dans les provinces de Donetsk, Lougansk, Zaporijia et Kherson[22].

B. Enjeux notionnels de la passeportisation

Comment, sur la base des pratiques russes en Géorgie et en Ukraine, définir la notion de passeportisation ? Le terme n'a un intérêt que s'il devient discriminant au regard de la notion de naturalisation extraterritoriale (1). Il est alors possible de la définir via deux conditions cumulatives : le caractère massif et rapide des naturalisations extraterritoriales ; le caractère coercitif de cette politique à l'égard de l'Etat d'origine des naturalisés (2).

1. Les naturalisations extraterritoriales ne sont pas un phénomène nouveau. Si les mécanismes d'acquisition de la nationalité s'épanouissent majoritairement sur le territoire de l'Etat via le critère de résidence habituelle, de nombreuses

[19] « Russia has issued 720,000 fast-track passports in separatist-held areas of eastern Ukraine », *Euronews*, 17 février 2022.
[20] Voy. P. KIRBY, « Russia to formally annex four more areas of Ukraine », *BBC*, 29 septembre 2022.
[21] Voy. « Les premiers passeports russes remis aux habitants du sud de l'Ukraine », *Le Figaro*, 11 juin 2022.
[22] Voy. « Ukraine : Moscou a distribué 80.000 passeports russes depuis les "annexions" », *Le Figaro*, 24 novembre 2022.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

législations prévoient toutefois des mécanismes extraterritoriaux. En France par exemple, la législation prévoit la possibilité d'une dispense de résidence sur le territoire national dans le cadre de la procédure de naturalisation[23], ou la possibilité d'acquérir la nationalité par mariage, quel que soit le lieu de résidence[24]. En Europe en particulier, des phénomènes de naturalisation extraterritoriale à plus grande échelle s'inscrivent plus volontiers dans des politiques d'« Etats-parents » (« *Kin-States* ») qui consolident des liens ethno-nationalistes avec des ressortissants présents sur le territoire d'Etats étrangers[25]. La Hongrie procède ainsi depuis les années 2000 à de nombreuses naturalisations sur la base de critères ethniques, en particulier en Ukraine, Serbie et Slovaquie. La porte d'entrée dans la citoyenneté de l'Union que représente le passeport hongrois le rend particulièrement attractif pour les ressortissants de pays tiers – mais se heurte en réponse à des législations prohibant la double nationalité. La Roumanie mène une politique similaire à l'égard de Roumains expatriés, sur la base là-encore de critères ethniques, dans une optique de « restauration » de nationalité après des pertes intervenues durant l'époque communiste. Cette politique s'épanouit principalement en Moldavie et, à plus faible échelle, en Ukraine.

Des Etats ayant fait l'objet de partitions ont également procédé à des acquisitions extraterritoriales de nationalité en maintenant par fiction l'unité territoriale du pays : en République Fédérale d'Allemagne jusqu'à la réunification, à l'égard des ressortissants de la République Démocratique d'Allemagne ; à Chypre jusqu'à aujourd'hui, à l'égard des ressortissants de la République turque de Chypre. Plus récemment, l'Espagne et le Portugal se sont lancés dans des programmes de « *reparative citizenship* »[26] en octroyant, dans des conditions limitées, leur nationalité aux descendants des Juifs sépharades expulsés de ces pays au XV^{ème} siècle. Enfin, d'avantage encore au cœur de l'Europe occidentale, le gouvernement autrichien a évoqué en 2017-2018 l'idée de naturaliser les populations germanophones d'Italie résidant dans le Sud-Tyrol (autrefois intégré dans le territoire de l'Autriche-Hongrie). Ce projet n'a pas abouti en l'état, notamment en raison de l'opposition à l'époque du gouvernement de Matteo Salvini[27].

De manière très médiatique, la naturalisation extraterritoriale concerne encore les ventes de nationalité, de nombreux Etats vendant leur passeport sans exiger ou même parfois permettre la résidence sur leur territoire. Les Etats de la zone caraïbes ou, au sein de l'Union, Malte et Chypre sont au cœur de telles pratiques[28].

[23] Art. 21-26 du code civil.
[24] Art. 21-2, al. 2, du code civil.
[25] Sur l'ensemble de ces cas, voy. A. PETERS, « Extraterritorial Naturalizations », *op. cit.*, p. 645-657.
[26] A. FROST, « The rise of reparative citizenship », 2022, vol. 26, n° 4-5, p. 454-459.
[27] Voy. R. ATKINS et J. POLITI, « Austria and Italy clash over South Tyrol citizenship proposal », *Financial Times*, 19 décembre 2017 ; B. BELL, « Austria-Italy passport row tests Europe's populist allies », *BBC*, 21 octobre 2018.
[28] Voy. J. DZANKIC, *The Global Market for Investor Citizenship*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, 226 p.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Parfois, c'est même un Etat qui achète pour le compte de ses étrangers une nationalité extraterritoriale, comme c'est le cas des Emirats arabes unis ayant offert la nationalité comorienne à une part de leur population apatride (pour éviter de conférer leur propre nationalité)[29]. L'ensemble de ces phénomènes peuvent-ils être raisonnablement comparés avec la pratique russe ? La réponse est négative en ce qu'il leur manque soit un caractère massif et rapide, soit un caractère coercitif. Ces deux critères laissent deviner ce qui peut circonscrire, sur le plan notionnel, la passeportisation.

2. Sur la base de la réflexion historique de la notion de passeportisation, venant donc de la politique de *pasportizatsiya* de la Russie soviétique, il est possible de définir la notion de passeportisation dans le contexte russe contemporain pour en faire ressortir la spécificité face aux simples naturalisations extraterritoriales. Selon les récents travaux de Sam Wrighton[30], l'emploi du terme de passeportisation par-delà les époques traduit une triple logique de légitimation, cooptation et exclusion, au service de la stabilisation autoritaire d'un territoire. Ce qui définit essentiellement la passeportisation selon cet auteur tient dans l'autoritarisme de cette méthode. Sur le plan juridique, cet autoritarisme se traduit par le caractère massif et rapide des naturalisations extraterritoriales et leur inscription dans une logique coercitive.

Le caractère massif et rapide permet d'abord de distinguer la passeportisation des naturalisations extraterritoriales qui ne visent pas à incorporer des catégories entières d'étrangers. Elle implique ainsi l'existence d'une administration dédiée, soit sur le sol de territoires contestés, soit facilement saisissable par les individus, directement ou par des tiers chargés de les représenter. La passeportisation met le nombre au service de la politique. L'objectif est nécessairement celui de transformer le statut d'une catégorie cohérente de la population d'un autre Etat, le plus souvent une minorité nationale avec laquelle une proximité ethnolinguistique est entretenue. Un million de nouveaux naturalisés en Crimée en quelques mois[31], représentant près de la moitié de la population de la péninsule. Passage de 20% à 70% de nationaux russes pour le seul mois de juin 2002 en Abkhazie (pour atteindre 80% en janvier 2003) ; passage de 56% à 98% de nationaux russes entre mai et septembre 2004 en Ossétie du Sud[32]. L'ampleur et la vitesse ne sont pas des conséquences du mécanisme de passeportisation mais deux de ses déterminants. Le caractère massif et rapide de la passeportisation témoignent d'une recherche de déstabilisation, inscrite dans une approche autoritaire.

[29] Voy. A. A. ABRAHAMIAN, *The Cosmopolities. The Coming of the Global Citizen*, New York, Columbia Global Reports, 2015, 162 p.
[30] Voy. S. WRIGHTON, « Authoritarian regime stabilization through legitimation, popular co-optation, and exclusion : Russian *pasportizatsiya* strategies in Crimea », *op. cit.*, p. 296-297.
[31] Voy. *infra*.
[32] Voy. T. NAGASHIMA, « Russia's Passportization Policy toward Unrecognized Republics. Abkhazia, South Ossetia, and Transnistria », *Problems of Post-Communism*, 2019, vol. 66, n° 3, p. 189.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

A ce titre, il est difficile de parler de passeportisation pour évoquer le cas de la république moldave du Dniestr (Transnistrie). Cette entité sécessionniste située sur la rive gauche du Dniestr, et qui occupe une zone historiquement comprise dans la Moldavie, a décrété son indépendance en 1992 et exerce *de facto* l'autorité, en lieu et place du gouvernement moldave. Il est permis aux ressortissants de cet Etat sécessionniste d'acquérir la nationalité russe dans les mêmes conditions qu'en Géorgie. Toutefois, les autorités russes freinent plus qu'elles n'accélèrent la distribution. Autour de 200 000 habitants de ce territoire ont obtenu la nationalité russe depuis le début des années 2000 (sur plus de 500 000 habitants), mais le processus est long et ne répond pas aux désirs des autorités de Transnistrie. Celles-ci souhaiteraient voir le mouvement s'accélérer pour, *in fine*, permettre à ce territoire de rejoindre la Fédération de Russie. A ce stade, les autorités de Moscou, qui exercent déjà une « influence décisive »[33] sur cet Etat sécessionniste, selon les mots de la Cour européenne des droits de l'homme, n'ont pas montré de volonté particulière en ce sens. Sur la base de ces éléments, Toru Nagashima note bien que « *it is clear that passportization did not occur in Transnistria*. »[34]. Il manque ici le caractère massif et rapide pour faire de cette politique une réelle illustration de la passeportisation[35].

Le caractère coercitif de la passeportisation permet ensuite de la distinguer des naturalisations extraterritoriales qui n'interviennent pas dans une logique de contrainte. La naturalisation extraterritoriale, en tant que catégorie par défaut, appartient potentiellement au référentiel libéral du droit international. S'il s'agit bien de servir un affermissement et une formalisation des liens avec l'Etat naturalisant, les conséquences d'une telle naturalisation s'étendent uniquement dans le chef des individus, qui voient leurs perspectives (notamment de mobilité) s'accroitre. Une telle action s'inscrit dans la continuité de la théorie libérale de la « *stakeholder citizenship* »[36] qui légitime, d'une part, les législations qui offrent la nationalité aux individus qui ont des liens de nature « biographique » (naissance, filiation, mariage, résidence passée, etc.) avec l'Etat, sans nécessairement prendre en compte leur lieu de résidence actuel ni exiger le renoncement à la nationalité d'origine (tolérance vis-à-vis de la double nationalité)[37].

---

[33] CEDH, grande chambre, 8 juillet 2004, n° 48787/99, aff. *Iliascu*, § 392.
[34] T. NAGASHIMA, « Russia's Passportization Policy toward Unrecognized Republics », *op. cit.*, p. 196.
[35] Voy. M. DUBUY, « La politique de passeportisation de la Russie, arme d'annexion rampante ? », in M. DUBUY et G. RENOU (dir.), *Les habits neufs du citoyen*, Paris, Pedone, à paraître.
[36] Voy., parmi de nombreuses références, R. BAUBÖCK (dir.), *Democratic inclusion. Rainer Bauböck in dialogue*, Manchester, Manchester University Press, 2018, 309 p.
[37] R. BAUBÖCK, « Stakeholder Citizenship and Transnational Political Participation : A Normative Evaluation of External Voting », *Fordham Law Review*, 2018, vol. 75, n° 5, p. 2393-2447. Les naturalisations extraterritoriales des kin-states ne reposent pas principalement sur ces éléments biographiques, mais plutôt sur une communauté de nature ethnique et linguistique. Sa capacité à entrer dans le cadre libéral est discutée. Voy. J. BLATTER, « Dual citizenship for ethnic minorities with neighbouring kin states », in R. BAUBÖCK (dir.), *Dual citizenship for transborder minorities ? How to respond to the Hungarian-Slovak tit-for-tat*, EUI Working Paper, RSCAS 2010/75, p. 13-18 et P. SPIRO, « Accepting (and Protecting) Dual Citizenship for Transborder Minorities », *ibid.*, p. 7-9.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

A l'inverse, la passeportisation ne respecte pas ce cadre libéral en ce qu'elle écarte largement la perspective individualiste. Elle vise à provoquer des effets institutionnels et territoriaux sur un souverain étranger en opérant une contrainte sur sa qualité même d'Etat. Elle suit ainsi un objectif de déstabilisation qui justifie ou accompagne une perte de contrôle territorial. L'acquisition d'une nouvelle nationalité par une population donnée entre en relation directe avec une perte de souveraineté territoriale sur l'espace occupé par cette population. La question de la temporalité demeure toutefois primordiale.

La passeportisation peut être le prélude de la perte territoriale. Comme en Géorgie, la rhétorique juridique de la protection des nationaux à l'étranger a intégré la justification d'une intervention armée sur le territoire abkhazien et sud-ossète. Dmitri Medvedev, qui est alors le Président de la Fédération de Russie, déclare à la télévision juste avant le début des hostilités : « Je suis obligé de défendre la vie et l'honneur des citoyens russes, quel que soit le lieu où ils se trouvent »[38]. Une tribune du Président de la Cour constitutionnelle russe publiée le 13 août 2008 mentionne qu'il est conforme à l'ordre constitutionnel russe que l'armée puisse intervenir pour protéger la vie des nationaux à l'étranger[39]. De la même manière, une lettre du 11 août 2008 de Vitaly Churkinde, ambassadeur russe auprès du Conseil de sécurité des Nations Unies, fait état d'une action militaire, notamment en protection des nationaux, fondée sur le droit de légitime défense et l'article 51 de la Charte[40]. Egalement, la protection des nationaux présents dans le Donbass a pu justifier, pour partie, l'entrée en guerre de la Russie en février 2022, le président Poutine déclarant dans un discours que l'un des buts de l'intervention est de porter secours aux citoyens russes de ce territoire[41].

La passeportisation peut encore intervenir après la perte de contrôle territorial. Comme c'est le cas principalement en Ukraine, où la Crimée et les provinces de Zaporijia et Kherson en font l'objet depuis que les autorités russes exercent un contrôle effectif de tout ou partie de ces territoires. L'annexion qui se définit comme un transfert de souveraineté[42] s'accompagne nécessairement d'une

[38] T. KARON, « Has Georgia Overreached in Ossetia ? », *The Time*, 9 août 2008.
[39] P. ROUDIK, « Russian Federation : Legal Aspects Of War In Georgia », *op. cit.*, p. 9.
[40] Lettre du 11 août 2008 émanant du représentant permanent de la Fédération Russe aux Nations Unies, addressée au Président du Conseil de sécurité, S/2008/545 : « *In those circumstances, the Russian side had no choice but to use its inherent right to self-defence enshrined in Article 51 of the Charter of the United Nations. I have the honour to assure you that the use of force by the Russian side is strictly proportionate to the scale of the attack and pursues no other goal but to protect the Russian peacekeeping contingent and citizens of the Russian Federation from the illegal actions of the Georgian side and to prevent future armed attacks against them*. »
[41] Voy. R. VÄRK, « Russia's Legal Arguments to Justify its Aggression Against Ukraine », *International Centre for Defence and Security*, novembre 2022, p. 6-7. L'argument est toutefois moins clair et saillant qu'en 2008. La declaration du président Poutine, dans « Transcript: Vladimir Putin's Televised Address on Ukraine », *Bloomberg*, 24 février 2022, est la suivante : « *The purpose of this operation is to protect people who, for eight years now, have been facing humiliation and genocide perpetrated by the Kiev regime. To this end, we will seek to demilitarise and denazify Ukraine, as well as bring to trial those who perpetrated numerous bloody crimes against civilians, including against citizens of the Russian Federation*. »
[42] Voy. M. DUBUY, « La politique de passeportisation de la Russie », *op. cit.*, à paraître.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

mutation territoriale et personnelle. La passeportisation devient ainsi le moyen de l'Etat annexant d'attraire à lui la composante humaine de ce territoire. Outre le caractère coercitif de l'annexion, cette distribution de passeports se double d'une contrainte exercée sur les individus eux-mêmes qui se trouvent souvent forcés d'accepter l'offre, sauf à se trouver dans une situation d'exclusion au sein même du territoire où ils sont nés. La possession du passeport du nouvel Etat occupant devient la condition même d'une existence légale sur ce territoire : travailler, scolariser les enfants, percevoir des prestations sociales, ouvrir un compte en banque, etc.[43] Le choix se fait donc entre l'acception du passeport et l'exil, autrement dit la contrainte sur l'Etat comme sur l'individu est maximale[44].

Le caractère coercitif et autoritaire de ce mécanisme fait de la nationalité une arme, agissant parmi les causes ou les conséquences d'une soustraction territoriale. Suivant la belle formule de Vincent M. Artman, « *the humble passport can be as mighty as the sword* »[45]. D'autres formules, dans le même sens, indiquent la « *weaponization* »[46] de la nationalité. A ce critère coercitif, impliquant la contrainte à l'endroit du pays (et des habitants) subissant des tensions territoriales, s'ajoutent la rapidité et l'ampleur de la politique de passeportisation, dont le caractère déstabilisateur renforce l'autoritarisme de la méthode. Quelles sont alors les conséquences possibles, sur le plan international, d'une telle politique ?

II. LA LÉGALITÉ DE LA PASSEPORTISATION

Il n'appartient pas ici, à l'observateur du droit de la nationalité, de questionner généralement la légalité internationale des interventions russes sur des territoires contestés. Il est nécessaire de remettre la nationalité à sa juste place : un instrument parmi d'autres dans une politique de puissance dont la conformité au droit international peut être discutée sous une multitude d'angles. L'objectif est plutôt d'analyser comment la passeportisation s'intègre dans les préconisations du droit international, sans perdre de vue que cette seule question ne forme qu'une partie du problème dans le cadre du recours à la force. Sur le plan de la légalité, de solides arguments plaident pour la contrariété au droit international de la politique de passeportisation (A). Reste à identifier les conséquences d'une telle illégalité sur le plan international et son retentissement sur la poursuite des opérations (B).

[43] Voy. S. WRIGHTON, « Authoritarian regime stabilization through legitimation, popular co-optation, and exclusion : Russian *pasportizatsiya* strategies in Crimea », *op. cit.*, p. 293-296.
[44] Il n'empêche que la passeportisation peut être favorablement accueillie par les populations locales. E. KNOTT, *Kin Majorities*, *op. cit.*, p. 108 et s. insiste ainsi sur le fait que la notion de passeportisation met trop souvent l'accent sur la structure et les institutions, et pas assez sur les individus, dont l'agentivité est soit niée, soit insuffisamment exploitée.
[45] V. M. ARTMAN, « Annexation by passport », *Al Jazeera (America)*, 14 mars 2014.
[46] Voy. le débat, toujours en cours à l'heure où ces lignes sont écrites, sur le site de Globalcit, « Weaponized Citizenship : Should international law restrict oppressive nationality attribution ? ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

A. Le débat relatif à la légalité

Le phénomène a été étudié assez largement, surtout depuis la situation géorgienne où il a servi de préalable à l'engagement d'une action en protection militaire des nationaux, dans le cadre de l'article 51 de la Charte relatif au droit de légitime défense. Sans chercher à explorer de manière exhaustive toutes les implications de la nationalité dans les conflits russes, trois arguments permettent de discuter la question de manière opératoire : le consentement des individus à être naturalisés (1) ; l'exigence d'un lien effectif avec l'Etat naturalisant (2) ; l'atteinte à la souveraineté par la passeportisation (3).

1. La règle du consentement des individus dans le cadre de la naturalisation est l'une des plus anciennes du droit international de la nationalité. L'une des réflexions les plus ambitieuses sur la codification internationale de la nationalité en rend compte dès le début du XX^{ème} siècle : le célèbre « Harvard Draft » constate que le principe du consentement de l'individu à être naturalisé « *is believed to be generally recognized*. »[47] L'article 15 de ce projet stipule ainsi : « *Except as otherwise provided in this convention, a state may not naturalize a person of full age who is a national of another state without the consent of such person; but a state may naturalize a person not of full age, in connection with its naturalizaton of his parent, without the consent of such person* »[48]. La justification est centrée sur l'intérêt de l'Etat d'origine qui verrait ses nationaux soumis contre leur volonté aux charges d'une nationalité étrangère.

Si le principe est à ce point consolidé à l'époque, c'est parce qu'au XIX^{ème} siècle, les constitutions péruvienne ou mexicaine prévoyaient la naturalisation automatique des individus se portant acquéreur d'un bien immobilier sur le territoire national, ou, plus tard, sur un simple critère de résidence. Les protestations des Américains et des Français conduisirent ces Etats à réserver une option contraire[49]. La règle du consentement se cristallise donc dès la fin du XIX^{ème} siècle et se trouve transcrite sans peine dans les différents exercices doctrinaux de codification. D'ailleurs, l'Institut de droit international indique lui-même dans l'article 3, alinéa 2 de la résolution de 1928 sur la nationalité que « [u]n individu ne peut acquérir, par naturalisation, une nationalité étrangère, que s'il en fait la demande ». A notre connaissance, cette règle n'a jamais été conventionnalisée, et en particulier pas dans la Convention européenne sur la nationalité qui fait plutôt obligation aux Etats de prévoir la naturalisation (art. 6 § 2), sans envisager l'hypothèse d'une naturalisation forcée.

Dans la situation des passeportisations russes, la question du consentement n'apparaît pas directement puisque les individus doivent bien engager une démarche de naturalisation auprès des autorités russes. Anne Peters évoque

[47] « The Law of Nationality », *AJIL*, 1929, vol. 23, n° 2, supp. Codification of International Law, p. 53.
[48] *Ibid.*
[49] Sur l'ensemble, voy. J. B. MOORE, *Digest of International Law*, vol. 3, Washington, Government printing office, 1906, p. 302-310.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

toutefois très justement la possibilité que le consentement formel de l'individu à la naturalisation soit en réalité vicié, en raison de pression, de menaces ou de l'emploi de la force[50]. Or, dans le cadre d'une annexion territoriale, un individu autrefois national de plein exercice se trouve face au choix d'acquérir la nationalité de l'Etat prenant possession du territoire, ou bien de se trouver en situation d'étranger et d'exclusion[51]. Le choix n'apparaît pas libre en ce que la seconde option est largement préjudiciable aux intérêts de l'individu. L'annexion par la force de différentes régions ukrainiennes s'accompagne ainsi d'une nécessaire acquisition de la nationalité russe pour les populations résidant dans ces zones, de manière à préserver l'acquis des droits liés à la nationalité (résidence régulière, travail, protection sociale, état-civil, etc.).

Il n'en demeure pas moins que, avant l'annexion, la Russie justifiait sa politique de passeportisation par la protection des droits de l'homme des ressortissants des régions séparatistes. Les autorités ukrainiennes ont en effet décidé de ne plus payer les pensions et prestations des habitants des régions qui n'étaient plus sous le contrôle du gouvernement, créant de graves difficultés sociales[52]. Devant le Conseil de sécurité, la distribution de passeports a été justifiée en 2019 par la Russie comme une réponse au « blocus socioéconomique du Donbass » organisé par l'Ukraine, privant les habitants de ces régions « de leurs sources de revenus, de leurs pensions et des prestations auxquelles les autres citoyens ukrainiens ont droit »[53]. Et de fait, il semble bien que la Russie ait engagé via la distribution de sa nationalité une politique attractive d'accès aux prestations sociales[54]. Par le fait de l'annexion, la Russie ne se trouve toutefois plus en situation d'exploiter cette rhétorique des droits de l'homme.

Le choix paraît moins contraint en Abkhazie et en Ossétie du Sud où aucune annexion russe n'a été formellement mise en œuvre ; le refus de prendre la nationalité russe n'implique pas une bascule vers un statut d'étranger. Le rapport de la *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia* (« rapport Tagliavini ») mise en place par l'Union européenne observe que les ressortissants de ces deux entités ont acquis la nationalité russe pour profiter d'opportunités accrues de mobilité (notamment d'un régime d'exemption de visa), de travail et d'éducation. Il n'y a dans cette situation rien qui pourrait, *a priori*, vicier le consentement à être naturalisé. De fait, sur ce point, le rapport Tagliavini conclut que « *[i]t can therefore be assumed that the conferral of*

[50] A. PETERS, « Extraterritorial Naturalizations », *op. cit.*, p. 668.
[51] Voy. S. WRIGHTON, « Authoritarian regime stabilization through legitimation, popular co-optation, and exclusion : Russian *pasportizatsiya* strategies in Crimea », *op. cit.*, p. 291-296.
[52] Voy. S. GOBERT, « Kiev ne versera plus ni salaire, ni retraite aux habitants du Donbass », *RFI*, 7 novembre 2014 ; UNHCR (France), « Des milliers de personnes âgées dans l'est de l'Ukraine perdent leurs retraites », 14 juin 2017.
[53] Déclaration de M. Nebenzia, CONSEIL DE SÉCURITÉ, 25 avril 2019, 8516e séance, UN Doc. S/PV.8516, p. 17.
[54] Voy. S. WRIGHTON, « Authoritarian regime stabilization through legitimation, popular co-optation, and exclusion : Russian *pasportizatsiya* strategies in Crimea », *op. cit.*, p. 290.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Russian nationality before August 2008 generally occurred on a voluntary basis »[55].

2. Le caractère abusif des naturalisations conférées dans le cadre de la passeportisation est sans doute l'argument le plus fort pour arguer de l'illégalité du phénomène dans son ensemble. Elle repose sur l'idée que toute nationalité qui ne se traduirait pas par un lien d'une certaine qualité avec l'Etat doit être considérée comme abusive et, partant, contraire au droit international. L'abus de droit a ceci d'intéressant qu'il peut saisir l'exercice d'une compétence respectant formellement la légalité, tout en considérant que son exercice concret relève de l'arbitraire, ou s'écarte des finalités pour lesquelles cette compétence existe[56]. En matière de naturalisation, le principe de la prohibition de l'abus de droit implique un lien de rattachement entre le naturalisé et l'Etat. Erich Kaufmann formule sans doute en 1935 de la manière la plus claire une telle exigence :

> « les Etats ne sont pas autorisés à procéder à la naturalisation d'individus qui ne seraient pas établis sur leurs territoires nationaux ou qui n'auraient pas demandé la naturalisation, ou au sujet desquels ils ne pourraient invoquer aucun autre lien sérieux qui justifierait la naturalisation, tels que service militaire ou civil. En cas de lésion de ces principes généraux, qui sont inhérents à l'institution de l'allégeance politique, les Etats, dont les intérêts sont atteints par ces actes arbitraires, ont le droit d'intervenir ; et les tribunaux internationaux ne tiendront pas compte d'une nationalité acquise contrairement auxdits principes »[57].

Quelques années plus tard, Alexander Makarov confirme une telle approche en écrivant dans son cours que « [c]omme exigence minimum, on doit admettre le principe qu'il est défendu aux Etats particuliers d'octroyer leur nationalité aux individus qui n'ont aucun point de rattachement à l'ordre juridique de tel Etat »[58]. L'exigence d'un lien matériel entre un naturalisé et son Etat se trouve donc largement exprimée durant le premier XX^{ème} siècle. L'arrêt *Nottebohm*, consacrant la nationalité effective, peut être vu comme une déclinaison spéciale de la théorie de l'abus de droit en matière de nationalité. L'étude des écritures des parties montre en effet que l'abus est central dans les discussions. Si le terme n'apparaît pas dans l'arrêt, c'est sans doute par prudence et volonté de confiner, au moins formellement, une solution d'ampleur[59].

La prohibition de l'abus de droit en droit de la nationalité implique ainsi qu'il existe un lien de rattachement dont la nature est bien décrite par les juges de l'affaire *Nottebohm*. Au-delà du lyrisme de la « solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »[60], l'arrêt

[55] Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report*, vol. II, 2009, p. 168.
[56] Voy. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000, p. 83-96 ; M. LEMEY, *L'abus de droit en droit international public*, Paris, LGDJ, 2021, 496 p.
[57] E. KAUFMANN, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1935, vol. 54, p. 374-375.
[58] A. N. MAKAROV, « Règles générales du droit de la nationalité », *RCADI*, 1949, vol. 74, p. 305.
[59] Sur ce point, voy. J. LEPOUTRE, *Nationalité et Souveraineté*, Paris, Dalloz, 2020, p. 358-365.
[60] CIJ, arrêt, 6 avril 1955, affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Recueil CIJ, p. 23.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

mentionne la nécessité d'un « fait social de rattachement »[61] et que « l'individu auquel [la nationalité] est conférée […] est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat »[62]. Ce rattachement est principalement le fruit de la résidence habituelle[63] et son absence laisse présumer le caractère abusif de la naturalisation, sauf à ce que d'autres liens substantiels puissent être démontrés. Dans le contexte moins coercitif des *Kin-State policies*, Rainer Bauböck indiquait déjà que le critère du lien effectif de nationalité ne peut être considéré comme satisfait :

> In the absence of clear guidance through current international law, what are the principles that the political actors involved in a transborder conflict about dual citizenship should respect ? […] Multiple citizenship ought to be granted only to persons with genuine links to several states. This principle would clearly condemn […] preferential naturalisation of persons residing permanently abroad whose ancestors had once been citizens. One might object that transborder minorities, such as ethnic Hungarians in Slovakia, still have a genuine link to their external kin state because of a shared language and an interest in external protection of their minority rights. Yet while these are relevant interests that ought to be taken into account, they should not determine who has a claim to membership status in a democratic state.[64]

La théorie politique rejoint ainsi l'analyse juridique sur l'inconsistance des liens généalogiques, culturels et linguistiques pour qualifier, à eux seuls, l'existence d'un lien effectif de nationalité.

La Russie, en étendant par un décret du 11 juillet 2022[65] sa politique de passeportisation à l'endroit de *tous* les Ukrainiens, sans autre forme de conditions, démontre parfaitement l'arbitraire et donc le caractère abusif d'une telle politique. Il s'agirait presque d'un nouveau cas d'école à la manière des cas extrêmes que présente Paul Weiss dans son ouvrage de référence pour donner à voir de clairs exemples de violation du droit international : la naturalisation de toutes les personnes dans un rayon de 500 miles au-delà des frontières, la naturalisation de tous les habitants d'une ville étrangère, etc.[66]

Les naturalisations fondées sur des considérations ethnolinguistiques semblent donc mal correspondre à un véritable fait social de rattachement, déliant la naturalisation de toute condition de résidence. En tout état de cause, le fait que la Russie ait renoncé à ce critère pour élargir sa passeportisation à un Etat entier démontre sans peine le caractère abusif et donc l'illégalité de cette politique. Concernant la Géorgie, le rapport Tagliavini a considéré que la naturalisation sur

---

[61] *Ibid.*
[62] *Ibid.*
[63] Comme cela résulte de l'examen d'espèce opéré par les juges dans l'affaire Nottebohm, *ibid*., p. 25-26.
[64] R. BAUBÖCK (dir.), *Dual citizenship for transborder minorities ? How to respond to the Hungarian-Slovak tit-for-tat*, EUI Working Paper, RSCAS 2010/75, p. 3.
[65] Voy. *supra*.
[66] P. WEIS, *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen aan den Rijn, Sythoff & Noordhoff, 1979, 2e éd., p. 102-103.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

le simple fondement d'une ancienne qualité de ressortissant soviétique ou d'un séjour temporaire en Russie ne satisfaisait pas « *the minimum requirement of a factual connection between the person and Russia* »[67], et que plus généralement les naturalisations collectives de ressortissants ne résidant pas sur le sol de l'Etat qui confère sa nationalité étaient contraires au droit international[68].

3. Un troisième argument fait de la passeportisation un élément des politiques d'agression et d'annexion illicite de la Russie et doit, à ce titre, être reconnue illégale. L'analyse tient en la violation de la souveraineté ukrainienne, de son intégrité territoriale, du principe de bon voisinage, et plus spécifiquement des accords de Minsk (qui engagent la Russie dans le règlement pacifique des différends en Ukraine)[69]. Le raisonnement s'opère principalement autour de l'idée que la passeportisation participe à la déstabilisation du régime ukrainien, dans le sillage des actions armées des autorités russes.

Si la formulation de l'argument est aisée, son analyse l'est un peu moins. Le caractère coercitif de la passeportisation repose sur le fait qu'elle justifie ou consolide une agression ou une annexion. La simple distribution de passeports n'est pas suffisante pour déstabiliser un Etat souverain. En ce sens, Eric Fripp écrit bien que « *no general right is possessed by any State to prevent its national naturalising in a second country* »[70]. L'existence d'enclaves d'étrangers ou de doubles nationaux sur le territoire d'un Etat ne saurait constituer une menace pour sa souveraineté. La qualité étatique tient en la capacité d'un gouvernement à assurer un ordre de contrainte effectif sur la population présente sur son territoire. La nationalité, donnée contingente du droit international[71], n'est pour rien dans la capacité d'un Etat à assurer le respect de son ordre de contrainte. C'est par une sorte de théorie de l'accessoire que la passeportisation devient illégale. La distribution de passeport participe à la justification ou à la consolidation d'une agression ou d'une annexion illégale. Ainsi, le caractère illégal du principal (l'agression ou l'annexion) rayonne sur le statut de l'accessoire (la passeportisation). Ce ne sont donc plus les actions en droit de la nationalité qui sont illégales en elles-mêmes, mais leur inscription dans une action illégale de recours à la force.

[67] Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *op. cit.*, p. 169.
[68] *Ibid*., p. 171 : « *The large-scale naturalisations of residents of South Ossetia and Abkhazia with no other factual connection to Russia must be equated to so-called collective (ex lege) naturalisations of foreign residents. For this reason they are already prohibited by the specific international legal prohibition of extraterritorial collective naturalisations* ».
[69] Voy. A. PETERS, « Passportisation : Risks for international law and stability », partie I et II, *EJIL : Talk !*, 9 mai 2019.
[70] E. FRIPP, « Passportisation : Risks for International Law and Stability – Response to Anne Peters », *EJIL : Talk !*, 30 mai 2019.
[71] Voy. H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *RDP*, 1926, vol. 43, p. 607 ; « La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité. Les principes. Leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, 1929, vol. 4, p. 636.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Pour ces trois motifs alternatifs – caractère vicié du consentement, ineffectivité de la nationalité, atteinte à la souveraineté –, la politique de passeportisation peut être jugée contraire au droit international. Quelles sont alors les conséquences qui s'attachent à la reconnaissance de cette illégalité ?

B. Les conséquences attachées à la reconnaissance d'une illégalité

La reconnaissance de l'illégalité de la politique de passeportisation entraine l'inopposabilité internationale des nationalités ainsi distribuées. En matière de nationalité en effet, le droit international se borne à priver d'effets une mesure illégale, faute de pouvoir contraindre l'Etat à agir sur le plan interne[72]. Cette inopposabilité a deux conséquences de grande importance : elle permet d'écarter toute justification du recours à la force basée sur l'action en protection des nationaux (1) ; elle donne un support à l'édiction de contre-mesures par les Etats tiers (2).

1. Comme déjà mentionné *supra*, la justification de l'action militaire de la Russie est fondée en partie sur l'action en protection des nationaux à l'étranger. L'inopposabilité des nationalités conférées aux nationaux fait tomber, sur le plan international, la licéité d'une telle action. Il est toutefois nécessaire de préciser que la licéité même d'une action en protection en droit international est largement débattue.

Si la Charte prohibe en son article 2 §4, le droit de recourir à l'emploi de la force « contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat », elle consacre en revanche en son article 51 le « droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée ». Or, pour beaucoup d'auteurs, la protection des nationaux à l'étranger peut justement entrer dans les prévisions de la légitime défense internationale sur le fondement de la Charte. Derek W. Bowett exprime cette idée avec force en 1958, considérant qu'il s'agit d'une déclinaison de la légitime défense de l'Etat lui-même, mais que cette action doit être exercée avec proportionnalité[73]. A la même époque, Gérald Fitzmaurice retient le même principe selon lequel un Etat est fondé à intervenir en légitime défense en application de l'article 51 de la Charte au profit de ses nationaux, à la condition qu'ils soient soumis à un risque de mort ou de blessure grave, que l'Etat territorial ne soit pas en situation de les protéger, et que l'Etat de protection agisse sur un unique fondement humanitaire[74]. Antonio Cassese soutient le même point de vue et considère qu'une « agression armée » au sens de l'article 51 peut naître d'une « *very serious attack territory either on the territory of the injured State or on its*

[72] Voy. C. SANTULLI, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995, p. 69-70.
[73] D W. BOWETT, *Self-defence in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 1958, p. 94.
[74] G. FITZMAURICE, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, 1957, vol. 92, p. 172-173.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

agents or citizens at home or abroad (in another State or in international waters or airspace) »[75]. Les soutiens doctrinaux ne manquent pas.

L'analyse des justifications fournies par les Etats laisse également apparaître un recours à cet argument pour justifier les actions en protection[76]. En réalité, dans le contexte contemporain, c'est surtout la réponse à des actions terroristes qui amène les Etats à agir militairement sur le territoire d'Etats tiers en défense de leurs nationaux. Le « raid d'Entebbe » de 1976 représente à ce titre un exemple classique, celui d'une intervention militaire israélienne unilatérale sur le territoire ougandais où étaient retenus en otage une centaine de ressortissants israéliens à la suite du détournement d'un vol Air-France par des membres du Front populaire de libération de la Palestine. Une telle action fondée sur l'article 51 de la Charte n'a pas rencontré l'opposition du Conseil de sécurité des Nations Unies et a été globalement acceptée par le concert des Etats[77]. La question cruciale (qui n'est pas l'objet de la présente réflexion) reste celle de la qualification de l'agression justifiant la – légitime – défense, puis sa proportionnalité.

Ce que le droit international semble autoriser (ou plutôt : ne pas interdire) en dernier recours, c'est une opération de sauvetage, proportionnée dans ses moyens et sa durée. Ce qui n'est guère détaillé en revanche, c'est la qualité du lien de nationalité requise pour l'action en protection par le moyen du recours à la force. Les auteurs prennent la nationalité des intéressés comme certaine et n'envisagent pas l'étude de son effectivité. Paradoxalement, c'est Ian Brownlie, un auteur qui pourtant rejette l'existence du droit de l'Etat de protéger militairement ses nationaux à l'étranger, qui sous-entend en 1963 qu'une telle condition devrait exister : « *The right of intervention is linked to a concept – that of nationality – which has not received any definition in international law. It is assumed that some substantial link should exist between a state and an individual before the latter can be regarded as a national but there is little precision to be found in the law*. »[78]. Ce que Brownlie évoque en précurseur est aujourd'hui d'une grande importance, puisque ce n'est plus seulement la présence des nationaux à l'étranger qui justifie l'intervention, c'est aussi la volonté ou la consolidation d'une intervention qui justifie que soit artificiellement créée une population nationale à l'étranger.

Sur ce fondement, il est possible d'écarter la justification d'une action en protection des nationaux lorsque le lien de nationalité a été illicitement

[75] A. CASSESE, « The International Community's "Legal" Response to Terrorism », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1989, vol. 38, n° 3, p. 596.
[76] O. SCHACHTER, « The Right of States to Use Armed Force », *Michigan Law Review*, 1984, vol. 82, n° 5/6, p. 1628-1633.
[77] Voy. D. J. GORDON, « Use of Force for the Protection of Nationals Abroad : The Entebbe Incident », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1977, vol. 9, n° 1, p. 129 et s ; J. A. GREEN, « Passportisation, peacekeepers and proportionality : the Russian claim of the protection of nationals abroad in self-defence », in C. P. M. WATERS et J. A. GREEN (dir.), *Conflict in the Caucasus : implications for international legal order*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, p. 62-63.
[78] I. BROWNLIE, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 300.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

(consentement vicié) ou abusivement (absence d'effectivité) construit. L'argument présente un grand intérêt pour la Géorgie, illustration quasi parfaite d'une construction de la nationalité aux fins d'intervention. La situation est moins claire en Ukraine où la passeportisation n'a réellement commencé qu'après le conflit[79]. Au surplus, la protection des nationaux n'est qu'un argument parmi d'autres dans la justification des interventions. Les autorités russes mentionnent systématiquement le risque de génocide et la responsabilité de protéger les populations en danger parmi les autres fondements de leur action[80]. L'inopposabilité du lien de nationalité est donc un élément parmi beaucoup d'autres au service de la déconstruction juridique de tout processus de légitimation des interventions russes.

2. L'inopposabilité de la nationalité s'épanouit en réalité mieux sur le terrain de la décentralisation des sanctions. Depuis l'invasion de l'Ukraine, de nombreux pays ont réagi en décidant de ne pas reconnaître les documents émis par la Russie au profit des ressortissants des zones annexées ou contestées. La dynamique s'est récemment renforcée dans le cadre de l'Union européenne.

Dès 2019, les Etats-Unis et le Canada ont fait savoir que, dans le cadre de la guerre entre la Russie et l'Ukraine, ils ne reconnaîtraient pas les passeports russes délivrés dans des zones échappant au contrôle ukrainien[81]. Explicitant cette position, la ministre canadienne des affaires étrangères attache cette non-reconnaissance à l'acte d'agression russe dont la distribution de passeport est une manifestation : « *People who are citizens of Ukraine, which is the case for people living in occupied Donbass and Luhansk, are very welcome to apply for a visa to come visit Canada using their Ukrainian passport […]. Canada, however, considers the issuance of Russian passports to these people to be a further act of aggression against Ukraine*. »[82] L'Union européenne a suivi une voie similaire[83], annonçant dans un communiqué de presse qu'elle envoyait des instructions aux Etats membres pour détecter puis ne pas reconnaître les passeports distribués par la Russie à la suite de la publication du décret du 24 avril 2019[84]. Cette position a depuis lors été consacrée sur le plan législatif.

Sur le fondement de l'article 77, 2., (a.) et (b.) TFUE établissant la compétence du Parlement et du Conseil pour déterminer la politique commune de visas et les contrôles aux frontières extérieures, une décision relative à la non-acceptation des documents de voyage de la Fédération de Russie délivrés en Ukraine et en Géorgie a été adoptée le 14 décembre 2022. Son dispositif est particulièrement large :

[79] Ce qui n'a pas empêché les autoriés russes de se fonder (en partie) sur ce même argument de la protection des nationaux. Voy M. DUBUY, « La politique de passeportisation de la Russie », *op. cit.*, à paraître.
[80] Voy. R. VÄRK, « Russia's Legal Arguments to Justify its Aggression Against Ukraine », *op. cit.*, p. 1-8.
[81] Voy. C. MILLER, « U.S. Condemns Putin's Move to Ease Russian Citizenship for Those In Ukraine's Separatist-Held Areas », *Radio Free Europe – Radio Liberty*, 24 avril 2019.
[82] M. BLANCHFIELD, « Canada seeks support to ban Russian-issued passports in Ukraine », *CTV News*, 3 juin 2019.
[83] Voy. EU Statement on « Russia's Ongoing Aggression against Ukraine and Illegal Occupation of Crimea », OSCE Permanent Council n° 1243, Vienne, 10 octobre 2019, PC.DEL/1114/19/Rev.1.
[84] Voy. *supra*.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

> Les documents de voyage de la Fédération de Russie […] délivrés dans les régions ou les territoires d'Ukraine qui sont occupés par la Fédération de Russie ou dans les territoires séparatistes de Géorgie qui, au moment de l'entrée en vigueur de la présente décision, ne sont pas sous le contrôle du gouvernement géorgien, et les documents de voyage russes délivrés à des personnes y résidant, ne sont pas acceptés comme des documents de voyage valables aux fins suivantes : [délivrance des visas et franchissement des frontières extérieures][85].

Dans une justification similaire à celle déjà exprimée par le Canada, le texte mentionne dans l'un de ses considérants que « [l]a délivrance systématique de passeports russes dans ces régions occupées constitue une violation supplémentaire du droit international et de l'intégrité territoriale, de la souveraineté et de l'indépendance de l'Ukraine »[86]. En ce qui concerne la Géorgie, la justification plus sobre tient dans la condamnation de la reconnaissance unilatérale par la Russie de l'indépendance de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud[87]. Dans les deux cas, c'est bien le recours à la force contre l'indépendance de l'Ukraine et de la Géorgie qui est sanctionné via la non-acceptation des documents de voyage. Les conditions d'acquisition de la nationalité (sans réel consentement ou sans effectivité du lien) ne sont pas mentionnées – sauf à considérer qu'elles sont implicitement comprises dans la mention générale de la violation du « droit international ». Sans doute y avait-il un espace, au moins pour parler d'effectivité de la nationalité, au regard de l'actualité de la notion en droit de l'Union[88]. Sur le plan sémantique, le choix du législateur européen est de parler de « document de voyage » plutôt que de nationalité, et de « non-acceptation » plutôt que de non-reconnaissance. Ces différences ne doivent sans doute pas être surestimées. Elles visent sans doute à circonscrire juridiquement au mieux les effets de cette politique à son seul aspect migratoire. Ces sanctions s'intègrent en effet dans une politique plus large de réduction drastique des mobilités vers l'Union : interdiction du territoire de l'Union pour toutes les personnes qui « compromettent ou menacent l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine »[89] ; suspension de l'accord de facilitation des visas bénéficiant à tous les ressortissants russes[90]. Il n'empêche, cette « non-acceptation » de « document de voyage » n'est qu'une déclinaison technique de l'inopposabilité de la nationalité irrégulièrement acquise au regard des normes internationales.

*

[85] Décision (UE) n° 2022/2512 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relative à la non-acceptation des documents de voyage de la Fédération de Russie délivrés en Ukraine et en Géorgie.
[86] *Ibid*, § 6.
[87] *Ibid.*, § 4.
[88] E. PATAUT, « Contrôle de l'Etat ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité », *Rev. crit. DIP*, 2021, n° 4, p. 747-772.
[89] Décision 2014/145/PESC du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine.
[90] Décision (UE) n° 12039/22 du Conseil du 6 septembre 2022 relative à la suspension intégrale de l'application de l'accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

La passeportisation n'est pas simplement une distribution massive de passeports à des individus présents sur un territoire étranger[91]. Cette définition souvent donnée en première analyse ne tient pas suffisamment compte du mot même, de sa charge historique, et du contexte dans lequel une telle politique intervient dans le monde contemporain. Comme la *pasportizatsiya* soviétique des années 1930 à 50 dont elle tire son nom, cette politique vise à exercer une action coercitive, hier sur les individus, aujourd'hui sur les Etats. Son ampleur se conjugue à sa rapidité pour créer un effet déstabilisateur. Elle est une mesure de contrainte qui s'inscrit dans une dynamique de justification ou de consolidation du recours à la force.

Son illégalité est patente. Les nationalités acquises le sont illicitement au regard du droit international, par le défaut de consentement libre des destinataires de cette politique et par le défaut de lien effectif entre ces nouveaux ressortissants et l'Etat russe, sur le territoire duquel ils ne résident pas. Les actions de recours à la force, dont la politique de passeportisation est par ailleurs l'accessoire, rendent encore ces nationalités illicites au regard du respect de la souveraineté de l'Etat, de la protection de son intégrité territoriale et des engagements de paix qui régissent la situation. Les conséquences de cette illégalité s'épanouissent à la fois sur le terrain de la légitimité du recours à la force, privant de fondement l'action en protection des nationaux, mais aussi celui des sanctions, permettant aux Etats de ne pas reconnaître les nationalités ainsi distribuées.

Faut-il s'en satisfaire ? A l'heure où les chars circulent en Europe, l'analyse des questions de nationalité pourrait paraître périphérique. Mais une partie de cette guerre russe se fait précisément par le moyen du droit. La passeportisation intègre en effet le *lawfare* russe[92] ; le droit de la nationalité est un vecteur d'accomplissement d'objectifs militaires. Comme l'écrivait déjà le Doyen Louis-Lucas en 1929, « [l]a paix, dans une mesure qui n'est pas à dédaigner, peut être servie ou compromise par les législations sur la nationalité »[93]. Ce constat de près d'un siècle ne saurait être plus vrai aujourd'hui.

[91] Voy., par exemple, E. BESCOTTI, F. BURKHARDT, M. RABINOVYCH, et C. WITTKE, « Passportization : Russia's "humanitarian" tool for foreign policy, extra-territorial governance, and military intervention », *VerfBlog*, 23 mars 2022 : « *Passportization is a fast-track extraterritorial naturalization en masse of citizens residing in contested territories of a third country* ».
[92] Voy. M. VOYGER, « Russian Lawfare – Russia's Weaponisation of International And Domestic Law : Implications for the Region and Policy Recommendations », *Journal on Baltic Security*, 2018, vol. 4, n° 2, p. 35-42. doi:10.2478/jobs-2018-0011.
[93] P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française*, Paris, Sirey, 1929, p. 313.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RÉSUMÉ

Contrairement aux apparences, la passeportisation n'est pas un néologisme cherchant à qualifier sans rigueur un phénomène nouveau. Elle renvoie à la grande politique soviétique de *pasportizatsiya* qui visait, à partir des années 1930, à réguler et contrôler le mouvement des russes par la distribution de passeports internes. Plusieurs décennies plus tard, le même terme qualifie désormais la distribution massive de passeports russes, cette fois internationaux, à des populations présentes sur des territoires étrangers. La particularité de ce phénomène est que, en Ukraine en particulier, mais aussi en Géorgie, cet usage de la nationalité est venue justifier, parmi d'autres arguments, l'emploi de la force et l'annexion. Cette contribution tente, sur la base d'une large étude de cas, de poser une définition du phénomène de passeportisation puis d'en étudier la légalité internationale.

ABSTRACT

Despite appearances, passportisation is not a neologism aimed at loosely describing a new phenomenon. It refers to the vast Soviet policy of *pasportizatsiya* which, from the 1930s onwards, tried to regulate and control the movement of Russians through the distribution of internal passports. Several decades later, the same term is now used to describe the mass distribution of Russian passports, this time international, to individuals living on foreign soil. What makes this phenomenon unique is that – in Ukraine in particular, but also in Georgia – it uses nationality as a justification, among other arguments, for the use of force and territorial annexation. Based on a broad case study, this contribution attempts to define the phenomenon of passportisation and then to study its international legality.

RESUMEN

Contrariamente a las apariencias, la pasportización no es un neologismo que pretenda describir un fenómeno nuevo sin rigor. Hace referencia a la gran política soviética de la pasportizatsiya que, a partir de los años 30, pretendía regular y controlar la circulación de los rusos mediante la distribución de pasaportes internos.

Varias décadas después, el mismo término se utiliza ahora para describir la distribución masiva de pasaportes rusos, esta vez internacionales, a poblaciones presentes en territorios extranjeros. La particularidad de este fenómeno es que, en Ucrania en particular, pero también en Georgia, este uso de la nacionalidad ha llegado a justificar entre otros argumentos, el uso de la fuerza y la anexión. Esta contribución intenta, a partir de un amplio estudio de casos, definir el fenómeno de la pasporización y, a continuación, estudiar su legalidad internacional.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

CHRONIQUE DES FAITS INTERNATIONAUX

Sous la direction de

Thibaut FLEURY GRAFF

Avec les notes de

Khalil ALLAHHAM ; Xavier AUMERMAN ; Alexis BOUILLO ; Louis BALMOND, Philippe BOU-NADER ; Catherine-Amélie CHASSIN ; Raphaël COSTA ; Caroline CHAUX ; Géraldine GIRAUDEAU ; Mira HAMAD ; Charles-Emmanuel DETRY

SOMMAIRE

COMITE DES DROITS DE L'HOMME : Constatations relatives à la suspension de leurs fonctions publiques des leaders politiques du mouvement pro-indépendance de la Catalogne (2023/1.1, C.C.) ; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME : Nouveaux cycles et nouvelles préoccupations (2023/1.2, K.A.) ; ETATS-UNIS D'AMERIQUE – TAIWAN (République de Chine) – REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE : Evolutions récentes dans la position des Etats-Unis à l'égard de Taïwan (2023/1.3, C.E.D.) ; FIDJI – ILES SALOMON : Signature d'un accord de délimitation maritime (2023/1.4, G.G.) ; FRANCE – ETATS-UNIS – RUSSIE – CHINE – « Communauté internationale » : *L'International Astronautical Congress 2022 ou Mulholland Drive* dans l'espace (2023/1.5, R.C.) ; ISRAEL – PALESTINE : Rapport du 20 octobre 2022 de la *United Nations Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in Isra*el (2023/1.6, A.B.) ; LIBAN-ISRAEL : Accord de délimitation maritime conclu entre le Liban et Israël : *Much ado about nothing (yet) ?* (2023/1.7, M.H.) ; ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL – WORLD LEAGUES FORUM – FIFPRO : Accord mondial de travail dans le football professionnel (2023/1.8, X.A.) ; RUSSIE – UKRAINE : Cessez-le-feu russo-ukrainien à l'occasion des fêtes de fin d'année : de la formation potentielle d'une coutume relative aux cessez-le-feu durant les fêtes chrétiennes de fin d'année (2023/1.9, Ph. B.-N.) ; RUSSIE – UKRAINE : Des annexions russes en Ukraine (2023/1.10, C.-A. C.) ; TRAITE DE NON-PROLIFERATION NUCLEAIRE : Dixième conférence d'examen (1er août – 26 août 2022) (2023/1.11, L.B.) ; YEMEN : Fin de six mois de trêve et exploitation des ressources naturelles comme nouvelle dimension du conflit (2023/1.12, Ph. B.-N.).

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Constatations relatives à la suspension de leurs fonctions publiques des leaders politiques du mouvement pro-indépendance de la Catalogne

2023/1.1 - Le 22 juillet dernier, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a rendu ses constations relatives à la décision, de la justice espagnole, de suspendre les leaders politiques du mouvement pro-indépendance de la Catalogne de leurs fonctions publiques à la suite du référendum d'indépendance du 1er octobre 2017. Celui-ci avait été

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

saisi d'une communication, le 18 décembre 2018, par Oriol Junqueras, Raul Romeva, Josep Rull et Jordi Turull alléguant de la violation, par l'Etat espagnol, de leurs droits politiques tels que garantis par l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après « le Pacte »).

Ces derniers, élus au Parlement de Catalogne lors des élections de 2015 sur la liste indépendantiste unitaire, ont, de leurs propres dires, « contribué à initier et soutenir » le référendum d'indépendance (§2.1). Or, la loi 19/2017 adoptée par le Parlement catalan sur l'organisation du référendum est déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle espagnole le 17 octobre. Le parlement de Catalogne est dissout par le gouvernement espagnol le 27 octobre 2017 et de nouvelles élections régionales sont organisées le 21 décembre. Romeva, Rull et Turull sont alors réélus. Toutefois, le juge d'instruction de la Cour suprême d'Espagne ordonne leur détention provisoire le 23 mars 2018 pour crime de rébellion. Les élus sont empêchés de participer aux sessions parlementaires. Josep Rull et Jordi Turull, nommés conseillers du gouvernement de Catalogne, ne peuvent entrer en fonction. Le 9 juillet 2018 le juge d'instruction, à l'issue de la phase d'instruction, ordonne leur suspension « automatique » des fonctions publiques occupées sur le fondement de l'article 384 du code de procédure pénale.

L'affaire portée devant le Comité des droits de l'Homme met aux prises, d'un côté la jouissance des droits politiques de membres de l'opposition régulièrement élus à des fonctions publiques et, de l'autre, la préservation de l'Etat de droit et de l'intégrité territoriale de l'Etat. En effet, les auteurs de la communication considèrent cette décision de suspension contraire à leurs droits politiques tels que garantis par l'article 25 du Pacte, notamment leur droit de prendre part à la direction des affaires publiques et leur droit d'être élu. Ils rappellent que les restrictions à la jouissance de ces droits doivent se fonder sur des motifs « prévus par la loi, raisonnables et objectifs » et être adoptées à l'issue de « procédures justes et équitables » (§3.1). Les auteurs insistent, notamment, sur les circonstances spécifiques du cas d'espèce en soulignant les caractères régulier et démocratique des élections dont ils sont sortis vainqueurs. Ils arguent ainsi qu'au regard de cette donnée factuelle la justification de la restriction de l'exercice du droit de prendre part aux affaires publiques « doit être particulièrement forte » (§3.1). Or, selon eux, une telle justification fait précisément défaut. La décision de suspension, prise par le juge d'instruction, est fondée sur le crime de rébellion. Ce crime est défini, à l'article 472 du Code pénal espagnol, comme le fait de se soulever « violemment et publiquement pour l'un des buts suivants : 1) abroger, suspendre ou modifier totalement ou partiellement la Constitution (...) ; 2) déclarer l'indépendance d'une partie du territoire national (...) ». Les auteurs contestent tout acte de violence. Au contraire, ils insistent sur le caractère pacifique des manifestations organisées en faveur de l'indépendance et du référendum du 1er octobre 2017, considérant que les actes de violence relevés sont imputables uniquement aux forces de police espagnoles et non aux électeurs pro-indépendance. Pour les auteurs, les éléments constitutifs du crime de rébellion ne sont pas réunis, privant, en conséquence, la décision de suspension de base légale. Ces derniers interpellent sur le danger de l'interprétation opérée par le juge d'instruction : qualifier de « crime de rébellion » – qualification dont découle automatiquement la suspension des fonctions publiques – toute manifestation populaire organisée par l'opposition en vue de faire pression sur le gouvernement pour obtenir un changement politique, en l'absence de l'usage de la force armée, aboutirait à vider de sa substance l'article 25 du Pacte. Les auteurs contestent, en outre, la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

proportionnalité de la mesure et invitent le Comité à juger comme « suspectes » les restrictions qui visent l'ensemble d'un groupe politique et qui sont exécutées avant le prononcé d'une condamnation définitive.

L'Etat espagnol rejette l'ensemble des arguments et s'emploie à démontrer l'existence d'une justification raisonnable prévue par la loi, conformément aux exigences fixées par le Comité. Ce premier rappelle que la décision de suspension est prévue par la loi espagnole, à la fois au sein du Code pénal (art. 472) et au sein du Code de procédure pénale (art. 384 bis). Pour l'Etat espagnol, la mesure de suspension est nécessaire à la préservation de la société démocratique et donc raisonnable (§4.4). Il insiste, en particulier, sur le « type d'attaque » qui a justifié la décision de suspension, une attaque dirigée « contre la société démocratique elle-même » (*ibidem*). L'Etat dénonce ainsi la violation, par les élus, des règles constitutionnelles relatives au changement de régime territorial. Pour l'Etat espagnol, les auteurs ont utilisé leurs pouvoirs politiques pour porter atteinte à l'Etat de droit. La suspension de ceux-ci de leurs fonctions politiques était donc nécessaire pour assurer le respect de l'Etat de droit et le maintien de la démocratie.

Au-delà de la question de la restriction des droits politiques, le spectre du régime juridique de la sécession territoriale s'invite dans le contentieux des droits de l'Homme. La question n'est évidemment pas posée en ces termes, auquel cas elle excéderait le mandat du Comité. Cependant, derrière les arguments invoqués par l'Etat espagnol, apparaît l'enjeu des moyens dont dispose un Etat pour protéger son intégrité territoriale face aux velléités sécessionnistes de ses minorités. Les restrictions à l'exercice des droits politiques de l'opposition seraient ici légitimes, car destinées à protéger l'Etat d'attaques internes dirigées contre son unité. Tandis que les auteurs de la communication plaident pour une interprétation raffermie du régime des restrictions lorsque celles-ci sont dirigées contre les membres de l'opposition régulièrement élus, l'Etat espagnol rejette une telle interprétation au regard de l'intérêt premier de protéger l'Etat contre des tentatives illégales ou inconstitutionnelles de démembrements. Ces questions ont, par ailleurs, dépassé les frontières espagnoles. A l'appui de leur communication, les auteurs évoquent la décision du tribunal allemand relative à la demande espagnole d'extradition de Carlos Puidgemont, figure centrale du mouvement indépendantiste. Le juge allemand a, en effet, rejeté l'extradition pour crime de rébellion en raison de la nature démocratique et non violente des moyens utilisés pour parvenir à l'indépendance. Or, cette décision du tribunal allemand a fait l'objet de vives critiques par le juge espagnol. Dans un arrêt du 17 avril 2018, relatif à la demande de détention provisoire d'un autre membre du mouvement indépendantiste, le tribunal suprême espagnol saisit l'occasion de réagir à la décision du tribunal allemand. Le tribunal espagnol reproche le « manque de rigueur » de ce dernier face à la menace que représentait le mouvement indépendantiste pour la « structure » de l'Etat et « l'ordre juridique étatique » et dénonce la gravité d'un détournement des pouvoirs juridiques obtenus en vertu d'une élection démocratique contre l'ordre constitutionnel et contre l'Etat (Tribunal supremo, sala de lo penal, causa espéciale 20907/2017). Ces deux affaires croisées démontrent à quel point les enjeux de l'affaire dont est saisi le Comité s'avèrent cruciaux, profondément liés à « l'essence de la démocratie » et de l'Etat (§8.3). Le Comité relève, cependant, admirablement le défi de répondre à la communication sans outrepasser son mandat et risquer une fronde des Etats parties.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Le Comité rappelle, dans un premier temps, les conditions que les Etats doivent respecter dans l'adoption de restrictions à l'exercice des droits garantis par le Pacte. Ces restrictions doivent ainsi être fondées sur des motifs « prévus par la loi, raisonnables et objectifs et impliquant des procédures justes et équitables ». Le Comité précise qu'une restriction est « prévue par la loi » lorsqu'elle est suffisamment « prévisible », c'est-à-dire formulée avec précision par la loi et que celle-ci ne confère pas « un pouvoir discrétionnaire illimité ou généralisé aux personnes chargées de son application » (§8.3). Sur les autres conditions, le Comité explique que lorsque le motif de la restriction est une condamnation pénale, la restriction doit être proportionnelle à l'infraction et la condamnation ne doit pas être arbitraire ou résulter d'une procédure judiciaire arbitraire.

Une fois ces conditions rappelées et précisées, le Comité insiste sur la nature particulière des faits portés à son attention. En effet, la décision de suspension a été ordonnée par le juge d'instruction à l'issue de la phase d'instruction, soit avant que le procès pénal ne débute et n'aboutisse à une condamnation définitive des auteurs. Or, pour le Comité, « étant donné que les suspensions exceptionnelles de fonctions publiques sont imposées avant l'existence d'une condamnation, les normes requises pour la compatibilité de ces suspensions avec le Pacte seraient, en principe, plus strictes que celles appliquées après l'existence d'une condamnation » (§8.7). Egalement, celui-ci relève la particularité des dispositions légales espagnoles qui supposent une application automatique et systématique de la suspension à l'encontre des individus poursuivis pour crime de rébellion. Le Comité décide alors, au regard de ces données, d'étendre l'appréciation de la légalité de la décision de suspension à l'application, par les tribunaux nationaux, du crime de rébellion. Le Comité reçoit ainsi partiellement l'argument des auteurs de la communication relatif au défaut de base légale de la décision de suspension en raison de l'absence objective des éléments constitutifs du crime de rébellion.

Pour autant, le Comité s'en tient à son mandat et maintient une approche prudente en refusant d'apprécier l'interprétation des faits et des preuves opérée par le juge espagnol. Celui-ci se borne à relever les arguments des auteurs sur le caractère pacifique des manifestations et du référendum d'indépendance ainsi que de souligner le lien étroit entre les droits politiques garantis à l'article 25 et la liberté d'expression, de réunion et d'association. Sans contester ouvertement l'interprétation opérée par le juge d'instruction espagnol, le Comité retient que la conformité de l'application de l'article 472 du Code pénal et 384 du Code de procédure pénale à l'exigence de prévisibilité n'a pas été démontrée par l'Etat espagnol. Bien que le Comité s'abstienne de détailler son interprétation sur ce point, il est permis de considérer que les auteurs de la communication, au regard de la nature pacifique de leurs actes, n'étaient pas en mesure de prévoir la décision de suspension comme effet juridique découlant de leur comportement. L'interprétation, par le Comité, de la condition de prévisibilité dans le cadre d'une restriction présentencielle va alors au-delà de la simple exigence d'une inscription de la restriction dans la loi.

En ce qui concerne les autres conditions, le Comité reconnaît, conformément aux arguments des auteurs de la communication, que le caractère automatique de la suspension prévue par les dispositions légales précitées « exclut une analyse individualisée de la proportionnalité de la mesure et ne peut donc être considérée comme répondant aux exigences de raisonnabilité et d'objectivité » (§8.8). Pour retenir cette conclusion, le Comité considère que l'application automatique de la suspension, dans le cas d'espèce,

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

repose sur « des infractions présumées sur la base de faits publics et pacifiques » (*ibidem*). En l'absence de preuve étayant la nature violente des manifestations et du référendum, les éléments constitutifs du crime de rébellion ne sont pas réunis et les dispositions législatives y relatives ne permettent pas de fonder une restriction aux droits politiques garantis par le Pacte. Le Comité apprécie l'incompatibilité de la décision du juge d'instruction d'inculper les élus catalans pour crime de rébellion avec les conditions relatives aux restrictions de l'exercice des droits de l'Homme pour conclure à l'incompatibilité entre la décision de suspension – qui en découle automatiquement – et le Pacte. Celui-ci conclut à la violation, par l'Etat espagnol, des droits politiques, tels que garantis par l'article 25 du Pacte, des leaders du mouvement pro-indépendance à la suite de la suspension de leurs fonctions publiques.

Bien que le Comité se garde d'outrepasser les limites de son mandat et d'empiéter sur la compétence de juge interne en appréciant les faits à l'origine de la décision de suspension, il ne fait nul doute que sa position finale est motivée par la nature pacifique du mouvement pro-indépendance. Les renvois fréquents aux preuves apportées par les auteurs de la communication, en dépit de la prudence lexicale du Comité qui se borne à les « noter », l'illustrent aisément. L'étendue du contrôle opéré par le Comité est justifiée par la nature présentencielle de la décision de suspension. Notamment, il n'est pas interdit de considérer que l'abandon du chef d'accusation de crimes de rébellion par le juge du fond espagnol lui-même – à la faveur des crimes de sédition, de désobéissance et de détournement de fonds – a influencé la décision rendue par le Comité. La nature présentencielle de la décision de suspension, qui décorrèle ainsi la restriction de l'exercice des droits politiques du prononcé d'une condamnation, motive l'application raffermie des conditions de licéité de telles restrictions. Demeure en suspens la question de savoir si, n'eut été cette circonstance procédurale spécifique, le Comité aurait adopté une position aussi protectrice des droits politiques, faisant alors largement triompher la garantie des droit de l'individu sur la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat.

C.C.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME

Nouveaux cycles et nouvelles préoccupations

2023/1.2 – Le Conseil des droits de l'homme doit sa naissance aux défaillances de l'ancienne Commission des droits de l'homme. L'architecture institutionnelle du Conseil ainsi que ses mécanismes et ses procédures ont été conçus pour « remédier » aux « carences » de la Commission (Rés. 60/251 AGNU). Cette comparaison inévitable avec la Commission montre dans une perspective réaliste l'importance des améliorations réalisées sous l'égide du Conseil, mais elle peut néanmoins aller à l'encontre de l'approche idéaliste de certains. Qu'il s'agisse d'une question de comparaison avec le fonctionnement de la Commission ou celle d'une approche idéaliste des droits humains, il est possible de dire qu'en dépit de sa valeur symbolique importante et de ses activités normatives opérées avec le concours de l'AGNU, le Conseil est régi par une logique de *monitoring* dont l'efficacité reste tributaire des Etats. Les actualités du Conseil dont il est question ici reflètent son dynamisme et la fécondité de ses thématiques préoccupant l'humanité entière en matière de droits humains. Certaines résolutions récentes du Conseil montrent par ailleurs que le vote idéologico-politique continue de diviser les Etats en deux camps.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Lors de sa 77ème session, l'AGNU a élu le 11 octobre 2022 quatorze nouveaux membres pour le renouvellement du cycle annuel du Conseil des droits de l'homme à partir du 1er janvier 2023. Les nouveaux membres sont élus selon une répartition géographique et en fonction des sièges vacants réservés à chaque région du globe. Pour les quatre sièges vacants réservés aux Etats africains ils seront occupés par l'Afrique du Sud, l'Algérie, le Maroc et le Soudan. Quatre autres Etats ont emporté les élections de l'AG au titre des sièges vacants réservés aux Etats d'Asie-Pacifique : l'Afghanistan, le Bangladesh, le Kirghizistan et les Maldives. Deux Etats sont élus pour les sièges vacants de l'Europe orientale : Géorgie, Roumanie. Enfin, deux autres Etats occuperont les sièges vacants de l'Europe occidentale : Allemagne et Belgique. Rappelant que les élections des nouveaux membres par l'AGNU se font « directement et individuellement au scrutin secret à la majorité des membres » et ce pour un mandat de trois ans. Les Etats membres « ne seront pas immédiatement rééligibles après deux mandats consécutif » (pt 7 de la Rés. 60/251, AGNU). Certains des nouveaux membres sont loin d'être irréprochables en matière de respect des droits humains. Plusieurs acteurs de la société civile locale et internationale dénoncent les répressions contre les journalistes et les opposants politiques en Algérie et au Maroc. Quant au Soudan, la situation des droits humains est devenue de plus en plus critique suite au coup d'Etat d'octobre 2021. Un état d'instabilité institutionnelle règne dans le pays, ayant donné lieu à des répressions violentes à l'égard des manifestations (plus d'une centaine de manifestants ont été tués) ainsi qu'à des violences intertribales. Il faut se rappeler que le Soudan était déjà devenu membre de l'ancienne Commission en 2002, ayant suscité pas mal de critique de la part des ONG et des militants de droits humains, et notamment que les membres de la Commission était exclus de l'Examen périodique universelle (EPU). C'est pour cela que les Etats avaient un grand intérêt politique à faire partie de la Commission. Les Etats-Unis étaient pratiquement toujours membres de la Commission. Il n'est plus question de dispenser les Etat de la procédure d'EPU pendant leur mandat au Conseil (pt 9 de la Rés. 60/251, AGNU). Le début de l'année 2022 a marqué également la fin du troisième cycle de l'examen périodique universel (EPU), clos à la 40ème session du Groupe de travail sur l'EPU, annonçant par ailleurs le début du quatrième cycle, ayant d'ores et déjà commencé avec la 41ème session en novembre dernier (du 7 au 18 novembre 2022). Ce nouveau cycle prendra fin avec la 54ème session qui aura lieu en début 2027. Rappelons que le Groupe de travail sur l'EPU tient 3 sessions par an durant deux semaines. Il examine à chaque session la situation des droits humains dans 14 Etats et à la fin du quatrième cycle les situations des droits humains dans l'ensemble des Etats membres de l'AGNU seront examinées. Les informations à la base de l'EPU proviennent principalement des Etats sur la base d'un rapport étatique soumis au Conseil, d'autres acteurs, notamment des ONG peuvent également communiquer des informations au Groupe de travail. Enfin, les rapports et les mécanismes spéciaux mis en place par le Conseil des droits de l'homme et d'autres mécanismes de protection onusiens constituent par ailleurs d'autres sources d'informations sur la situation étatique examinée.

Les actualités inquiétantes relatives aux droits humains dans certains Etats ont préoccupées le Conseil comme le montrent ses résolutions récentes. Suite à l'agression russe contre l'Ukraine, l'AGNU a suspendu le 6 avril 2022 le droit qu'avait la Russie de siéger au sein du Conseil des droits de l'homme au cours de son mandat. L'AGNU motive la résolution de suspension par la commission de la Russie des « violations flagrantes et systématiques » des droits humains (A/ES-11/L.4 du 6 avril 2022). Quelques semaines plus tard l'AGNU a élu la Tchéquie pour remplacer la Russie au Conseil et ce jusqu'à la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

fin du mandat initialement prévu de ce dernier, soit jusqu'au 31 décembre 2023. En procédant à la suspension de la Russie, l'AGNU fait usage de la possibilité prévue par sa résolution 60/251 instituant le Conseil, lui permettant de suspendre un Etat membre à condition d'obtenir un vote à la majorité « des deux tiers des membres présents et votant [à l'AGNU] » en cas de commission « des violations flagrantes et systématique des droits de l'homme » (pt 8 de la Rés. 60/251, AGNU). Quatre-vingt-treize membres ont voté pour la suspension de la Russie de siéger au Conseil, vingt-quatre Etats ont voté contre la suspension et cinquante-quatre Etats se sont abstenus. Certains Etats comme l'Afghanistan et la Mauritanie n'ont pas pris part au vote. Auparavant, l'AGNU a suspendu la Libye de son droit de siéger au Conseil suite aux répressions de la population civile menées par le régime de Kadhafi (Rés. du 1er mars 2011). Elle l'a réintégrée quelques mois plus tard (en novembre 2011) sur une demande du Conseil adressée à l'AGNU et ce après la chute du régime de Kadhafi. La résolution de la suspension de la Russie laisse la porte ouverte à une éventuelle réintégration comme on peut l'observer à travers les termes de la résolution de suspension : l'AGNU « *Décide également* de revenir sur la question selon qu'il conviendra » (pt 2 de la résolution du 6 avril 2022, italique dans le texte). Le contexte de l'agression russe contre l'Ukraine a conduit le Conseil à s'intéresser à la détérioration des droits humains sur le territoire russe à l'égard de certaines catégories de la population russe. Lors de sa 51ème session (du 12 septembre au 7 octobre 2022) le Conseil a adopté la résolution 51/25 attirant l'attention des Etats et des organes de l'ONU sur les répressions à l'égard des opposants politiques, des ONG et des journalistes en Russie. En se référant aux travaux de l'OSCE, la résolution met l'accent sur la mise en place de « pratiques juridiques et administratives » illicites à l'égard des entités et personnes s'opposant à l'agression contre l'Ukraine. Le Conseil des droits de l'homme met l'accent sur « l'utilisation par les autorités russes de la propagande, d'une législation répressive et de la violence pour créer un climat de peur et d'intimidation dans la société civile et parmi les militants ». La résolution souligne la mise en place de la part des autorités russes « des mesures de répression systématiques » à l'égard des entités et personnes en question, en mettant particulièrement l'accent sur le recours à des pratiques « d'arrestations et de détentions arbitraires en masse et du harcèlement » ainsi que la fermeture forcée de nombreux médias et ONG. Plus concrètement, la résolution désigne un nouveau rapporteur spécial sur la situation en Russie et dont la mission principale est de « de surveiller la situation des droits de l'homme dans la Fédération de Russie, de recueillir, d'examiner et d'évaluer les informations pertinentes provenant de toutes les parties prenantes, y compris la société civile russe, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays » et ce afin de « de formuler des recommandations et de présenter un rapport complet » à l'attention du Conseil des droits de l'homme et à l'AGNU (Rés. 51/25). Il est important de noter que cette résolution n'a été adoptée que par 17 voix, provenant notamment des Etats occidentaux : France, Allemagne, Etats-Unis, Finlande, ou encore Royaume-Uni. 24 Etats se sont en revanche abstenus : la Libye, le Mexique, le Népal, le Pakistan, le Côté d'Ivoire. Six Etats ont voté contre cette résolution : la Bolivie, la Chine, le Cuba. Le blocage dans le vote divisant les Etats occidentaux d'une part et des Etats d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine d'autre part a également été constaté dans une résolution relative au « droit au développement » (Rés. 51/7). La résolution a été adoptée par 29 voix favorables. Les Etats occidentaux ont tous voté contre cette résolution (13 voix contre). La résolution incite le Haut-Commissariat à renforcer et à continuer ses travaux sur le droit au développement

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

notamment en collaborant et en soutenant le Mécanisme d'experts et le Rapporteur spécial chargés de la question au sein du Conseil.

Outre de ces questions d'actualité, le Conseil a renouvelé ses préoccupations concernant les situations des droits humains dans d'autres Etats et sur d'autres thématiques à l'ordre du jour du Conseil. Plusieurs mandats de rapports spéciaux et d'experts indépendants ont été prolongés : le mandat du Rapporteur spécial sur la situation en Afghanistan a été prolongé pour une période d'un an en lui demandant d'élargir ses travaux sur la situation de l'enfant, des filles et des femmes dans ce contexte (Rés. 51/20) ; le mandat d'expert indépendant, Claudia Mahler, chargé des « droit des personnes âgées » a été également prolongé pour une durée de trois ans (Rés. 51/4) ; le mandat du Groupe de travail sur la détention arbitraire a été renouvelé pour une période de trois ans (Rés. 51/8). La situation dans certains Etats a préoccupé le Conseil et plusieurs résolutions ont été adoptées incitant les Etats à prendre leurs responsabilités concernant les situations en Syrie, en Ethiopie, au Burundi, au Venezuela. Enfin, la valeur normative peu contrainte des activités du Conseil que l'on peut qualifier de *Monitoring* aurait incité le Conseil à mettre en avant des outils servant de matrice à ses activités et contribuant à responsabiliser davantage les Etats, acteurs et destinataires principaux des normes en matière de droits humains. Dans cette perspective le Conseil s'est préoccupé à nouveau lors de sa 51ème session du « rôle de la bonne gouvernance dans la promotion et la protection des droits de l'homme ». Le Conseil précise que « le droit international des droits de l'homme définit [la bonne gouvernance comme étant] un ensemble de normes propres à guider les processus de gestion des affaires publiques et à permettre d'évaluer les résultats obtenus, et souligne à ce sujet qu'une bonne gouvernance est nécessaire pour établir et maintenir des conditions propices à la promotion et à la protection des droits de l'homme » (pt 2 de la Rés. 51/5, Conseil). L'aspect instrumental de la bonne gouvernance pour la promotion des droits humains apparaît clairement dans la résolution rappelant « [qu]il incombe au premier chef aux Etats » de mettre en place des institutions efficaces respectueuses de certaines exigences comme « l'impartialité, l'état de droit, la transparence, l'obligation de rendre des comptes, la participation, l'inclusivité et la lutte contre la corruption » (pt 13, de la Rés. 51/5, Conseil). Le Conseil des droits de l'homme invite le Haut-commissariat et le secrétaire général à s'emparer de cette question et des enjeux qu'ils sous-tendent.

K.A.

ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE – TAIWAN (RÉPUBLIQUE DE CHINE) – RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE

Evolutions récentes dans la position des Etats-Unis à l'égard de Taiwan

2023/1.3 – Les Etats-Unis adhèrent-ils toujours à la politique de la Chine unique, constante de leur diplomatie depuis environ un demi-siècle ? En 2022, le gouvernement chinois a régulièrement accusé Washington d'y avoir renoncé au profit d'un soutien à l'indépendance de Taiwan, destiné à affaiblir la Chine. Si cette présentation est excessive et en somme, fausse, de sensibles évolutions sont indéniables dans les dernières prises de position des Etats-Unis à l'égard de Taiwan, alors que l'agression russe de l'Ukraine a rendu plus pressante l'éventualité d'une annexion chinoise de l'île et que les tensions dans le détroit ont atteint des niveaux très élevés au cours de l'année écoulée.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Le sommet en a bien sûr été, en août dernier, la visite à Taiwan de la présidente de la Chambre des représentants des Etats-Unis, Nancy Pelosi. Celle-ci avait justifié sa démarche, qui n'était pas sans précédent – en 1997, un ancien *speaker*, Newt Gingrich, en avait fait autant, quoique dans un climat sino-américain nettement moins dégradé – par la défense d'une démocratie taïwanaise de plus en plus menacée par la Chine et notamment par les incursions de son aviation à proximité de l'île (« Nancy Pelosi: Why I'm leading a congressional delegation to Taiwan », *The Washington Post*, 2 août 2022). L'administration Biden, visiblement gênée par l'imprudence de cette initiative, avait alors invoqué la séparation des pouvoirs, ajoutant que la visite ne changeait rien à l'attitude des Etats-Unis s'agissant de la question de Taiwan et, en particulier, à l'opposition de Washington à toute modification unilatérale du *statu quo* (Présidence des Etats-Unis, « Press Briefing by Press Secretary Karine Jean-Pierre and National Security Council Coordinator for Strategic Communications John Kirby », 1er août 2022).

Comme on le sait, la Chine a pris prétexte de cette visite pour organiser, du 4 au 7 août, des exercices militaires qui ont encerclé l'île en six points, simulant son blocus. Dans un communiqué, elle a reproché aux Etats-Unis de « *constamment distordre, obscurcir et vider de sa substance* » le « *principe* » de la Chine unique, présenté comme « *un consensus universel de la communauté internationale* » – ce qui, au vu de la très faible reconnaissance actuelle de la république de Chine, peut à la rigueur être défendu – et même comme une « *norme fondamentale des relations internationales* » – expression bien équivoque dont on peine à saisir les éventuelles signification et portée juridiques (« Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China », 2 août 2022).

La question de savoir si la position américaine a changé présuppose la connaissance exacte de cette position. Elle repose sur un ensemble de déclarations conjointes avec la Chine, les « Trois Communiqués », publiés respectivement en 1972 (le célèbre communiqué de Shanghai, émis lors de la visite de Richard Nixon en Chine), 1979 (à l'occasion de l'établissement de relations diplomatiques entre les Etats-Unis et la République populaire de Chine) et 1982. Ce troisième texte a ensuite fait l'objet d'une clarification unilatérale des Etats-Unis à l'égard de Taiwan, appelée les « Six Assurances ». Car en 1979, pour compenser la fin des relations diplomatiques avec ce que l'on appelait encore la Chine nationaliste ainsi que la terminaison du traité de défense mutuelle sino-américain qui avait lié, en 1954, les Etats-Unis au régime de Tchang Kaï-chek, le Congrès avait adopté une loi, le *Taiwan Relations Act* (TRA), afin d'aménager des relations officieuses entre Washington et Taipei. Il ressort de ces documents, dont l'interprétation est évidemment rendue complexe par une ambiguïté volontaire, que les Etats-Unis tiennent le gouvernement de la République populaire de Chine pour le seul gouvernement « *de la Chine* » ; qu'ils ont « *pris acte* » et ne « *contestent pas* » la position selon laquelle « *tous les Chinois* » des deux côtés du détroit de Taiwan affirment qu'il n'y a qu'« *une seule Chine* » et que Taiwan en fait partie ; qu'ils n'ont pas l'intention de mener « *une politique de long terme* » de vente d'armes à Taiwan, mais qu'« *aucune date* » n'a été fixée pour la fin de ces ventes dont le TRA prévoit la fourniture à Taiwan de façon à « *entretenir une capacité suffisante d'autodéfense* » ; et enfin, également en vertu du TRA, que les Etats-Unis maintiendront eux-mêmes une capacité à « *résister à tout recours à la force ou à d'autres formes de coercition qui mettraient en péril la sécurité, le système social ou économique, ou les habitants de Taiwan* », avec lesquels les Etats-Unis entendent

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

poursuivre « *des relations culturelles, commerciales et autres de nature officieuse* ». A cette fin, il est disposé que tous les traités entre les Etats-Unis et Taiwan resteront en vigueur et que les lois américaines continueront à s'appliquer à Taiwan de façon inchangée, si bien que la Cour d'appel du district de Columbia a pu juger en 1987 que le TRA a un effet tel que Taiwan doit être traitée, dans le droit national des Etats-Unis, « *comme si le retrait de la reconnaissance n'avait pas eu lieu* » (*Dupont Circle Citizens Ass'n v. District of Columbia Board of Zoning Adjustment*). Dans *Mingtai Fire & Marine Insurance Co Ltd v. United Parcel Service* (1999), la Cour d'appel pour le neuvième circuit a aussi décidé que Taiwan n'est pas obligée par les conventions auxquelles la Chine a adhéré. En résumé, Taiwan est, du point de vue américain, une partie de la Chine, mais pas nécessairement de la République populaire, quoique celle-ci soit l'unique gouvernement chinois ; Taiwan est également assimilée à un Etat dans son traitement par le droit étatsunien, et à un allié dans la politique étrangère des Etats-Unis, sans être formellement tenue ni pour l'un ni pour l'autre.

Dépourvus, sur le plan international, de toute obligation de défendre Taiwan, les Etats-Unis se sont donc obligés, sur le plan interne, à s'en donner les moyens. Mais depuis plus de quarante ans, ils se refusent à dire ce qu'ils feraient en cas de tentative chinoise d'unification par la force. Cette politique, dite d'ambiguïté stratégique, poursuivait historiquement deux objectifs en même temps : il s'agissait, d'abord, de dissuader Pékin de recourir aux armes, face à l'incertitude quant au seuil et à la nature de la réaction américaine à une invasion de la Chine ; mais aussi de dissuader Taipei de déclarer son indépendance, faute d'être assurée d'une intervention militaire de Washington contre l'attaque chinoise qu'une telle déclaration susciterait probablement. Depuis quelques années, les appels à abandonner cette politique se multiplient dans les milieux de décision américains. C'est que, tandis que la menace sur Taiwan grandit tous les jours, les progrès de l'armée chinoise faisant désormais douter que les Américains puissent même défendre Taiwan à supposer qu'ils le veuillent, les autorités taïwanaises ont adopté une approche pragmatique qui consiste à écarter toute inutile formalisation de l'indépendance – puisque, ainsi que l'avait déclaré lors de sa réélection l'actuelle présidente Tsai Ing-wen, « *nous sommes déjà un pays indépendant* » (*The Guardian*, « Tsai Ing-wen says China must "face reality" of Taiwan's independence », 15 janvier 2020). De ce point de vue, il n'est donc plus nécessaire de dissuader l'indépendantisme taïwanais, qui est simplement une réalité silencieuse, mais il faut plus que jamais dissuader le tonitruant irrédentisme chinois en adoptant une ligne de clarté stratégique selon laquelle les Etats-Unis annonceraient à l'avance qu'ils interviendront si la Chine tentait d'envahir Taiwan.

Or, à quatre reprises, le président Biden a semblé faire sien ce renversement majeur de la politique traditionnelle, avant d'être contredit par ses conseillers. En août 2021, dans un entretien à la chaîne ABC, il déclarait que « *nous avons pris un engagement sacré en faveur de l'article 5* [du traité de l'Atlantique nord] *tel que si en fait quelqu'un devait envahir ou agir contre nos alliés de l'OTAN, nous réagirions. Même chose pour le Japon, même chose pour la Corée du Sud, même chose pour Taiwan* », ajoutant donc Taiwan à une liste d'Etats couverts par des obligations d'assistance mutuelle (*The Guardian*, « White House backtracks after Biden appears to say US would defend Taiwan against China », 20 août 2021). En octobre de la même année, lors d'un débat organisé par CNN, il répondait à une question sur une potentielle assistance à Taiwan contre une invasion chinoise : « *oui, on a un engagement à faire ça* » (Reuters, « Biden says United States

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

would come to Taiwan's defense », 22 octobre 2021). En mai 2022, c'est lors d'une visite au Japon que la même idée était exprimée : « *c'est l'engagement que nous avons pris* » (*The Guardian*, « US would defend Taiwan if attacked by China, says Joe Biden », 24 mai 2022). Enfin, au mois de septembre, Joe Biden répondait sur la chaîne CBS, alors qu'on l'interrogeait sur l'envoi de troupes américaines en défense de l'île : « *oui, s'il se produisait, en fait, une attaque sans précédent* » (BBC, « Biden again says US would defend Taiwan if China attacks », 19 septembre 2022). Le langage utilisé par le président pourrait donner l'impression qu'il interprète erronément le TRA comme obligeant l'exécutif américain non seulement à maintenir une capacité de défense de Taiwan, ainsi qu'on l'a vu à l'instant, mais encore à défendre effectivement Taiwan en cas d'attaque, ce qui n'est pas exigé par la loi. Quoi qu'il en soit, la répétition de cette position fait douter qu'elle soit seulement l'expression d'un président distrait, gaffeur, voire sénile, comme on l'écrit volontiers à son sujet, et l'on peut penser, quoiqu'en dise son administration, qu'il y a bien eu un changement de stratégie des Etats-Unis, encore qu'il aboutisse moins à la clarté stratégique qu'à une ambiguïté stratégique plus… ambiguë.

Ces dernières années, d'autres infléchissements sont notables. Ils rendent difficilement contestable que les Etats-Unis ont beaucoup tiré sur la corde de la Chine unique, à défaut de répudier complètement cette politique. Comme pour tout ce qui a trait aux relations sino-américaines, les choses s'étaient accélérées sous l'administration Trump, en particulier par l'adoption, en 2018, d'un *Taiwan Travel Act* (TTA). La section 3(b) du TTA prévoit que les Etats-Unis doivent avoir pour politique d'« *autoriser les fonctionnaires à tous les niveaux du gouvernement des Etats-Unis (…) de se rendre à Taiwan et de rencontrer leurs homologues taïwanais* » ainsi que de « *permettre aux hauts fonctionnaires taïwanais de haut niveau de se rendre aux Etats-Unis, dans des conditions qui manifestent le respect approprié pour la dignité de telles personnalités officielles, et de rencontrer des personnalités officielles des Etats-Unis* », des dispositions qu'il faut là encore interpréter comme une obligation faite par le Congrès au gouvernement américain (v. en ce sens Julian G. Ku, « The Taiwan Travel Act is Legally Binding », *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, vol. 36, 2018, pp. 116-123). Lequel n'a pas manqué de leur donner effet quand, aux derniers jours de l'administration Trump, le département d'Etat a annoncé la levée de toutes les lignes directrices qui restreignaient les contacts entre la branche exécutive du gouvernement américain et Taiwan (Département d'Etat, « Lifting Self-Imposed Restrictions on the U.S.-Taiwan Relationship », 9 janvier 2021). L'administration Biden n'est pas revenue sur cette décision et ses nouvelles lignes directrices, adoptées en avril 2021, autorisent notamment les personnalités officielles américaines à participer à des réunions à la propriété de Twin Oaks à Washington, qui fut la résidence de l'ambassadeur de la république de Chine jusqu'en 1979 et où le Bureau de représentation économique et culturelle de Taipei organise encore des réceptions de nos jours (« US eases limits on Taiwan contacts », *Taipei Times*, 11 avril 2021). Inutile de dire que l'on ne voit guère comment des relations officieuses pourraient être plus officielles !

Fin 2022, la dernière proposition de loi en date, connue un temps sous le nom de *Taiwan Policy Act*, aurait encore un peu plus dissipé les faux-semblants subsistant dans les relations américano-taïwanaises ; déposé au Sénat, il désignait à l'origine Taiwan comme un « *allié majeur hors OTAN* » – désignation notamment utilisée pour Israël, le Japon et la Corée du Sud – et proposait d'en renommer la quasi-ambassade en « Bureau

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

représentatif de Taiwan » (« Is the Taiwan Policy Act good for Taipei? », *The Japan Times*, 30 octobre 2022). Ces mentions symboliques, qui ont suscité la réticence de la Maison blanche, ont été abandonnées lors d'un parcours législatif qui n'a du reste pas abouti sous cette législature. Renommée *Taiwan Enhanced Resiliency Act*, la proposition a cependant été incorporée en partie au *National Defense Authorization Act*, loi annuelle relative au budget de la défense. Signée par Joe Biden le 23 décembre, elle autorise, selon un arrangement inédit apparemment inspiré de ceux mis en place pour financer la guerre en Ukraine, des subventions et des prêts à hauteur de 10 milliards de dollars aux fins d'assistance de sécurité à Taiwan sur les cinq prochaines années (« US raises arms race risk with Taiwan security bill, Chinese analysts warn », *South China Morning Post*, 24 décembre 2022). Ce programme se déploiera dans un contexte de plus grande convergence de vues entre les Etats-Unis et Taiwan sur le matériel d'armement nécessaire à la défense de l'île, relativement peu onéreux et mobile, qui devrait répondre à une stratégie dite du « porc-épic ». La Chine a immédiatement réagi en envoyant 71 avions à proximité de Taiwan, un record depuis que les autorités de l'île ont commencé à rendre publiques les informations sur ces incursions quotidiennes, en 2020 (« PLA sends record 71 warplanes near Taiwan after US increases military aid », *South China Morning Post*, 26 décembre 2022). Les tensions se sont poursuivies jusqu'à l'extrême fin de l'année avec l'autorisation par le département d'Etat de la vente à Taiwan du système Volcano de dispersion de mines anti-chars (« US approves potential sale of anti-tank systems to Taiwan for $180 mln », *Reuters*, 29 décembre 2022), un équipement représentatif de l'orientation asymétrique donnée à la politique taïwanaise d'armement.

Cette hâte dans l'arsenalisation de Taiwan témoigne d'une croyance selon laquelle la Chine aurait anticipé ses projets d'invasion, voire que celle-ci serait imminente. En mars 2021, un amiral américain évoquait la possibilité qu'elle se produise « *dans les six prochaines années* » (« China could invade Taiwan in next six years, top US admiral warns », *The Guardian*, 10 mars 2021) ; un second, chef des opérations navales, a depuis jugé qu'une échéance à 2027 pourrait aussi bien signifier 2023 ; et du côté du département d'Etat, Antony Blinken a lui aussi estimé que la Chine entendait désormais procéder « *à un rythme beaucoup plus rapide* » que ce qui était jusque-là envisagé (« Washington doit se préparer maintenant à une invasion chinoise de Taïwan, selon un amiral américain », *Le Figaro*, 20 octobre 2022). Aucune de ces évaluations ne semble se fonder sur autre chose que les ambitions prêtées à Xi Jinping et le sentiment d'une dégradation généralisée des relations internationales. Si les premières sont aussi avérées que la seconde, on peut douter de la conclusion qui en est tirée, le souci de stabilité de la Chine décourageant vraisemblablement encore une entreprise militaire dont l'issue, si elle manquait son but, pourrait être rien moins que la chute du Parti communiste chinois. Il y a bien analogie entre l'Ukraine et Taiwan, mais cette analogie n'est pas complète : la voie choisie par la Chine pourrait être d'atteindre plutôt son objectif en usant et effrayant les Taïwanais jusqu'à ce que ceux-ci renoncent à tout destin national, par une stratégie d'intimidation dont les manœuvres militaires ne sont qu'une composante.

Que l'étiolement de la politique de la Chine unique soit motivé par le souci de défendre un régime taïwanais qui a réussi, en trente ans, une remarquable transition démocratique, parfaitement insupportable à l'autocratie chinoise, ne change rien au fait que c'est le maintien du *statu quo*, si hypocrite et insatisfaisant soit-il, qui garantit le mieux la survie de la démocratie taïwanaise. On peut dès lors considérer, à l'exemple de deux spécialistes

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

américains dans une récente tribune (v. Jude Blanchette & Ryan Hass, « The Taiwan Long Game. Why the Best Solution is no Solution », *Foreign Affairs*, janvier/février 2023), que cette cruelle circonstance plaide pour un soutien à Taiwan d'une nature plus discrète et moins strictement militaire et recommande aux Etats-Unis de ne pas mettre la Chine dos au mur par de nouveaux coups d'éclat qui pourraient la pousser à finalement régler par la force un problème qui, dans les conditions actuelles, ne saurait hélas être réglé autrement.

C.E.D.

FIDJI – ILES SALOMON

Signature d'un accord de délimitation maritime

2023/1.4 – Première délimitation maritime signée depuis 6 ans dans la région Pacifique, l'accord bilatéral du 11 juillet 2022 entre les deux Etats insulaires constitue une étape importante, après des années de négociation, dans le projet global de fixation des frontières au sein du « continent bleu ».

Contexte régional. — Depuis 2001, le programme régional des frontières maritimes, coordonné par la Communauté du Pacifique (CPS), et complété par le programme *Framework for a Pacific Oceanscape* de 2010, assiste les Etats insulaires océaniens en vue de la sécurisation de leurs espaces maritimes, lesquels se caractérisent par des superficies considérables. La région, qui concentre la majorité des plus grandes zones économiques exclusives du monde (ZEE), fait face à de multiples défis, en lien notamment avec la lutte contre la pêche illégale ou encore les effets du changement climatique. La ZEE de Fidji est estimée à 1 260 000 km2 pour 18274 km2 de surface terrestre (chiffres de l'UNDP), tandis que celle des Iles Salomon s'étend sur 1 340 000 km2 pour un peu moins de 30 000 km2 de surface terrestre (chiffres de l'IUCN) ; les deux membres du Commonwealth sont des Etats archipélagiques au sens de la partie IV de la Convention de Montego Bay.

La délimitation des frontières maritimes constituant un aspect clé dans la gouvernance des mers et la sécurisation des espaces, y compris face au changement climatique, ainsi qu'une condition à la bonne mise en œuvre de l'objectif 14 de développement durable sur les mers et les océans, des efforts considérables sont déployés en Océanie en ce sens. La tâche n'est pas mince, puisque pas moins de 48 limites bilatérales sont censées y distinguer les zones sous juridiction étatique – en y incluant l'Australie, la Nouvelle-Zélande, Pitcairn et les territoires américains –, chaque Etat comptant de nombreux voisins en raison de la configuration insulaire. Le nouvel accord entre Fidji et les Iles Salomon porte à 36 le nombre des frontières déjà délimitées, et donc à 12 celles des frontières en attente de délimitation.

Au sein du Forum des Iles du Pacifique (FIP), principale organisation de coopération politique de la région, la question des espaces maritimes est aussi devenue centrale, comme en témoignent les nombreuses déclarations, en premier lieu desquelles la Déclaration d'août 2021 sur la Préservation des zones maritimes face à l'élévation du niveau de la mer (v. cette chronique 2021/4). La formalisation de l'accord par les paraphes du premier ministre fidjien Franck Bainimarama – depuis remplacé en décembre 2022 par Sitiveni Rabuka à ce poste –, et du chef du gouvernement salomonais Manasseh Sogavare, s'est d'ailleurs faite en marge du dernier forum des leaders du FIP à Suva, au cours duquel a été officiellement adoptée la Stratégie 2050 pour le Continent Bleu.

Négociation. – Si une telle issue a pu être qualifiée d'« historique » par les deux protagonistes dans leurs communiqués respectifs (Communiqués de presse du

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

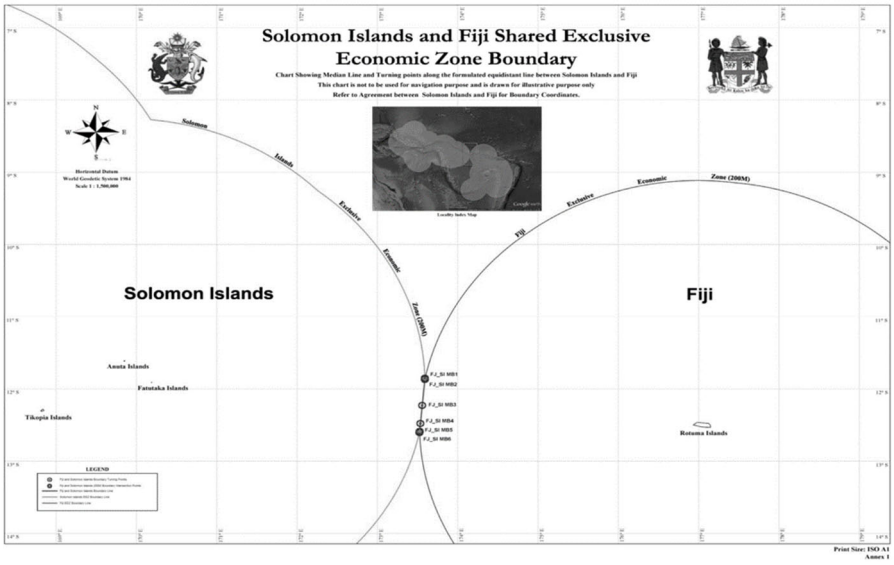
gouvernement fidjien et du gouvernement salomonais, respectivement les 12 et 11 juillet 2022 sur leurs sites officiels), c'est que de longues années ont été nécessaires pour qu'un consensus soit trouvé. La ligne d'équidistance retenue (v.*infra*), est pourtant toute classique, mais la détermination des coordonnées géographiques des points de la ligne médiane et des points de base ont fait l'objet d'ajustements (voir notamment le rapport parlementaire fidjien de février 2021, disponible sur le site de l'institution). L'appui technique de la CPS s'est révélé déterminant, tandis que le Secrétariat du FIP, le Secrétariat du Forum du développement des Iles du Pacifique (PIDF- créé en 2013 par Fidji en réaction à son éviction temporaire du Commonwealth), ou encore l'Université du Pacifique Sud (USP) ont également été sollicités (contributions devant le Comité permanent des affaires étrangères et de la défense de Fidji, Parlement fidjien, février 2021). En outre, dans le cadre du programme régional des frontières coordonnée par la CPS, un consortium de partenaires, dont l'Union européenne, sont en mesure d'apporter des soutiens, notamment financiers.

Contenu. – En attente de ratification selon les procédures internes des deux parties, l'accord n'a pas encore fait l'objet d'un enregistrement auprès du Secrétariat de l'ONU au moment de la rédaction de cette note. La ligne établie par le texte préparatoire (disponible à l'adresse : https://www.parliament.gov.fj/wp-content/uploads/2021/02/Agreement-FINAL-PDF.pdf) semble ne pas avoir été modifiée dans la version finale, tels que le confirment les commentaires officiels relayés par les deux gouvernements. Ainsi l'article 3 prévoit une frontière commune pour la délimitation de la ZEE et du plateau continental en suivant une ligne d'équidistance à partir des côtes des îles les plus proches se faisant face, à savoir Fatutaka aux Iles Salomon et Rotuma à Fidji, tandis que l'article 7 prévoit des dispositions très générales concernant la résolution pacifique de différends qui naitraient de l'interprétation du texte. Des modalités de répartition équitable des bénéfices, qui seraient tirés de gisements d'hydrocarbures, de gaz naturel ou d'autres ressources minérales qui chevaucheraient le tracé, font l'objet de l'article 8. Plus incertaine est la version finale de l'article 6, qui envisageait initialement des ajustements de la frontière dans le cas de changements significatifs des points de base. Ces dispositions semblent contredire les efforts du FIP en faveur du maintien des frontières et limites maritimes face à la montée des eaux. Le Secrétariat de l'Organisation, auditionné par le comité des affaires étrangères et de défense du parlement fidjien, n'avait pas manqué de faire remarquer cette curiosité et préconisé l'insertion d'une nouvelle clause, sans faire l'unanimité (compte rendu susmentionné). Dans leurs communiqués respectifs, les gouvernements fidjiens et salomonais ont néanmoins précisé qu'« au travers de leur Accord de délimitation maritime, les deux représentants avaient aussi déclaré la permanence des frontières maritimes respectives de leurs Etats, indépendamment des effets du changement climatique et de ses effets potentiels sur ces frontières maritimes » (nous traduisons). L'accessibilité à l'accord finalement ratifié permettra d'éclaircir ce point.

Suites. – La signature de juillet 2022 ne clôt pas le dossier des négociations de délimitation pour Fidji, qui a déjà signé des accords avec Tuvalu et avec la France (Wallis-et-Futuna et Nouvelle-Calédonie), mais qui doit encore établir ses limites de juridiction avec le Vanuatu et avec Tonga. Un différend historique sur le récif de Minerva complique cette dernière entreprise. Par ailleurs, sa demande d'extension de plateau continental étendu n'a pas encore fait l'objet de recommandations de la part de la CLPC. Les limites des Iles Salomon sont quant à elles fixées (bien que tous les accords ne soient pas encore

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

entrés en vigueur) puisque des tracés ont déjà été signés avec l'Australie, la Papouasie Nouvelle-Guinée, la France, le Vanuatu, et qu'une bande de haute-mer sépare sa ZEE de celles de Nauru, de Kiribati et de Tuvalu. La demande salomonaise de reconnaissance de droits sur le plateau continental étendu, présentée conjointement avec la Papouasie Nouvelle-Guinée et la Micronésie, a quant à elle fait l'objet de recommandations de la CLPC en 2017.



G.G.

FRANCE – ETATS-UNIS – RUSSIE – CHINE – COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

L'International Astronautical Congress 2022 ou Mulholland Drive dans l'espace

2023/1.5 – Du 18 au 22 septembre 2022 s'est tenue à Paris la réunion annuelle des acteurs de l'astronautique : l'*International Astronautical Congress* (IAC). Il s'agit du rendez-vous incontournable où se mêlent chercheurs et travailleurs du secteur de tous bords (des techniciens, beaucoup de techniciens, en passant par les communicants, les chefs d'agences spatiales, les responsables gouvernementaux, sans oublier la communauté réduite mais étalée des juristes spécialisés en droit spatial). C'est souvent à cette occasion qu'acteurs publics de recherche, industriels du satellite et ingénieurs des applications spatiales numériques se rencontrent et annoncent le futur de la stratégie spatiale industrielle ou les orientations de leur politique spatiale nationale. La dernière fois que ce pèlerinage cosmique avait eu lieu en France, c'était en… 2001.

Cette année-là, celle de *L'Odyssée de l'Espace*, sortait sur grand écran ce qui allait devenir, pour les critiques du cinéma (étude de la *BBC*, 2016), le meilleur film du XXIe siècle : *Mulholland Drive* de David Lynch.

Le scénario n'est pas résumable, tant l'histoire ne peut se dissocier des images et du montage… Voici néanmoins la substance des évènements qui s'y déroulent, à Hollywood : Betty (Naomi Watts), une jeune actrice en devenir loge chez sa tante à Los Angeles. Dans

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'appartement de cette dernière, elle trouve Rita (Laura Harring), une femme énigmatique et amnésique ayant échappé à une tentative d'assassinat sur la route de Mulholland Drive. En quête de l'histoire et de l'identité de Rita, les deux femmes devenues amantes découvrent que l'industrie du cinéma est contrôlée par une mafia secrète poussant les actrices de son choix et capable de contraindre les réalisateurs en faisant saisir leurs comptes bancaires et leurs biens s'ils ne plient pas à sa volonté. Cette recherche de la vérité s'entremêle de scènes hilarantes et inquiétantes qui laissent entrevoir une Betty très talentueuse mais à la carrière bloquée par les sociétés secrètes qui contrôlent Hollywood. L'enquête des deux femmes aboutit au *Silencio*, un *nightclub* où la réalité n'est pas ce qu'elle parait…

Après une heure trente de film dans cet univers, tout change alors brutalement. Les acteurs sont les mêmes mais l'on découvre, selon l'interprétation consacrée, que Naomi Watts n'interprète pas une actrice géniale mais une figurante minable. Surtout, l'on découvre que la première partie du film n'était que… son rêve. Dans la réalité : elle est une comédienne dont la carrière ne décolle pas. Rita, sa compagne, la quitte au profit d'un réalisateur pour parfaire sa carrière… Betty, alors débordante de vengeance, fait assassiner Rita. Rongée par la culpabilité, elle finit par se suicider.

David Lynch n'a jamais livré l'interprétation officielle de cette double intrigue ni révélé quelle partie relevait du rêve ni quel moment constitue le réel. Le film est conçu comme un polar dont le seul détective est le spectateur. Dans le coffret DVD, le réalisateur a même inclut une fiche proposant dix indices permettant de « décoder *Mulholland Drive* ».

En revanche, ce que David Lynch n'a pas indiqué, c'est que *Mulholland Drive* pouvait permettre, à son tour, de décoder nombre d'éléments contemporains, dont le fameux IAC 2022 qui s'est tenu, près de vingt ans plus tard à Paris. Celui-ci s'est présenté ainsi : au 2ème étage d'un bâtiment du Parc des expositions de la Porte de Versailles, agences spatiales, opérateurs télécoms et autres *start-ups* du spatial tenaient des stands ; tandis qu'au 3ème étage, une salle centrale proposait des conférences généralistes, d'intérêt public, cependant que des salles alentours accueillaient une quarantaine de sous-sessions dédiées à des secteurs spécifiques de la conquête du ciel : débris spatiaux, systèmes de propulsion, observation optique de la Terre, et même droit de l'espace…

La cérémonie d'ouverture a vu se succéder sur la scène principale : Valérie Pécresse, les chefs de l'agence spatiale française (le CNES), d'ArianeGroup, d'autres entreprises du secteur, du commissaire européen Thierry Breton, puis, enfin, de la Première Ministre Elisabeth Borne. Entre ces interventions, l'organisation nous a offert du *break dance*, des scénettes de comédie musicale, des films promotionnels, le tout dans l'esprit du slogan de cette édition 2022 : SPACE FOR ALL. L'espace pour tous. Dans une ambiance et une communion parfaitement en accord avec les principes fondamentaux du droit spatial, à commencer par celui de l'Article 1er du *Traité de l'espace* de 1967, ratifié par tous les Etats présents : celui de n'utiliser l'espace extra-atmosphérique que dans l'intérêt de l'humanité tout entière. A ce propos, relisons cet article :

> « L'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, doivent se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays, quel que soit le stade de leur développement économique ou scientifique ; elles sont l'apanage de l'humanité tout entière.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

> L'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, peut être exploré et utilisé librement par tous les Etats sans aucune discrimination, dans des conditions d'égalité et conformément au droit international, toutes les régions des corps célestes devant être librement accessibles.
>
> Les recherches scientifiques sont libres dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, et les Etats doivent faciliter et encourager la coopération internationale dans ces recherches. »

Ces recherches scientifiques internationales, à n'en pas douter, sont la finalité par laquelle tous les principes du droit de l'espace sont respectés, tant dans leur lettre que dans leur esprit. D'ailleurs, l'IAC a mis à l'honneur la mission DART (pour *Double Asteroid Redirection Test*), laquelle consistait à expérimenter les capacités humaines de déviation d'astéroïdes géocroiseurs, c'est-à-dire susceptible d'heurter la Terre. Le satellite d'impact, produit par la NASA, était suivi de près par un satellite de contrôle italien. Cette mission illustre parfaitement la coopération scientifique internationale, encouragée par le *Traité de l'espace* précité, dans des utilisations spatiales réalisées pour le bien de l'humanité. Lors de la présentation de cette mission sur la scène centrale de l'IAC, quelques jours à peine avant l'impact très médiatisé, étaient aussi présentés les programmes semblables d'autres agences spatiales en coopération internationale.

Toujours dans le même esprit, voici les conférences données sur cette scène « planétaire », ouverte au public certains jours : *L'espace au bénéfice de tous les terriens*, *Les perspectives spatiales pour les générations futures*, *Le nouvel horizon de l'observation de la Terre : adapter nos sociétés au changement climatique*, *Le télescope James Webb : l'histoire de la coopération internationale et la nouvelle ère de l'astronomie pour tous*…

Cette façade offerte par l'IAC est le rêve hollywoodien de Betty dans *Mulholland Drive*, les intermèdes musicaux de la cérémonie d'ouverture du Congrès nous plongent d'ailleurs dans l'ambiance festive du thème d'ouverture du film : *Jitterbug* (par Angelo Badalamenti & The City of Prague Orchestra sur *YouTube*).

Cependant, les indices de David Lynch pour décoder la réalité s'avèrent autant utile ici que pour son film : « 1. Soyez particulièrement attentif au début du film : deux indices au moins sont donnés avant le générique ».

Avant le générique du début du film, nous avons pu trouver ces deux éléments : le discours d'Elisabeth Borne et le programme annoncé de l'*International Astronautical Congress*. Notre Première ministre a, en effet, annoncé un renforcement de la politique spatiale militaire de la France, faisant suite ici au discours de Florence Parly, ancienne Ministre des armées, après la tentative de vol de données par un satellite russe sur un satellite français en 2017. Quand bien même cette amorce du Gouvernement français serait justifiée par un contexte géopolitique international de tension militaire dans l'espace, on voit mal comment celle-ci pourrait s'inscrire dans le respect de l'article 1er du traité de 1967, obligeant à utiliser le cosmos dans « l'intérêt de tous les pays ».

Passons ensuite au programme de ce sommet international dédié à l'espace pour tous, jusqu'en son slogan. La conférence des chefs des principales agences spatiales de SPACEFORALL comptait pourtant deux absents criants de leur silence : la Russie et la Chine. Cette absence rejoint d'ailleurs le 10ème indice de David Lynch : « 10. Où est tante Russe ? » (en réalité : Où est tante Ruth ?).

Eh bien, elle n'est pas là. Lorsque l'on prête attention à ces indices pour décoder le film, il apparaît clairement quelle est la réalité de l'IAC : la 2ème partie de *Mulholland*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Drive, où le rêve et les faux semblants face caméra cessent pour laisser place à une obscure substance, insaisissable : celle de l'incertitude dans laquelle la coopération spatiale internationale est plongée. Elle ne l'est pas depuis l'agression Russe de l'Ukraine. Cette dernière n'a fait que renforcer et accélérer un mouvement en action depuis quelques années : un retour à la logique des blocs qui ne dit pas son nom, et dont surtout, le bloc de l'Ouest, ne voit pas la réalité. Ou du moins ne l'affiche pas et préfère arborer pour slogan l'inverse.

Si dans les années 1960, les conceptions culturelles différentes quant à la conquête spatiale avaient abouti à l'adoption d'un traité faisant converger en des principes uniques de droit positif, tel n'est plus le cas. Le droit de l'espace est entré dans l'ère d'un multiculturalisme divergent, où les différences quant aux utilisations spatiales aboutissent à l'adoption de deux régimes quasi-distincts, fondés sur des interprétations opposées du même *Traité de l'espace*.

Nous nous réveillons ici sur la bande son de la fin de rêve mystérieuse et inquiétante de *Mulholland Drive* celle qui porte le nom du film dans la bande originale (*Mulholland Drive* - Angelo Badalamenti & The City of Prague Orchestra). Pour renforcer l'inquiétude et l'étrangeté brumeuse qui règnent durant tout son chef d'œuvre, David Lynch a ajouté dès les premières séquences une scène intrigante qui se déroule chez *Winkie's*, un *diner* américain. Un jeune homme y raconte à un autre, plus âgé, qu'il a eu un rêve effrayant à propos de cet endroit… A l'arrière de la boutique se trouve un homme à l'apparence horrible, qu'il peut voir à travers les murs. Il peut voir son visage. Il espère qu'il ne le rencontrera jamais à l'extérieur de son rêve. Le mentor lui explique qu'ils sont sans doute là pour voir si cet homme-cauchemar existe vraiment, ce qui n'est pas possible. C'est donc forcément pour se débarrasser de ce sentiment étrange qui l'envahi depuis son rêve qu'il sont venus vérifier le caractère fantasmé de cette présence. Les deux hommes se rendent alors à l'arrière du *Winkie's*. La tension s'accroit, aidée par la bande son de la scène, à mesure que le duo s'approche de l'arrière… Surgit alors par surprise un visage effrayant, inattendu et surnaturel. Un visage appartenant à l'homme du cauchemar, qui pourtant ne pouvait pas exister.

Cette scène, c'est la France qui en fut responsable, quelques semaines avant l'IAC. L'agence spatiale française, le CNES, a effet signé les *Accords Artémis*. Accords qui, comme l'a rappelé le professeur Armel Kerrest, mis à l'honneur durant la sous-session de l'IAC consacrée au droit de l'espace, n'ont d'accords que le nom. Ces derniers, prérédigés par la NASA, n'offrent que la case « Signez-ici » aux partenaires qui souhaiteraient se joindre à nouvelle conquête américaine de Lune. Sans réelle disposition normative, ces Accords incluent un insert discret aux termes duquel les signataires reconnaissent que l'extraction des ressources spatiales n'est pas contraire, en tant que telle, au *Traité de l'espace*. C'est donc une agence spatiale nationale, qui par des textes de circonstances, tente d'agréger le plus de signataires possibles à son interprétation nationale douteuse du *Traité de l'espace*, à laquelle s'opposent nombre de ses autres membres, dont l'un fut central lors de son adoption : la Russie.

Ce qui fait porter à la France le visage peu reluisant de l'homme troublant caché derrière le *Winkie's*, c'est qu'elle est la seule puissance spatiale ayant signé l'*Accord sur la Lune* de 1979, selon lequel, lorsque l'exploitation des ressources spatiales sera sur le point d'être matériellement réalisable, il faudra adopter un régime de répartition des bénéfices générés par ladite exploitation… Par cette signature des *Accords Artémis*, l'agence spatiale nationale ne viole-t-elle pas les obligations internationales de la France,

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

par exemple l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités (reflétant le droit coutumier en la matière) :

> « Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :
>
> Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ».

Dans les jours qui ont suivi l'IAC, lequel s'est situé à la frontière lynchienne entre le rêve et la réalité non-démêlés, s'est tenu le festival *Stars Up'* dans l'un des hangars de la ville de Meudon ayant autrefois servi à la construction d'engins dirigeables. Il s'y trouva un responsable du CNES en charge des questions de débris spatiaux qui, à notre grande surprise, fut d'accord avec ces interrogations soulevées par l'adhésion du CNES aux *Accords Artémis*… Adhésion qui, jusqu'à présent, s'avère plutôt politique que juridique, mais n'en produit par moins des effets semblables.

Lorsque l'on a interrogé David Lynch sur ces questions juridiques en général et de droit spatial en particulier, pour cette chronique des faits internationaux, celui-ci nous a remercié pour cette demande « intéressante et réfléchie ». Mais il a néanmoins préféré « poliment décliner » l'invitation à s'exprimer sur le sujet, préférant « concentrer son regard sur le *donut* et se consacrer à sa chaîne YouTube » (réponse authentique). Sur ladite chaîne, le réalisateur multi-primé publie deux vidéos quotidiennes. L'une où il donne le bulletin météo quotidien de la ville de Los Angeles, l'autre durant laquelle il se livre à un tirage au sort du chiffre du jour. Sans plus d'explications.

Pour citer Lynch : « Le chiffre du jour est le chiffre 5. Quel sera le chiffre demain ? ». Nous n'en avons aucune idée, et c'est à peu près le sentiment que nous a donné le Congrès International d'Astronautique 2022. Entre son sourire de façade onirique présentant une coopération spatiale internationale à tous niveaux et sa réalité passée sous silence dans laquelle le sillon des dissensions et des utilisations unilatérales se creuse jour après jour, la suite des événements est une véritable loterie. Quel sera le chiffre demain ?

R.C.

ISRAËL – PALESTINE

Rapport du 20 octobre 2022 de la United Nations Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in Israel

2023/1.6 – Le 20 octobre 2022, une commission créée par le Conseil des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations unies (ONU) a publié un rapport sur la situation en « territoire palestinien occupé incluant Jérusalem et en Israël » et le moins que l'on puisse dire est que les conclusions de ce document sont sans appel affirmant que « Israel incurs international responsibilities and remains accountable for violations of the rights of the Palestinians, both individually and as a people » ou encore que « some of the Israeli government policies and actions may constitute "elements" of crimes under international criminal law, including the war crime of transferring part of your own civilian population into occupied territory ».

Cette situation est loin d'être une anomalie, les condamnations de l'Etat hébreu par des organes onusiens étant légion depuis les années 60. Cette situation pourrait nous paraître

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

paradoxale étant donné que c'est sur le fondement de la résolution 181 du 29 novembre 1947 de l'Assemblée générale de cette même organisation que Ben Gourion a proclamé l'indépendance d'Israël le 14 mai 1948, mais il n'en est rien.

La relation entre Israël et l'ONU est en effet pour le moins tumultueuse avec de nombreuses résolutions adoptées à son encontre (la plus célèbre étant sans doute la résolution *242* du Conseil de sécurité de 1967 adoptée à la suite de la guerre des 6 jours), que Jérusalem s'efforce souvent d'ignorer, amenant dès lors à une surenchère de condamnations (voir en ce sens le recensement de 2009 du *Monde diplomatique* dans « Au mépris du droit. 1947-2009 : Une impunité qui perdure », numéro de février 2009, pp.11-13). Ainsi, en 2020 ce ne sont pas moins de 17 condamnations qui ont été prononcées au sein des institutions onusiennes à l'encontre de cet Etat alors que durant cette même année la moyenne était de 6 résolutions pour n'importe quel autre pays. Cela venant alors alimenter les critiques de partialité à l'encontre de l'organe plénier (décompte réalisé par *UN Watch* évoqué dans « L'ONU a condamné Israël 17 fois en 2020, contre 6 fois pour le reste du monde », *Times of Israël*, 23 décembre 2002).

La commission a été créée à la suite des 11 jours de combat entre Israël et le Hamas à Gaza en avril 2021 et durant l'opération *Guardian of the Walls* (J. Lis et B. Samuels, « UN Commission of Inquiry: Israeli Occupation of Palestinian Territory Is Illegal », *Haaretz*, 21 octobre 2022). Le 27 mai 2021, le Conseil des droits de l'Homme tient une session spéciale quant à « the Grave Human Rights Situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem » et adopte en conséquence la résolution « Ensuring respect for international human rights law and international humanitarian law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in Israel » (A/HCR/RES/S-30/1). Au sein de cette résolution l'on peut lire que l'organe décide de « créer d'urgence une commission d'enquête internationale indépendante et permanente, dont les membres seront nommés par le Président du Conseil des droits de l'homme » (§1 de la résolution). Ainsi, cette nouvelle commission a cela de spécifique qu'elle n'a pas à se centrer sur un évènement précis de la situation israélo-palestinienne et possède un mandat des plus larges quant à son champ d'investigation. En effet, c'est le cas d'une part d'un point de vue *ratione materiae* - toutes les violations présumées du droit international humanitaire et toutes les violations présumées du droit international des droits de l'homme […], ainsi que toutes les causes profondes des tensions récurrentes, de l'instabilité et de la prolongation du conflit - (§1 précité) que *ratione personae* - identifie les personnes impliquées, lorsque cela est possible, afin que les auteurs de violations aient à répondre de leurs actes (§2.d). C'est aussi le cas d'un point de vue *ratione loci* - dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est - (§1 précité) et *ratione temporis* - toutes les atteintes à ce droit qui auraient été commises depuis le 13 avril (§1 précité). Ainsi, le mandat se retrouve être des plus étendus, fait relativement inédit.

De même, le droit applicable est lui aussi défini assez largement : sont concernés le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'Homme, le droit international pénal ainsi que les « other obligations under international law as applicable and where relevant » (*Terms of Reference* de la Commission).

Quant au standard de preuve, alors que la résolution A/HCR/RES/S-30/1 indique au §2.b que la commission « Recueille, rassemble et analyse les éléments de preuve attestant de telles violations et atteintes et des crimes commis, et enregistre et conserve systématiquement tous les renseignements, documents et éléments de preuve, y compris

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

les entretiens, les témoignages et les indices médico-légaux, conformément aux normes du droit international, en mettant tout en œuvre pour que ces éléments soient recevables dans les procédures judiciaires », il semble que la Commission « has decided to adopt the same standard of proof as the majority of international commissions of inquiry on human rights, that is one of "reasonable grounds" » (*Terms of Reference op.cit.*).

L'objectif lui étant attribué consiste à faire des recommandations « notamment sur les mesures de responsabilisation qui pourraient être prises, en vue d'éviter et de faire cesser l'impunité et de garantir l'établissement des responsabilités, notamment des responsabilités pénales individuelles et de la responsabilité du commandement, concernant de telles violations, ainsi que l'accès des victimes à la justice » (§2.f) « sur les mesures que les Etats tiers pourraient prendre pour faire respecter le droit international humanitaire dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est » (§2.g) ainsi que d'opérer un compte rendu « de ses principales activités tous les ans, à lui-même, au titre du point 2 de l'ordre du jour, à compter de sa cinquantième session, et à l'Assemblée générale, à compter de sa soixante-dix-septième session » (2.h) c'est-à-dire sur une base annuelle à partir de juin 2022 au Conseil des droits de l'Homme et septembre 2022 à l'Assemblée générale.

Concernant sa composition, il est prévu que cette dernière « will be comprised of three expert members, one of whom shall serve as Chair, appointed by the President of the Human Rights Council. The commission will be supported by a secretariat comprising the necessary expertise for the implementation of the mandate, including professional investigators and legal analysts » (https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/co-israel/index). En conséquence, le 21 juillet 2021 Navy Pillay (Afrique du Sud), Miloon Kothari (Inde) et Chris Sidoti (Australie) ont été nommés avec Mme Pillay pour Présidente.

La commission a ensuite publié un premier rapport le 7 juin 2022 (United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, « Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel, issues first report », Press release, 07 juin 2022). Ce premier produit du travail de la commission préfigure assez nettement la teneur de celui qui est censé suivre tout en ayant un objet différent. Ainsi, dans ce premier document de 18 pages c'est avant tout une analyse des recommandations et résolutions existantes qui est réalisé avec pour conséquence le fait que « these recommendations have overwhelmingly not been implemented, including calls to ensure accountability for Israel's violations of international humanitarian and human rights law and the indiscriminate firing of rockets fire by Palestinian armed groups into Israel. It is this lack of implementation coupled with a sense of impunity, clear evidence that Israel has no intention of ending the occupation, and the persistent discrimination against Palestinians that lies at the heart of the systematic recurrence of violations in both the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel » (*Ibid.*). Ce document présente cependant aussi un volet de critiques quant à l'Autorité palestinienne en indiquant que cette dernière « frequently uses the occupation as a justification for its own human rights violations and as the core reason for its failure to hold legislative and presidential elections. At the same time, the de facto authorities in Gaza have shown little commitment to upholding human rights, and no adherence to international humanitarian law » (*Ibid*). Le rapport conclut alors à la nécessité pour la commission de « conduct investigations and legal analysis into alleged violations and abuses, and will work with judicial accountability mechanisms toward ensuring individual, State and corporate

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

accountability » (*Ibid*), indiquant alors la nécessité d'un second rapport plus substantiel. Sans grande surprise, dès la publication de ce premier document Israël s'est opposé aux conclusions qu'il contient notamment du fait que l'enquête « a ignoré les véritables raisons qui ont amené Israël à défendre ses citoyens contre des organisations terroristes létales qui commettent un double crime de guerre : tirer sur des civils israéliens à partir de zones civiles dans Gaza » (« Un rapport de l'ONU accuse Israël d'être la cause principale du conflit avec les Palestiniens », *Franceinfo* et *AFP*, 07 juin 2022) amenant aussi à des manifestations pro-israéliennes devant le siège des Nations unies (« Israël-Palestine : les conclusions d'un rapport des Nations unies sur les causes du conflit "pointent dans leur immense majorité vers Israël" », *Le Monde* avec *AFP*¸ 07 juin 2022).

Concernant les méthodes d'enquête de la commission pour le second rapport, ce dernier se fonde sur des interviews menées avec des experts et des parties prenantes au conflit ainsi que sur des contributions ayant suivi un appel à communication destiné à des individus, groupes et organisations commencé le 22 septembre 2021 (UN Human Rigts, Office of the High Commissioner, « Commission of Inquiry finds that the Israeli occupation is unlawful under international law », 20 octobre 2022).

Le rapport s'est intéressé à plusieurs aspects de la situation en se penchant premièrement sur « la nature du contrôle exercé par Israël sur les territoires qu'il occupe » (A/77/328, Titre IV), à la fois dans Jérusalem-Est, le Golan syrien, la Bande de Gaza, Israël même et la Cisjordanie en dehors de Jérusalem Est. Cela regroupe globalement ce que le rapport appelle la « settlement entreprise » d'Israël en territoire palestinien et notamment en Cisjordanie en s'appuyant en partie sur des déclarations faites par des officiels israéliens indiquant l'intention de maintenir un contrôle permanent sur ces zones en violation du droit international (A/77/328, pp.9-11 §25-30). Le rapport conclu sur ce point que « l'établissement, le maintien et l'expansion des colonies israéliennes dans toute la Cisjordanie, y compris Jérusalem-Est, ont fragmenté la population palestinienne et isolé les Palestiniens de leurs terres ainsi que des autres communautés palestiniennes. La Commission souligne que les colonies, où qu'elles soient situées, ont des effets en cascade sur les Palestiniens de l'ensemble de la Cisjordanie. En omettant dans une grande mesure de faire respecter les lois, en continuant d'autoriser rétroactivement la création d'avant-postes de colonies, en négligeant les violences commises par les colons dans ces avant-postes et en dispensant de sanctions juridiques les colons qui enfreignent les lois, Israël indique clairement aux colons que les avant-postes sont un moyen viable et quasi légal d'établir de nouvelles colonies et d'étendre la présence israélienne en Cisjordanie » (A/77/328 §30). A cet égard, la présidente de la commission Navi Pillay a indiqué « By ignoring international law in establishing or facilitating the establishment of settlements, and directly or indirectly transferring Israeli civilians into these settlements, successive Israel governments have set facts on the ground to ensure permanent Israeli control in the West Bank ». Sur cet aspect, Navi Pillay, indique assez ironiquement qu'une résolution a été adoptée à l'Assemblée générale une semaine avant la publication du rapport, résolution votée notamment par Israël et affirmant « that any attempt at unilateral annexation of a State's territory by another State is a violation of international law and is null and void » (*UN News*, « Israeli occupation of Palestinian territory illegal: UN rights commission », 20 octobre 2022). Cette déclaration fait suite au fait qu'Israël a voté une résolution contre l'annexion de l'Ukraine et ferait en ce sens preuve d'hypocrisie (J. Lis et Reuters, « In

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Rare Rebuke, Israel Says It Won't Recognize Russia's Annexation Referendums in Ukraine », *Haaretz*, 27 septembre 2022).

La commission a aussi analysé au sein du document la politique d'expropriation et d'exploitation des terres et ressources naturelles palestiniennes (§31-47). Sur ce point, le rapport indique que « Land is often confiscated for military purposes but then used for settlement construction » (§31) en se fondant sur des déclarations d'officiels israéliens indiquant que « Palestinian construction is seen as an impediment to settlements, requiring action such as confiscation, demolitions and displacement » (§45), phénomène ayant aussi lieu à Jérusalem-est.

Toute une partie du rapport est aussi dédiée aux « objectifs qui sous-tendent le régime d'occupation appliqué par Israël » (Partie V) dans l'optique de mettre en exergue le fait que « les gouvernements israéliens successifs, quelle que soit leur composition politique, ont encouragé l'expansion des colonies tout en déclarant officiellement soutenir la « solution des deux Etats » » (§51).

Le rapport se penche aussi sur les conséquences d'une telle politique sur la vie des palestiniens et les droits humains (partie VI). Cet aspect assez substantiel dans le rapport, s'intéresse premièrement à l'impact de l'environnement coercitif crée par Israël en territoire occupé (restrictions de déplacement notamment) qui pèse « sur l'égalité des droits des deux sexes et entravent l'autonomie des femmes et des filles. Les femmes et les filles sont particulièrement exposées à la violence fondée sur le genre dans le cadre de leurs activités quotidiennes » amenant à « des sentiments d'anxiété, de peur et d'humiliation » (§59). Il est aussi évoqué dans cette partie l'impact des démolitions, expulsions, déplacements forcés et transferts amenant à « des violations du droit des Palestiniens à un niveau de vie suffisant » (§60). De plus, le rapport entre les colonies et les violences est étudié afin d'affirmer que « dans l'ensemble, les forces de sécurité civiles et militaires d'Israël protègent rarement les Palestiniens contre les violences des colons. Des éléments indiquent qu'elles ont observé sans intervenir des attaques violentes commises par des colons et, dans certains cas, participé à de telles attaques. Les autorités judiciaires obligent rarement les colons à rendre compte de leurs actes » (§66). Ainsi, selon le membre de la commission Miloon Khotari, « There is so much "silent harm" and psychological trauma, that may not be immediately apparent, resulting from the erosion of economic, social and cultural rights. These debilitating processes have severe short and long-term consequences and must be urgently addressed » (*UN News*, *op. cit.*). Sur la question du rôle des civils dans le conflit, le rapport illustre une nouvelle fois la divergence sur le sujet entre les institutions onusiennes, l'Etat israélien et la Cour suprême israélienne elle-même. Ainsi, alors que le rapport se centre sur l'impact sur les civils, le gouvernement israélien a tendance à les désigner comme combattants illégaux alors que la Cour suprême – tout en qualifiant la situation de conflit armé international – évoque des civils participant aux combats et n'étant donc pas nécessairement des cibles légitimes (voir l'arrêt de 2005, *Comité public contre la torture en Israël contre Israël* évoqué dans A. Mohammedi, « De l'usage du droit international au Moyen-Orient : approche critique », *Revue québecoise de droit international*, vol 30, numéro 2, 2017, p. 171–193.).

Le rapport adopte alors une conclusion sans appel, la commission estimant « qu'il y a des motifs raisonnables de conclure que l'occupation israélienne du territoire palestinien est aujourd'hui illégale au regard du droit international en raison de sa permanence et des mesures mises en œuvre par Israël pour annexer de facto et de jure certaines parties de ce

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

territoire. Les mesures prises par Israël pour créer des faits irréversibles sur le terrain et pour étendre son contrôle sur le territoire constituent aussi bien des manifestations que des moteurs de son occupation permanente » (§75). De plus, pour cette commission, Israël a « a pris des mesures qui sont constitutives d'une annexion de facto, à savoir notamment : l'expropriation de terres et de ressources naturelles, l'établissement de colonies et d'avant-postes, l'application aux Palestiniens d'un régime d'aménagement et de construction restrictif et discriminatoire et l'application extraterritoriale de la législation israélienne aux colons israéliens en Cisjordanie » (§76).

Concernant les suites données à ce rapport, il est censé être présenté le 27 octobre 2022 à l'Assemblée générale et la commission a demandé à l'organe plénier de demander un avis consultatif à la Cour internationale de justice sur les conséquences juridiques de l'occupation conformément à l'article 96 de la Charte des Nations unies. Ce ne serait en ce sens pas la première fois que le juge de La Haye a à exercer sa compétence consultative au regard des activités israéliennes. En effet, en 2004 la Cour a déjà rendu un avis consultatif sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé. Au sein de cet avis, elle a rappelé l'illicéité de l'acquisition d'un territoire par la force, le droit à l'autodétermination du peuple palestinien ainsi que la nécessité de faire respecter le droit international humanitaire en territoire occupé. Il est ainsi assez net que ce nouveau rapport se place dans la droite lignée des préoccupations de l'organe juridictionnel onusien et qu'il est logique que la commission souhaite le solliciter de nouveau (l'avis de 2004 est d'ailleurs brièvement évoqué au §76 du rapport). De même, pour la commission, des poursuites au regard du droit pénal international doivent être envisagés car « certaines des politiques et mesures mises en œuvre par le Gouvernement israélien, qui conduisent à une occupation permanente et donc à une annexion de facto, peuvent constituer des éléments de crimes au regard du droit pénal international. En particulier, elle appelle l'attention sur l'établissement de colonies dans le Territoire palestinien occupé, en violation de l'article 49 de la quatrième Convention de Genève » (§85).

Conformément à son mandat la commission énonce donc un certain nombre de recommandations (partie VIII). Certaines sont à l'intention d'Israël (§91) en évoquant la nécessité de « se conformer pleinement au droit international et mettre fin sans délai à l'occupation de territoires palestiniens et syriens, qui dure depuis 55 ans » et de respecter les droits des Palestiniens. De même, et dans la continuité de ce que nous évoquions précédemment, des recommandations sont faites à l'Assemblée générale (§92) visant à demander un avis à la CIJ, transmettre le rapport au CSNU et contacter le Bureau de la Procureure de la Cour pénale internationale. Enfin, la commission recommandant aux Etats Membres de l'ONU « de s'acquitter des obligations que leur impose le droit international, notamment de leurs obligations extraterritoriales en matière de droits humains et des obligations découlant de l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève et des articles 146, 147 et 148 de la quatrième Convention de Genève, y compris en engageant des enquêtes et des poursuites visant les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de droit international dans le Territoire palestinien occupé ou d'avoir apporté leur aide ou leur concours aux personnes qui ont commis ces crimes ou tenté de les commettre » (§95).

Evidemment, ce rapport a suscité de vives réactions de la part des défenseurs de la politique du gouvernement de l'Etat hébreu et cela même avant sa publication en se fondant notamment sur le fait que M. Khothari – membre de la commission – ait provoqué la polémique plus tôt dans l'année en évoquant le contrôle des réseaux sociaux par un

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

prétendu « lobby juif » et en remettant en cause l'inclusion d'Israël au sein des Nations unies, provoquant dès lors des accusations d'antisémitisme et faisant douter de son impartialité quant à la question traitée (« Antisémitisme: Un expert de l'ONU regrette d'avoir parlé de "lobby juif" », *The Times of Israël*, 5 août 2022). Suite à ces commentaires, le Premier ministre israélien Yair Lapid a appelé à la dissolution de la commission « fondamentalement souillée par les préjugés exprimés publiquement par ses dirigeants, qui ne répondent pas aux normes basiques de neutralité, d'indépendance et d'impartialité requises par les Nations unies » (« Antisémitisme : Lapid demande à Guterres de dissoudre une commission d'enquête », *The Times of Israël*, 1er août 2022). Y. Lapid ajoute que « Precisely because I was not prime minister when Operation "Guardian of the Walls" was carried out, I feel compelled to emphasize that the UN report is biased, false and blatantly subjective." He added that "not all criticism of Israel is anti-Semitic, but that "this report was written by anti-Semites" » (J. Lis et B. Samuels, *op. cit.*).

Ainsi, il y aurait une forme de partialité du rapport qui ne mentionne jamais le Hamas, les tirs de roquettes à l'encontre d'Israël ou encore le terrorisme. Ces éléments ont notamment été développés par des organisations sionistes telle que *B'nai Brith International* indiquant que les membres de la commission « ne voient manifestement pas la nécessité de faire semblant de mener leur "enquête" de manière objective », le document ne citant « que des organisations non gouvernementales très critiques à l'égard d'Israël, aucune ne mentionne les violations des droits de l'homme commises par les Palestiniens à l'encontre des Israéliens ou des Palestiniens » (L. Berman, « L'ONU dénonce "l'occupation illégale" par Israël et exige des poursuites », *The Times of Israël*, 21 octobre 2022).

Le gouvernement israélien, qui a refusé toute coopération avec la commission et lui a refusé l'accès au territoire israélien ainsi qu'aux zones sous contrôle palestinien en Cisjordanie et à Gaza, a – sans surprise – rejeté les conclusions du rapport en évoquant le fait que « les commissaires qui ont tenu des propos antisémites et qui se sont engagés de manière proactive dans l'activisme anti-israélien, tant avant qu'après leur nomination, n'ont aucune légitimité ni aucune crédibilité pour aborder la question traitée » (L. Berman, *op. cit.*).

Les Etats-Unis, tout en ne prenant pas frontalement position sur le fond du rapport, ont exprimé leurs préoccupations quant aux travaux de la commission notamment à travers le porte-parole du Département d'Etat Ned Price qui a indiqué « « Israël est systématiquement et injustement visé au sein du système des Nations unies, y compris dans le cadre de cette commission d'enquête. Aucun pays, aucun dossier, ne devrait être à l'abri d'un examen minutieux, mais aucun pays ne devrait non plus être ciblé injustement. Tel est le principe que nous cherchons à faire respecter » (L. Berman, *art. cit*.). Cependant, ce vent de critique n'a pas empêché la commission d'émettre un nouvel appel à contribution pour le 31 décembre 2022 afin de pouvoir continuer le processus d'examen de la situation.

Cette tendance à l'inflation des rapports, résolutions et autres documents visant à un impact normatif – et politique – sur la région peut amener à se demander si « le droit international est davantage un outil (de légitimation ou de politique étrangère) qu'un cadre. De ce point de vue, la question de son respect se pose moins que celle de son usage. Son efficacité ne s'évalue donc pas à l'aune de l'émergence ou du respect des règles, mais en tant qu'élément de communication politique » (A. Mohammedi, *art. cit.*, p.171). Difficile alors de voir les effets positifs d'un tel rapport alors que « conflict between Israelis and Palestinians "is again reaching a boiling point" » (propos de l'envoyé des Nations unies pour le Moyen-Orient cités dans https://news.un.org/en/story/2022/11/1131112). Cette

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

situation qui ne semble pas connaître de solutions amène à cet amer constat qu'il faut « cesser d'idéaliser le droit international et de penser que plus il y a de droit, mieux l'on se porte » (propos de R. Bachand recueillis dans A. Mohammedi *art. cit*).

A.B.

LIBAN – ISRAËL

Accord de délimitation maritime : *Much ado about nothing (yet)* ?

2023/1.7 – On aurait pu croire que la saga du différend maritime opposant le Liban et Israël touchait à sa fin, les deux Etats ayant annoncé en octobre 2022 être parvenus à un accord (v. annexe à cette « Chronique ») Après des années de négociations ardues, animées par des déclarations belliqueuses et marquées par plusieurs interruptions, la fumée blanche est enfin montée à Beyrouth comme à Tel Aviv. L'Elysée déclarait dans un communiqué que cet accord offrait « un exemple pour la région, de ce que peut produire de positif une volonté partagée d'aboutir à un résultat dans le cadre d'une négociation exigeante et respectueuse » et concluait « qu'il revenait, désormais, à l'ensemble des acteurs de mettre en œuvre cet accord historique » (Communiqué sur l'accord entre Israël et le Liban sur la délimitation de la frontière maritime, publié en ligne le 15 octobre 2022 sur le site elysee.fr). L'accord mérite d'être examiné en raison de certaines particularités propres à ce dossier et marque certainement une avancée dans les relations entre les deux Etats, mais il ne faut pas se précipiter à crier victoire, avec la promulgation de l'accord qui se fait encore attendre des deux côtés.

Un accord qui interpelle dans sa forme. – L'accord se démarque par plusieurs éléments contextuels et formels. Cela a déjà pu être soulevé à de nombreuses reprises dans cette chronique (v. cette « Chronique », n°2018/3.64 ; n°2021/1.12 ; n°2021/3.52), mais il demeure important de rappeler que le Liban ne reconnait pas l'Etat d'Israël qu'il qualifie d'« ennemi », de « force occupante » ou encore « d'entité sioniste ». L'animosité entre les deux Etats se traduit juridiquement par le fait qu'ils sont officiellement toujours en état de guerre, et ce depuis 1948, et par l'absence totale de relations diplomatiques les liant. Yair Lapid – qui était encore Premier Ministre en octobre 2022 – déclarait que « it is not every day that an enemy state recognises the State of Israel, in a written agreement, in front of the entire international community » (France24, « Israel and Lebanon sign "historic" US brokered maritime border deal », article publié en ligne le 27/10/2022). Cette déduction a été vite dénoncée par Michel Aoun – encore Président du Liban en octobre 2022 – qui rappelait que l'acte conclu était de nature purement « technique » (L'Orient-le Jour, « le Liban et Israël concluent l'accord délimitant leur frontière maritime », publié en ligne le 27/10/2022). Cette question avait déjà été traitée dans le passé (v. cette « Chronique », n°2018/3.64) et nous nous contenterons de rappeler qu'elle est aussi bien « embarrassante » pour le Liban sur le plan politique que juridique. En effet, rien n'empêche que la reconnaissance d'Etat soit implicite, du moment où la volonté de reconnaitre est certaine (v. J. Verhoeven, « la reconnaissance internationale, déclin ou renouveau ? » in *AFDI*, vol. 39, 1993, p. 19). L'argument en faveur d'une reconnaissance implicite n'est pas sans fondements, puisque le territoire – constitué d'espaces terrestres et maritimes – est un attribut exclusivement étatique et de ce fait, la conclusion d'un accord de délimitation maritime ne peut se faire qu'entre Etats. Le Liban pourrait soutenir

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

qu'aucune volonté de reconnaitre ne peut lui être imputée, puisqu'il a toujours maintenu qu'il y était opposé mais cela n'empêche que la réponse à cette question demeure ambiguë.

La forme de l'accord est aussi intéressante puisqu'il est en réalité le résultat de deux accords dont le texte est identique, un premier conclu entre le Liban et les Etats-Unis et un deuxième conclu entre Israël et les Etats-Unis. Ce montage miroite les négociations « indirectes » qui l'ont précédé et qui n'ont pu se tenir que par l'entremise des Etats-Unis. La forme de l'accord répond là encore au souhait éprouvé surtout par le Liban d'éviter à tout prix des lectures qui vont dans le sens d'une reconnaissance implicite de l'Etat d'Israël. Cela n'empêche que l'addition des deux accords conclus correspond à un traité en droit international, conformément à l'article 2(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui admet que pour être considéré comme « traité », un accord international peut être « consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes ». Cela étant, le rôle des Etats-Unis reste à élucider. En réalité, ils ne peuvent être réduits à leur casquette de « médiateurs », puisqu'ils sont également partis aux deux accords précités qu'ils signent. En même temps, ces deux accords désignent comme seules parties le Liban et Israël: « (Excellency), I have the honor to write you in the context of the negotiations to delineate the maritime boundary between the Republic of Lebanon and the State of Israel (hereinafter: collectively the "Parties" and individually a "Party"») . L'accord réaffirme les rôles d'intermédiaire (sections 1 et 3) et de médiateur (section 4) des Etats-Unis, auxquels aucune obligation n'est réellement attachée. En réalité, on pourrait y voir une double stipulation pour autrui avec les Etats-Unis comme stipulant pour les deux accords.

Quoi qu'il en soit, l'accord demeure un succès de ce point de vue car il représente le premier accord de délimitation maritime conclu entre deux Etats qui n'ont aucune relation diplomatique, ainsi que le premier accord de délimitation maritime obtenu par « négociations indirectes » (v. C. Yiallourides, N.A. Ioannides, R.A. Partain, « Some observations on the Agreement between Lebanon and Israel on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone », *EJIL Talk !* publié en ligne le 26/10/2022).

Un accord qui interpelle sur le fond. – L'accord est structuré en quatre sections, la première section portant sur la localisation exacte de la ligne délimitant leur ZEE respectives (désignée dans l'accord sous l'appellation de « the maritime boundary line »), la deuxième régulant les conditions d'exploration et d'exploitation des gisements d'hydrocarbures transfrontaliers, la troisième traitant des réservoirs transfrontaliers qui pourraient faire l'objet de découvertes dans le futur, et la quatrième portant sur le règlement des différends, la ratification et l'entrée en vigueur de l'accord.

Pour ce qui est de la première section, il est intéressant de noter que l'accord ne fait aucune mention de la zone à délimiter, et ce sont seulement les annexes A et B qui contiennent des références à la ZEE et à la mer territoriale.

Quant au choix de la méthode de délimitation, les deux Etats semblent avoir opté pour l'équidistance (la résolution « permanente et équitable » du litige est d'ailleurs le *leitmotiv* de l'accord ; v. C. Yiallourides, N.A. Ioannides, R.A. Partain, « Some observations on the Agreement between Lebanon and Israel on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone », *préc.*, publié en ligne le 26/10/2022), qui correspond au tracé d'une ligne « dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de bases » pour reprendre la Covention de Montego Bay. Son tracé présuppose alors que l'on ait défini auparavant les lignes de base pour que l'on puisse y localiser

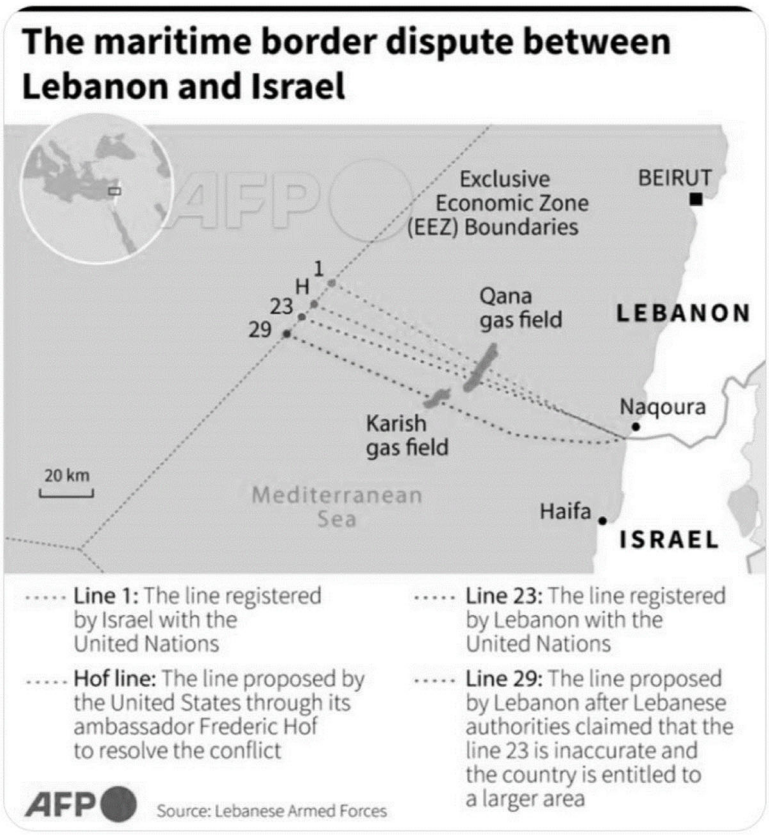
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

les points qui sont équidistants de la ligne de partage. Le tracé de quelque limite que ce soit ne part pas du large où n'existe aucune ligne de référence, et c'est à partir des côtes que la souveraineté étatique se projette juridiquement vers le large (P. Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime : réflexions*, Pedone, 1988, p. 75). Cependant, le Liban et Israël ne sont pas d'accord sur leurs frontières terrestres – sur fond de plusieurs désaccords portant sur des espaces revendiqués par le Liban et occupés par Israël – et se contentent de la « ligne bleue », qui correspond à la ligne de retrait de l'armée israélienne du Sud-Liban en mai 2000. Pour Frederick Hoff, ancien envoyé américain chargé du dossier maritime israélo-libanais, « the absence of a land boundary in this case raised the question of where exactly a line projected over the Mediterranean Sea would begin » (F. HOF « Lebanon and Israel : a line on the water », Energy in the Eastern Mediterranean: Promise or Peril?, *Egmont Institute ad the Atlantic Council*, 2014, p. 74). Dans ses revendications initiales, le Liban avait pris comme point de départ le point B1, qui se situe dans le village de Ras el Naqoura. Or, ce point, qui surplombe le territoire israélien, n'est pas reconnu par Israël. Ce dernier a tracé la revendication de sa frontière maritime, mais aussi le point de départ de « ligne des bouées » – mentionnée dans l'accord, et qui correspond à une « démarcation » mise en place par Israël après son retrait du Liban-Sud en 2000 et s'étend sur 6 kilomètres à partir du village frontalier libanais de Ras el Naqoura – à partir d'un autre point, que l'on appelle le point 31. Ce point de discorde s'est avéré insurmontable en l'état actuel des choses, et a finalement été mis en suspens. En effet, les deux Etats ont prévu à cet effet une clause « sans préjudice » afin de maintenir le *statu quo* sur le dossier de leur frontière terrestre. Ainsi, l'accord prévoit que « until such time this area is delimited, the Parties agree that the status quo near the shore, including along and as defined by the current buoy line, remains the same, notwithstanding the differing legal positions of the Parties in this area, which remains undelimited » (Section 1.B de l'accord). C'est encore une des particularités de cet accord qui parvient à détacher – temporairement – le maritime du terrestre. La zone maritime adjacente aux côtes reste alors non délimitée et le sera peut-être un jour, si jamais le dossier épineux de leur frontière terrestre trouve une issue.

Pour ce qui est des gisements transfrontaliers, l'accord prévoit dans la section 2 que « the Parties understand that there is a hydrocarbon prospect of currently unknown commercial viability that exists at least partially in the area the Parties understand to be Lebanon's Block 9, and at least partially in the area the Parties understand to be Israel's block 72 ». Cette section porte essentiellement sur le gisement baptisé *Qana* (visible sur la carte ci-dessous). Les « droits d'exploration et d'exploitation » de ce champs gazier appartiennent au Liban mais Israël est titulaire de « droits économiques » dont l'étendue reste à déterminer par accord entre l'opérateur chargé par le Liban de l'exploration et de l'exploitation du bloc 9 où se situe une grande majorité du champs *Qana* (section 2. E). Ce dernier est librement choisi par le Liban, à condition d'être « one or more reputable, international corporations that are not subject to international sanctions, that would not hinder US continued facilitation, and that are not Israeli or Lebanese corporations » (section 2. C). Cette disposition vise principalement les compagnies iraniennes et russes, dont une – Novatek – avait été mandatée auparavant par le Liban et qui a fini par se retirer. Enfin, pour ce qui est des réservoirs transfrontaliers qui pourraient faire l'objet de découvertes dans le futur, l'accord prévoit un système de coopération, fondé sur des obligations de partage des données (section 3. B) et de négocier (section 3. A).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Carte publiée en ligne par Timesofisrael.com le 6/10/2022, « Lebanon years away from gas riches even if it closes border deal with Israel ».



Enfin, pour ce qui est du règlement des différends relatifs à cet accord, il est prévu que « the Parties intend to resolve any differences concerning the interpretation and implementation of this Agreement through discussion facilitated by the United States. The Parties understand that the United States intends to exert its best efforts working with the Parties to help establish and maintain a positive and constructive atmosphere for conducting discussions and successfully resolving any differences as rapidly as possible ». La procédure ainsi envisagée est « molle » puisqu'elle consiste en une « discussion facilitée par les Etats-Unis » sans plus de précisions quant à son déclenchement ou aux conditions procédurales de sa tenue. Les deux Etats semblent avoir préféré garder plus de latitude en raison de leurs relations très tendues, mais ce n'est pas sans inconvénients et il aurait été préférable de poser un cadre plus spécifique afin d'endiguer toute escalade violente des deux bords sur le dossier maritime.

Ménager l'accord conclu avec Chypre. – L'accord n'est pas sans effets sur le traité de délimitation de la ZEE conclu entre Israël et Chypre, signé le 17 décembre 2010 et entré en vigueur le 25 février 2011. Ce dernier établit une ligne constituée de douze points géographiques, et reprend le « Point n°1 » fixé par l'accord libano-chypriote de 2007 (qui n'a jamais été ratifié par le Liban) qui était au cœur des contestations libanaises et qui a

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

finalement été écarté par l'accord de 2022. Néanmoins, le traité israélo-chypriote précise à l'article 1(e) que « les coordonnés géographiques des points 1 ou 12 peuvent être révisées et/ou modifiées à la lumière de futurs accords concernant la délimitation de la ZEE conclus par les trois Etats concernés ». Cette clause laisse la porte ouverte à une prise en compte de la position libanaise. Il s'agit là d'une pratique assez répandue dans le bassin oriental de la Méditerranée ; elle est suivie par les accords conclus entre Chypre et le Liban en 2007 (Article 1(e)) ; signé mais non ratifié par le Liban), Chypre et Egypte en 2003 (Article 1(e)), et plus récemment Egypte et Grèce en 2020 (Article 1(e)). Cette pratique est également conforme à l'approche adoptée dans l'affaire Erythrée/Yémen. Le tribunal arbitral dans l'affaire précitée avait pris en compte la présence d'Etats tiers concernés par la délimitation : « [t]he Tribunal has the competence and the authority according to the Arbitration Agreement to decide the maritime boundary between the two Parties. But it has neither competence nor authority to decide on any of the boundaries between either of the two Parties and neighbouring States. It will therefore be necessary to terminate either end of the boundary line in such a way as to avoid trespassing upon an area where other claims might fall to be considered » (Sentence du Tribunal arbitral rendue au terme de la seconde étape de la procédure entre l'Erythrée et la République du Yémen (Délimitation maritime), décision du 17 décembre 1999, R.S.A., Vol. XXII, p. 366, para. 136). Il s'agissait d'une question de compétence, mais le raisonnement reste transposable aux relations interétatiques puisqu'il est question de respecter la volonté des Etats tiers dans les deux cas de figure. Cela n'est à aucun moment réfuté par Israël qui précisait déjà en 2010, au lendemain de la conclusion de son accord avec Chypre et plus précisément au moment de notifier les coordonnées géographiques pour la délimitation de la limite nord de sa mer territoriale et de sa ZEE à l'ONU que « [t]he geographical coordinates of Point 1 (...) could be reviewed and/or modified as necessary in light of a future agreement regarding the delimitation of the Exclusive Economic Zone to be reached by the three States concerned ». Il faudrait s'attendre donc à éventuelle modification du traité israélo-chypriote en vue d'une harmonisation générale des accords conclus entre Israël et ses voisins.

Le futur de l'accord. – L'accord n'est cependant toujours pas gagné et les deux Etats peinent toujours à convaincre leurs opinions publiques respectives. Les deux s'enlisent dans des crises de natures différentes : au Liban, une des pires crises économiques et politiques, et en Israël une grave crise politique qui se traduit par une instabilité gouvernementale depuis 2018. Jusqu'ici, ces conditions ont été propices à la conclusion de cet accord, avec la dégradation de la situation économique au Liban d'une part, et l'enchainement d'une série d'accord conclus entre Israël et certains Etats arabes (les Emirats Arabes Unis, le Bahreïn, le Soudan et le Maroc) d'autre part. Le Liban y voyait une opportunité économique en or pour se relever, et Israël tenait à l'ajouter à son palmarès de normalisations avec les Etats arabes, qu'il présente devant son opinion publique comme une victoire diplomatique majeure.

Neftali Bennet – qui était encore le Premier ministre d'Israël en octobre 2022 – disait que l'accord n'appelait pas à « des célébrations de victoire, ni à des cris de désespoir comme si c'était une catastrophe », l'accord n'étant « ni une victoire diplomatique historique, ni un terrible accord de capitulation » (traduction libre de l'anglais, « After wavering, Bennet opts to back « not terrible » Lebanon deal », Times of Israel, publié en ligne le 12/10/2022). Mais les voix contre l'accord sont de plus en plus audibles, et plusieurs arguments fondés sur le droit constitutionnel israélien ont pu être formulés à son

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

encontre (particulièrement par des partis d'extrême droite qui dominent l'actuel gouvernement israélien), dans le but de faire tomber à l'eau la ratification (v. Y. Shany, « International law of the Sea meets Israeli Constititutional law : The New Israeli-Lebanese Maritime Border Agreement », Lawfareblog.com, publié en ligne le 09/01/2023). En ce qui concerne Beyrouth, la vacance présidententielle depuis novembre 2022 rend toute ratification temporairement impossible du fait des conditions prévues par la Constitution libanaise (v. Article 52 de la Constitution libanaise). Ce genre de vacances peut durer longtemps au Liban, comme le montre l'exemple de la vacance présidentielle libanaise de 2014 qui a duré environ 2 ans et demi.

Aux annonces encourageantes des premières heures sur un accord supposément « historique » (qualificatif retenu par la Maison blanche – v. Communiqué du Président Joseph R. Biden, Jr. Sur la conclusion de l'accord maritime israélo libanais, publié en ligne le 27 octobre 2022), en particulier dans une région à très haute conflictualité, viennent s'imposer alors des considérations plus froides qui risquent de mettre en péril l'accord.

M.H.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL – WORLD LEAGUES FORUM - FIFPRO

Accord mondial de travail dans le football professionnel

2023/1.8 – Un « Accord Mondial de Travail » (AMT) relatif aux conditions de travail et aux droits des joueurs de football professionnels a été conclu le 26 septembre 2022, sous l'égide de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), entre le World Leagues Forum (WLF) et la FIFPRO. WLF est présenté comme le représentant de 44 ligues nationales de football professionnel, comprenant environ 1.100 clubs ; tandis que la FIFPRO représenterait plus de 60.000 footballeurs professionnels, par le biais de 66 syndicats nationaux de joueurs en Afrique, dans les Amériques, en Asie, en Europe et en Océanie. Resté confidentiel, cet accord vise à reconnaitre le besoin d'un encadrement des relations de travail dans le football professionnel par le recours aux normes conventionnelles collectives. A la lecture du communiqué de presse de l'OIT, seul élément disponible, il semblerait que l'accord constitue un ensemble de déclarations d'intention, ainsi qu'un cadre méthodologique pour les négociations futures.

Il est ainsi fait état de la création d'une « plate-forme pour discuter des règles de protection de la santé et de la sécurité des joueurs », d'« un engagement à améliorer la représentation et la participation des ligues nationales, de leurs clubs membres et des syndicats de joueurs », ainsi que de « la nécessité d'une plus grande représentation et d'une meilleure prise en compte du football féminin – y compris sur les questions liées aux compétitions nationales, aux clubs et aux joueurs ». Les négociations futures pourraient aussi porter « sur des questions telles que les normes d'emploi, la gestion des commotions cérébrales, les mesures visant à lutter contre la discrimination et le racisme en ligne et hors ligne, et d'autres formes d'abus ». L'esquisse embrasse large ; suscitant parfois la perplexité, dans un contexte normatif du football professionnel déjà très dense : « avec le soutien de l'OIT, l'accord stabilisera l'environnement du football professionnel en renforçant les représentants des employeurs et des employés au niveau mondial et en promouvant des conditions d'emploi équitables dans le football ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Le fort intérêt de l'OIT pour le secteur du sport depuis quelques années est loin d'être étranger à de telles discussions (X. Aumeran, D. Jacotot, O. Liang, Th. Lieby, « Le sport saisi par l'OIT », *JCP S* 2022, 1240). En janvier 2020 était organisé un « forum de dialogue mondial sur le travail décent dans le monde du sport », à l'issue duquel des points de consensus ont été trouvés, puis approuvés par l'Organisation (X. Aumeran, « Recommandations et réflexions de l'OIT sur le travail décent dans le monde du sport », *Jurisport* 2020, n°206, p.6). Depuis, la feuille de route de son Département des politiques sectorielles est tracée. Par le recours aux instruments traditionnels de l'OIT ou par la mise en place d'une démarche spécifique, qu'importe ; il s'agit d'assurer une meilleure prise en compte des principes et droits fondamentaux au travail dans le champ du sport, entendu très largement. La démarche est balbutiante et la conclusion de cet AMT constitue un des premiers fruits des efforts réalisés par les différentes parties prenantes. L'outil mobilisé, jusqu'alors inconnu de l'arsenal normatif habituel de l'Organisation, montre bien que l'approche se veut avant tout pragmatique. L'OIT est là en appui, comme un catalyseur des échanges entre les organisations représentant respectivement les employeurs et joueurs : « dans le cadre de l'AMT, il peut être demandé à l'OIT de fournir des conseils dans les domaines où elle est compétente, y compris dans la mise en œuvre de l'accord ». Par un nouveau communiqué du 16 janvier 2023, l'Organisation se félicitait d'ailleurs des discussions en cours, entre les deux entités, « pour approfondir les questions de travail décent dans le secteur du football professionnel ». Selon les négociateurs, il s'agissait, lors de cette rencontre de janvier, de traiter collectivement « des questions telles que la surcharge du calendrier et la santé des joueurs ». Des « progrès réalisés en matière de santé et de sécurité au travail » sont même mis en avant au titre des « quelques mois d'existence de ce nouveau cadre de négociation internationale ». Il semblerait notamment qu'il ait été demandé – sans succès – à l'*International Football Association Board*, en charge des règles du jeu, de mettre à l'essai des remplacements temporaires en cas de commotion cérébrale (World Leagues Forum, Communiqué du 18 janvier 2023).

Ce cadre de discussion, voire de négociation, parait prometteur, mais encore bien énigmatique. Une difficulté pourrait cependant rapidement émerger, si elle ne s'est pas déjà présentée : celle de la place dévolue dans ces échanges à la puissante Fédération internationale de football (FIFA), d'autant plus sur des sujets aussi sensibles que le calendrier des compétitions. Elle n'est jamais mentionnée dans les déclarations de chacun. Pourtant, la participation des institutions sportives – quasiment incontournables dans le champ des relations sportives internationales – aux travaux de l'OIT dans le cadre du Forum mondial de 2020 s'est imposée. Elles ont été assimilées à des organisations internationales non gouvernementales. La marginalisation éventuelle de la FIFA pourrait maintenir les échanges dans une simple logique de déclarations d'intention, dépourvues de prescriptions normatives réelles. Le risque est d'autant plus important que la Fédération elle-même commence à faire part de sa volonté d'intégrer certains des droits fondamentaux au travail protégés par l'OIT au sein de ses propres règlements, qui ne constituent en rien des normes conventionnelles négociées (FIFA Council, Womens-football : minimum labour conditions for players, 4 déc. 2020 ; FIFA, Circular n°1743, 14 déc. 2020 – X. Aumeran, « Protection de la maternité des joueuses », *Jurisport* 2021, n°215, p.7).

L'expérience passée du dialogue social sectoriel engagé à l'échelle de l'Union européenne au sein du football démontre qu'*in fine* les institutions fédérales préservent soigneusement leurs attributions d'édiction unilatérale des règles (M. Colucci, « Le

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

dialogue social dans le football : faiblesses et challenges », Dossier « Le dialogue social européen dans le sport », *Revue scientifique du Think tank Sport et Citoyenneté*, juin/juil./août 2011, n°15, p.14 ; et l'interview de Monsieur Philippe Piat, p.20). En l'occurrence, il y a quinze ans, l'UEFA n'avait pas hésité à transformer le produit des négociations, *a priori* à vocation conventionnelle, en un règlement sportif transnational. Au-delà des discours et des artifices, le camouflet était réel pour le dialogue social européen et la Commission. Cette réalité n'échappe à aucun des acteurs des échanges naissant dans le cadre de l'OIT. Il reste désormais à solutionner l'équation des places dévolues à chacun, afin que les conditions de travail et les droits des joueurs de football professionnels évoluent réellement sous l'influence des textes et institutions de l'Organisation.

X. A.

RUSSIE – UKRAINE

Cessez-le-feu russo-ukrainien à l'occasion des fêtes de fin d'année : De la formation potentielle d'une coutume relative aux cessez-le-feu durant les fêtes chrétiennes de fin d'année

2023/1.9 – Le 5 janvier 2023, le président russe Vladimir Poutine « *ordonna* » un cessez-le-feu sur les théâtres d'opérations militaires en Ukraine pour les 6 et 7 janvier 2023 (Le Monde et AFP, « Vladimir Poutine ordonne un cessez-le-feu en Ukraine les 6 et 7 janvier, à l'occasion du Noël orthodoxe », Le Monde, 5 janvier 2023). Pour rappel, les Eglises orthodoxes et certaines Eglises catholiques de rites orientaux (calendrier julien) célèbrent le 7 janvier, contrairement aux Eglises catholiques (calendrier grégorien) qui célèbrent le 25 décembre (calendrier grégorien).

Le président ukrainien Volodymyr Zelensky réagit à cet « ordre » et affirma qu'un tel cessez-le-feu ne visait qu'à empêcher les forces armées ukrainiennes de poursuivre leur avancée dans la région du Donbass. Le patriarche orthodoxe russe Kirill et le président turc Recep Tayyip Erdogan avaient proposé un tel cessez-le-feu à l'occasion du Noël orthodoxe. Néanmoins, le communiqué du Kremlin fut formulé ainsi :

> « Tenant compte de l'appel de Sa Sainteté le Patriarche Cyrille, j'ordonne au Ministre de la Défense de la Fédération de Russie d'introduire du 6 janvier 2023 à midi jusqu'au 7 janvier 2023 à 24 heures, un cessez-le-feu sur toute la ligne de contact entre les partis en Ukraine. Etant donné qu'un grand nombre de citoyens professant l'orthodoxie vivent dans les zones de combat, nous appelons la partie ukrainienne à déclarer un cessez-le-feu et à leur donner la possibilité d'assister aux offices la veille de Noël, ainsi que le jour de la Nativité de Christ » (Présidence de la Russie, « Instructions du président de la Fédération de Russie aux forces armées de la Fédération de Russie », 5 janvier 2023).

Ce cessez-le-feu, qui semble d'ailleurs n'avoir été respecté par aucune des deux parties en conflit en Ukraine, est le premier du conflit armé entre la Russie et l'Ukraine depuis le début des hostilités le 24 février 2022. Il n'est néanmoins pas le premier proposé par des parties à un conflit armé, international ou non-international, ce qui pose la question de savoir si une coutume internationale en matière de cessez-le-feu à l'occasion des fêtes chrétiennes de fin d'année est en cours de formation. Les réflexions ci-dessous constitueront le « volet chrétien » de l'étude d'une formation potentielle d'une coutume relative aux cessez-le-feu durant le mois de Ramadan, sujet traité dans une autre note de cette Chronique (n°2022/3.30).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Un retour rapide sur certains conflits armés ayant eu lieu dans l'aire géographique dite chrétienne révèle une série de cessez-le-feu et d'offres de cessez-le-feu visant à suspendre les opérations militaires interétatiques ou intraétatiques à l'occasion des fêtes chrétiennes de fin d'année. Par exemple :

- *Philippines :* Un débat annuel entre le gouvernement philippin et le Parti Communiste des Philippines/la Nouvelle Armée du Peuple a pour objectif de s'accorder sur un cessez-le-feu temporaire à l'occasion des fêtes de fin d'année (Jelly Musico, « Duterte says no ceasefire with Reds 'ever again' », Philippine News Agency, 8 décembre 2020). Cette pratique daterait d'au moins 1987 (David W. Jones, « Philippine troops put on alert after Christmas truce », UPI Archives, 26 décembre 1987) ;

- *Royaume-Uni/IRA :* En Irlande du Nord, l'IRA (*Irish Republican Army*) a souvent accepté des cessez-le-feu de trois jours – du 24 au 26 décembre – avec le gouvernement britannique. Cette pratique aurait été respectée de façon presque systématique des années 1970s (« I.R.A. Provisionals Announce a Christmas Truce », New York Times, 21 décembre 1974) jusqu'en 1994, quand l'IRA mis fin à ses opérations paramilitaires ;

- *Vietnam/Etats-Unis :* Un cessez-le-feu de 24 heures avait été observé entre les forces américaines et sud-vietnamiennes et les forces armées du Nord Vietnam le 25 décembre 1971 (« Christmas Truce Ends in Vietnam », New York Times, 26 décembre 1971). Un premier cessez-le-feu à l'occasion du nouvel an chrétien avait aussi été observé en 1965 ;

- *Roumanie :* Le 25 décembre 1989, le gouvernement provisoire de Roumanie appela aussi à un cessez-le-feu à l'occasion des fêtes de Noël (Dusan Stojanovic, « More Scattered Fighting ; 80,000 Reported Dead », AP News, 25 décembre 1989). Un conflit armé non-international avait émergé suite à un coup d'Etat ayant suivi une série d'émeutes et de protestations en décembre 1989 ;

- *Colombie/FARC :* En Colombie, les FARC (Forces armées révolutionnaires de Colombie) et le gouvernement colombien ont souvent accepté un cessez-le-feu durant les fêtes de fin d'année. La Déclaration de la Havane, du 15 décembre 2001, déclarait même que : « *In this respect, as a positive sign regarding the commitments acquired in the Agreement for Colombia, and in taking forward the dialogue process recently restarted by the parties in the city of Havana, Cuba, ELN will make important statements on peace from Colombia on 17 December to strengthen and ensure, with tangible results for the peace process, the continuity of the process during the implementation of the transitional agenda,* in addition to contributing to the celebration of Christmas and New Year in a peaceful atmosphere » (Nous soulignons) (Declaration of Havana, The National Government and the National Leberation Army, Havane, Cuba, 15 décembre 2001) ;

- *Bosnie-Herzégovine :* En Croatie et en Bosnie, des cessez-le-feu furent observés durant les fêtes de fin d'année en 1991-2, 1992-3, 1993-4 et 1994-5 ;

- *Ukraine (2014-2021) :* En Ukraine, de nombreux cessez-le-feu provisoires furent observés entre le gouvernement de Kiev et les groupes armés pro-russes dans la région du Donbass, de tels accords visant en partie de s'accorder sur des échanges de prisonniers de guerre. Ces cessez-le-feu n'ont eu lieu qu'entre 2014 et 2021, la phase du conflit en Ukraine durant laquelle la Russie n'avait pas encore officiellement occupé des territoires ukrainiens, à part la péninsule de la Crimée ;

- *Sri Lanka :* Au Sri Lanka, Etat dans lequel une minorité très limitée de chrétiens habite, les Tigres de Libération de l'Eelam Tamoul ont parfois appelé à un cessez-le-feu,

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

en particulier en 2001, année au cours de laquelle le gouvernement Sri Lankais accepta cette offre (Kasra Naji, « Sri Lanka, Tamil Tigers agree to truce », CNN, 21 décembre 2001). Ce cessez-le-feu avait d'ailleurs duré plus de 4 mois consécutifs. En l'an 2000, le gouvernement avait en plus annoncé que « *in keeping with military tradition, our guns will be silent today to mark Christmas, a day of peace and reconciliation* ». En 2008, le gouvernement Sri Lankais avait cependant refusé la demande de membres des clergés catholique et anglican d'observer un cessez-le-feu pour Noël ;

- *Salvador :* En décembre 1984, le *Farabundo Marti National Libération Front* (FMLN) a annoncé vouloir engager un cessez-le-feu avec le gouvernement du Salvador pendant trois jours pour Noël et durant les fêtes du Nouvel an. Ce cessez-le-feu ne fut jamais réellement appliqué mais, en 1985, le gouvernement du Salvador a accepté un cessez-le-feu de dix jours pour les fêtes de Noël. Ce cessez-le-feu avait été accepté par le FMLN ;

- *Nicaragua :* En 1987, le Cardinal Miguel Obando y Bravo avait réussi une médiation entre le gouvernement nicaraguayen et les *Contras*. Cette médiation avait abouti à un cessez-le-feu de deux jours pour Noël (Richard Boudreaux, « Sandinistas, Contras Agree to 2-Day Christmas Truce », Los Angeles Times, 17 décembre 1987) ; et

- *Bosnie :* un cessez-le-feu avait été négocié en 1994 par l'ancien président américain Jimmy Carter et son épouse, Rosalynn Carter, en leur capacité de citoyens privés. Ce cessez-le-feu avait débuté le 23 décembre 1994 (« President Carter Helps Restart Peace Efforts in Bosnia-Herzegovina », The Carter Center, 31 août 1994).

En plus de ces différents cessez-le-feu ou d'offres de cessez-le-feu, la période des fêtes chrétiennes de fin d'année est l'occasion pour certaines personnalités internationales d'exprimer leurs vœux d'une « paix mondiale ». C'est d'ailleurs souvent le Pape de l'Eglise catholique qui formule en premier un tel souhait (Julian Quiros, « In new interview, Pope asks for "world peace" for Christmas », ExBulletin, 18 décembre 2022). Le Secrétaire général des Nations Unies profite aussi systématiquement de l'approche de telles fêtes pour émettre ce souhait (« UN chief offers the world wishes for 'peace and a blessed New Year », UN News, 25 décembre 2019).

Cette série – non-exhaustive – de cessez-le-feu illustre-t-elle pour autant une coutume en développement ? Cela ne semble pas encore avoir eu lieu :

La pratique d'accepter, d'offrir ou de proposer un cessez-le-feu à l'occasion des fêtes chrétiennes de fin d'année semble assez générale et généralisée sur toute l'aire géographique dite chrétienne. Les exemples susmentionnés concernent en effet des Etats localisés en Amérique latine, en Amérique du Nord, en Europe et en Asie du Sud. De tels cessez-le-feu pour les fêtes chrétiennes de fin d'année sont de plus conclus soit entre deux Etats parties à un conflit armé soit entre un Etat et un groupe armé. Cette pratique concerne donc les deux formes de conflits armés, internationaux et non-internationaux.

Néanmoins, aucune des parties à ces cessez-le-feu ne semble les percevoir comme relevant d'une obligation juridique. De plus, dans aucun des cas susmentionnés le raisonnement utilisé en faveur de tels cessez-le-feu ne repose sur un quelconque corpus juridique ou canons chrétiens bien établis mais semble plutôt se limiter à des arguments d'humanité. L'*opinion juris* ferait donc défaut, ces cessez-le-feu étant plus motivés par un besoin de repos opérationnel ou de simple considération d'humanité – certains y voient aussi parfois une opportunité de communication voire de propagande – que par une quelconque obligation juridique.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

C'est d'ailleurs le sens des critiques des chancelleries occidentales, alliées au gouvernement de Kiev, envers la proposition russe de cessez-le-feu. Ces critiques ne semblent en effet pas avoir ciblé l'offre d'un tel cessez-le-feu à l'occasion des fêtes de fin d'année orthodoxe mais sa prétendue malhonnêteté. Par exemple, la diplomatie allemande estima que le « *prétendu* » cessez-le-feu n'apportera « *ni liberté ni sécurité aux personnes qui vivent dans la peur quotidienne sous l'occupation russe* ». Dans un message sur l'application *Twitter*, la ministre des Affaires étrangères allemande Annalena Baerbock affirma même que « *Si Poutine voulait la paix, il ramènerait ses soldats à la maison et la guerre serait terminée. Mais apparemment, il veut poursuivre la guerre, après une brève interruption* ». Le ministre britannique des Affaires étrangères James Cleverly affirma aussi que cette offre de cessez-le-feu « *ne fera rien pour faire avancer les perspectives de paix* ».

La validité de telles critiques semble néanmoins assez faible. En effet, un cessez-le-feu ne doit pas forcément avoir pour but la mise en place d'un calme opérationnel à vocation permanente et ayant pour but un accord de paix. Rien ne semble empêcher deux parties à un conflit à s'accorder sur un cessez-le-feu d'une semaine, d'un jour, voire d'une heure, tout en prévoyant la reprise des combats à l'instant même de son expiration. Une telle décision pourrait certes être condamnée au niveau éthique ou moral, mais le droit international ne s'y oppose pas.

PH.B-N

RUSSIE - UKRAINE

Des annexions russes en Ukraine

2023/1.10 – Lors d'un point de presse tenu le 29 septembre 2022, le Secrétaire général des Nations Unies Antonio Guterres posait clairement l'état du droit international : « toute annexion du territoire d'un Etat par un autre Etat résultant de la menace ou de l'usage de la force est une violation des principes de la Charte des Nations Unies et du droit international » (source : https://news.un.org/fr/story/2022/09/1128417). A quelques heures des cérémonies grandioses organisées par le Kremlin afin de célébrer ses annexions en Ukraine, M. Guterres ajoutait que « toute décision de procéder à l'annexion des régions ukrainiennes de Donetsk, Luhansk, Kherson et Zaporija n'aurait aucune valeur juridique et mérite d'être condamnée ».

Les propos du Secrétaire général s'inscrivent dans le contexte de cette fin septembre 2022. La Russie avait déjà reconnu l'indépendance de Donetsk et Luhansk le 21 février 2022. Au fil des offensives et contre-offensives, à la fin de l'été 2022 la Russie avait indéniablement étendu son contrôle territorial eu égard à la situation antérieure à l'attaque du 24 février 2022. Décision a donc été prise, à Moscou, d'asseoir ces conquêtes sur un semblant de légitimité démocratique. Des consultations ont été organisées par les autorités russes dans les quatre provinces revendiquées : Donetsk et Luhansk, mais également Zaporija et Kherson, ce qui permetrait une continuité territoriale avec la Crimée, elle-même annexée en mars 2014. Ces consultations de type référendaire posaient clairement la question suivante : « souhaitez-vous intégrer la Fédération de Russie ? ». Selon le site *gazeta.ru*, le résultat a été massivement positif dans chacune des quatre provinces (94.7% à Donetsk, 98.4% à Luhansk, 87.0% à Kherson, 93.1% à Zaporija). Il est néanmoins impossible de savoir avec précision comment a été constitué le corps électoral, combien de personnes ont effectivement pris part au vote, sans parler bien sûr des conditions de

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

sécurité ni des interrogations fort légitimes sur l'existence de contrainte vis-à-vis des populations concernées. C'est pourtant en considération de ces résultats que la Russie reconnaît, le 29 septembre 2022, l'indépendance de Kherson et Zaporija. Le soir même, par la voie du décret présidentiel, les quatre régions contestées sont purement et simplement annexées par la Russie. Le Parlement russe valide l'annexion à l'unanimité de la Douma d'Etat (3 octobre 2022) et du Conseil de la fédération (4 octobre 2022).

Dans ce contexte, une réunion du Conseil de sécurité est consacrée à la question, le 30 septembre 2022. La Russie oppose de nouveau son veto à toute Résolution de condamnation de ces annexions. La suite est prévisible : la 11e session extraordinaire d'urgence, ouverte à la suite de l'agression russe, avait été suspendue à titre provisoire et pouvait être reprise sur décision du Président à la demande d'un Etat membre (Voir sur ce point Résolution du 7 avril 2022 suspendant la Russie de son droit de siéger au Conseil des droits de l'homme, A/ES-11/L.4). De surcroît, l'Assemblée générale a adopté le 26 avril 2022, à l'initiative du Liechtenstein, la Résolution 76/262 : systématisant la doctrine Acheson, le texte reconnaît un mandat permanent à l'Assemblée générale pour débattre sur la situation au sujet de laquelle le veto aura été opposé, dans les dix jours ouvrables suivant l'utilisation du veto, sous réserve qu'une session extraordinaire d'urgence ne soit pas déjà tenue sur cette même situation.

A la suite de la décision russe d'annexion, l'Ukraine et l'Albanie ont conjointement demandé une nouvelle réunion de l'Assemblée générale dans le cadre de sa 11e session extraordinaire d'urgence (lettre du 3 octobre 2022 adressée au Président de l'Assemblée générale, document A/ES-11/8). L'Assemblée générale a adopté une Résolution le 12 octobre 2022 (A/ES-11/L.5), par une large majorité de 143 voix pour, 5 contre, et 35 abstentions. A la Russie se sont unis pour l'occasion la Bielorussie, la Corée du Nord, le Nicaragua et la Syrie. Mais surtout, si un ventre mou de 35 Etats subsiste, on ne peut que constater que les trois-quarts des Etats membres ont approuvé les termes du texte.

Sur le fond, les termes de la Résolution du 12 octobre 2022 sont clairs et dépourvus de toute ambiguïté. Le texte vise les « actes illicites » de la Russie, la tenue de « soi-disant référendums », la « tentative d'annexion illégale » des régions considérées. La Résolution relève que ces agissements n'ont « aucune validité au regard du droit international et ne sauraient servir de fondement à une quelconque modification du statut de ces régions d'Ukraine » - ce qui n'est pas sans faire écho à la Résolution adoptée en mars 2014 dans le contexte du détachement de la Crimée et de Sebastopol (Résolution 68/262 du 27 mars 2014). L'Assemblée générale demande en outre aux Etats membres et aux organisations internationales de ne pas reconnaître le rattachement des régions en cause à la Russie et « exige de la Fédération de Russie qu'elle annule immédiatement et sans condition les décisions qu'elles a prises les 21 février et 29 septembre 2022 » - ces décisions unilatérales par lesquelles la Russie reconnaissait l'indépendance de Donetsk et Luhansk, puis de Zaporija et Kherson.

La Résolution adoptée le 12 octobre 2022 montre par ailleurs que le mécanisme de la doctrine Acheson, renforcé en avril 2022, n'est pas un vain mot. Le mécanisme permettant à l'Assemblée générale de se saisir des questions ayant fait l'objet d'un veto est une nouvelle fois respecté – il a d'ailleurs été relevé par les 26 Etats membres du groupe *Responsabilité, cohérence et transparence* que « depuis l'adoption de ladite Résolution [26/272 du 26 avril 2022], le Conseil a appliqué cette disposition à chaque fois que le cas de figure s'est présenté » faisant ainsi « preuve de coopération à cet égard » (Voir lettre datée du 10 octobre

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

2022, adressée au Président du Conseil de sécurité par la Représentante permanente de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/2022/752).

Au-delà des postures des uns et des autres, reste la question de fond : celle de la conformité de ces annexions russes au droit international. La pratique de l'annexion territoriale à la suite d'une conquête militaire a connu de beaux jours par le passé. Le mécanisme a pu aboutir par exemple à la *debellatio*, laquelle imposait néanmoins la jonction de plusieurs conditions cumulatives. La Cour permanente de justice internationale elle-même admet le mécanisme, affirmant néanmoins que « la conquête n'agit comme une cause provoquant la perte de la souveraineté que lorsqu'il y a guerre entre deux Etats et que, à la suite de la défaite de l'un d'eux, la souveraineté sur le territoire passe de l'Etat vaincu à l'Etat victorieux » (aff. *Statut juridique du Groenland oriental*, CPJI, 5 avril 1933, Danemark c. Norvège, *Rec*. p. 47). Le mécanisme existe donc encore durant l'entre-deux-guerres, mais il doit être concilié avec des textes qui s'inscrivent clairement en opposition, au premier plan desquels le Pacte Briand Kellogg de 1928 : le Traité prévoit clairement que les Etats renoncent à la guerre en tant qu'instrument de politique nationale dans les relations mutuelles (art. 1er). Depuis lors néanmoins, le droit international a incontestablement évolué. La Charte des Nations Unies prohibe toute acquisition de territoriale par voie de conquête en ce qu'elle impose aux Etats de s'abstenir « de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies » (art. 2 § 4). Dans sa Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, l'Assemblée générale prévoit explicitement que « nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale ».

Sur ce fondement, les annexions ou tentatives d'annexions ont régulièrement été condamnées par les Nations Unies. On citera parmi d'autres la conquête de la Cisjordanie après la guerre de 1967 (Résolutions 242 (1967) du 22 novembre 1967 et 252 (1968) du 21 mai 1968), l'annexion de Jerusalem Est (Résolutions 267 (1969) du 3 juillet 1969 et 298 (1971) du 25 septembre 1971), l'occupation du Golan (Résolution 497 (1981) du 27 décembre 1981) ou encore l'invasion du Koweït (Résolution 662 (1990) du 9 août 1990). Le Conseil de sécurité rappelle de façon constante que ces annexions sont « nulles et non avenues ». L'Assemblée générale partage cette vision, affirmant clairement que « le territoire d'un Etat ne saurait faire l'objet d'une acquisition par un autre Etat à la suite du recours à la menace ou à l'emploi de la force, et que toute action visant à rompre partiellement ou totalement l'unité nationale, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un Etat ou d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte » (Résolution 68/262 du 27 mars 2014 relative à l'intégrité territoriale de l'Ukraine). Plus avant, rappelons que la définition de l'agression adoptée par l'Assemblée générale range parmi les actes considérés « toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat » (Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, art. 3, a). La Cour internationale de justice a pour sa part déduit de ces répétitions continues que l'illicéité de toute acquisition de territoire résultant de l'emploi de la force reflète l'état du droit international coutumier (Aff. *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ, AC, 9 juillet 2004, § 87).

C'est pourtant bien une annexion qui est aujourd'hui revendiquée par la Russie. Celle-ci considère manifestement que la conquête militaire reste un mode possible d'acquisition de territoire, y inclus d'ailleurs s'agissant des territoires qui ne sont contrôlés que de façon

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

partielle. Les consultations organisées les 23-27 septembre 2022 sont en effet organisées alors que l'armée ukrainienne mène une contre-offensive, bloquant tout contrôle militaire total des régions revendiquées par la Russie. Pourtant, lors de la session du Conseil de sécurité en date du 30 septembre 2022, le représentant permanent russe M. Nebenzia estime que « il n'y aura pas de retour en arrière » (voir document S/PV.9143 du 30 septembre 2022, p. 4), écartant ainsi l'idée de respecter l'intégrité territoriale de l'Ukraine. C'est bien une violation directe et incontestable de la Charte des Nations Unies et du Droit international général dont la Russie revendique ainsi le bénéfice.

C.-A. C.

TRAITÉ DE NON-PROLIFÉRATION

Dixième conférence d'examen (1er août- 26 août 2022)

2023/1.11 – La Xème Conférence d'examen du Traité de non-prolifération nucléaire (TNP) s'est conclue le 26 août 2022 (voir les documents sur Documents finals (sic) de la dixième Conférence d'examen du TNP, disponibles à l'adresse https://www.un.org/en/conferences/npt2020/documents) sur ce qui a été jugé le plus souvent comme un échec, les Etats Parties ayant été dans l'impossibilité de s'accorder sur une déclaration finale du fait de l'opposition de la Russie au projet de rapport final *(*NPT/CONF/.2020/CRP.1/Revision.2*)* du président de la Conférence. Celui-ci, « n'ayant été informé des objections spécifiques de la Russie qu'à « un stade avancé de la procédure » (en pratique dans la demi-journée précédent la clôture), « elles n'ont pas pu être prises en compte dans le cadre de ce projet » (« La dixième Conférence d'examen du TNP s'est achevée sans adopter le document final substantiel, faute de consensu », Communiqué de Presse des Nations Unies, 26 août 2022). Ce n'était d'ailleurs pas sans précédent puisqu'auparavant, quatre des neuf conférences d'examen, en 1980, 1990, 2005 et 2015, avaient également échoué sur ce point.

Le Traité de Non-Prolifération (TNP) est pourtant, selon le Secrétaire général des Nations unies, un Traité « historique » signé le 1er juillet 1968, entré en vigueur le 5 mars 1970, et comptant 191 Etats Parties. L'Inde, Israël, le Pakistan, et le Soudan du Sud ne l'ont pas signé et la Corée du Nord a annoncé son retrait le 10 janvier 2003. Il s'efforce de lutter contre la prolifération nucléaire en mettant en place un équilibre des intérêts entre les Etats dotés de l'arme nucléaire (EDAN : Chine, Etats-Unis, France, Royaume-Uni, Russie (le P5) et les Etats non dotés (ENDAN) qui peut être résumé ainsi : les premiers s'engagent à ne pas aider les seconds à devenir des puissances nucléaires (Art 1) qui pour leur part s'engagent à ne pas bénéficier du transfert d'armes nucléaires (Art.2) et à accepter des clauses de surveillance négociées avec l'AIEA qui permettront de vérifier que l'énergie nucléaire à des fins pacifiques n'est pas orientée vers la fabrication d'armes nucléaires (Art.3). Dans le même temps, « tous les Etats parties [ce qui vise à l'évidence au premier chef les EDAN] s'engagent de bonne foi à mener des négociations en vue d'arriver à des mesures efficaces concernant la cessation de la course aux armements nucléaires et de parvenir à un traité de désarmement général ».

Cet équilibre entre les puissants, qui, de plus, sont membres permanents du Conseil de sécurité, et les autres, s'est progressivement fissuré pour de multiples raisons. Il est d'abord incomplet car deux Etats dotés de fait (l'Inde et le Pakistan) et un troisième qui l'est sans doute (Israël) n'y participent pas et qu'un Etat s'en est retiré dans le but de disposer de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'arme nucléaire (La Corée du Nord). Il est ensuite perçu comme injuste par les ENDAN qui considèrent que les engagements concrets pris par les EDAN en faveur du désarmement nucléaire ne sont pas à la hauteur des obligations mises à leur charge par le TNP. Il est même désormais jugé inutile par ces mêmes ENDAN à la suite de l'adoption du Traité sur l'interdiction des armes nucléaires (TIAN), lequel répondrait selon eux, bien que les EDAN n'en soient pas Parties, à l'exigence d'un traité de désarmement général prévu par l'article 6 du TNP. La fracture entre les deux catégories d'Etats est donc bien réelle et peu susceptible de se résorber à moyen terme. Enfin, dès 2006, les initiatives de la Corée du Nord procédant à sa première expérimentation, mais également de l'Iran, relançant son programme de fabrication d'uranium enrichi, avaient encore affaibli le TNP et conduit le Conseil de sécurité à s'investir dans la lutte contre la prolifération, considérant qu'il en a la responsabilité principale au titre du maintien de la paix. Toutefois, sa nature politique ainsi que l'usage fait de l'instrument des sanctions, notamment par les Etats-Unis, n'ont pas contribué, bien au contraire à mettre un terme à l'érosion du TNP. Plus généralement, celui-ci s'inscrit en réalité dans une crise du désarmement (J-F. Guilhaudis, *«* Désarmement 2021, Diplomatie et "débat" du désarmement en 2020 *», Paix et Sécurité Européenne et Internationale,* n°17, pp.36 et s.), qui se traduit un « détricotage » progressif du système des traités. Dans le même temps, le consensus entre les membres du P5, indispensable à l'efficacité du TNP, s'est fortement dégradé, dans un environnement stratégique devenu, depuis 2017 « plus complexe et plus difficile (selon le Président du Comité préparatoire de la 10eme conférence (2020) (*PSEI*, 2020, p.15).

A l'approche de la 10eme conférence d'examen du TNP, retardée de 2020 à 2022 pour cause de pandémie de Covid 19, le pessimisme prévalait donc sur les chances de succès de la réunion, même si la Chine, à l'occasion du troisième comité préparatoire, avait présenté des propositions audacieuses (abandon par les EDAN de la politique de dissuasion nucléaire centrée sur l'attaque préventive, frein de la course aux armements de la part des EDAN dotés des arsenaux les plus importants qui devront s'acquitter de toutes leurs responsabilités en matière de désarmement nucléaire) mais qui masquaient mal sa volonté d'isoler les Etats-Unis et la Russie et de satisfaire les ENDAN. Dans un contexte de tensions géopolitiques croissantes et pressés notamment par la société civile et des Etats non-dotés, les EDAN ont adopté, le 3 janvier 2022, une déclaration qui se voulait consensuelle, reprenant la formule employée en novembre 1985 par le président Reagan et M. Gorbatchev selon laquelle « une guerre nucléaire ne peut pas être gagnée et ne doit jamais être menée ». Les membres du P5 réaffirmaient « le caractère défensif de leurs armes nucléaires mais également la légitimité de leurs stratégies de dissuasion et leur engagement en faveur du désarmement en favorisant « un environnement de sécurité permettant d'accomplir davantage de progrès ». S'il était impossible de ne pas juger l'initiative globalement positive, il était par contre aisé de souligner, aussi bien les limites de la déclaration qui réaffirmait les positions bien connues de ses auteurs, que l'absence de mesures concrètes comme celles qui avaient suivi la déclaration de 1985 et, plus généralement, la contradiction de la position d'un groupe d'Etats indiquant ne pas vouloir s'engager dans une guerre nucléaire tout en modernisant leurs arsenaux, parfois en les augmentant.

L'accord du P5 sur ce texte marquait néanmoins, dans un contexte défavorable, sa capacité à identifier des objectifs partagés par le plus grand nombre d'Etats et de contribuer ainsi à l'adoption d'une déclaration commune et à mener un travail diplomatique continu pour parvenir à une déclaration commune ». Mais, quelques jours après, le 24 février, la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Russie, conduisant une « opération militaire spéciale », envahissait l'Ukraine, agression condamnée par la très grande majorité mais non l'unanimité des Etats (l'agression n'avait pas été condamnée le 25 février devant le Conseil de sécurité du fait du veto de la Russie, avec trois abstentions de la Chine, de l'Inde et des Emirats Arabes Unis ; elle l'a été devant l'Assemblée générale, le 2 mars 2022 par 141 voix pour, un contre et 35 abstentions). Le bouleversement de l'ordre international qui en a résulté allait peser sur tous les dossiers internationaux et en particulier sur celui des armes nucléaires. La 10eme conférence d'examen du TNP s'est tenue en effet du 10 au 26 août alors que les combats faisaient rage, ce qui ne pouvait rester sans conséquences sur son déroulement. La plus remarquée a été l'incapacité dans laquelle se sont trouvés les Etats-Parties à adopter par consensus une déclaration finale commune. Et si tous les Etats ont unanimement affirmé leur soutien au TNP, le travail de la Conférence ne s'est pas traduit par des résultats tangibles. L'échec sur le fond a ainsi accompagné l'échec sur la forme.

L'échec de la 10eme conférence du TNP sur la forme : l'absence de déclaration finale. – L'impossibilité d'adopter une déclaration commune au terme de la Conférence, le 26 août 2022, était un risque que le contexte pouvait laisser prévoir, malgré l'optimisme relatif suscité par la déclaration du 3 août 2022. Tout a changé dès le 24 février, et sans doute pour longtemps, dans les rapports entre la Russie et la plupart de ses interlocuteurs internationaux.

A partir du 24 février, les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni (le P3), comme elle membres du P5, ont constamment condamné, individuellement ou dans les enceintes internationales, l'agression de la Russie. Or, le conflit comportait, une dimension nucléaire et la déclaration finale ne pouvait donc ignorer cette situation, d'autant que les Etats du P3 se sont chargés de la rappeler dans une déclaration ministérielle commune à l'occasion de l'ouverture de la 10eme conférence d'examen le 1er août 2022 (Déclaration ministérielle de la France, des Etats-Unis et du Royaume-Uni à l'occasion de l'ouverture de la 10e conférence d'examen du TNP, 1er août 2022). Si les trois Etats ont certes rendu hommage au rôle joué par le TNP, « partie essentielle et irremplaçable de l'ordre international fondé sur le respect du droit », ils ont également condamné « tous ceux qui emploieraient ou menaceraient d'employer les armes nucléaires à des fins de coercition militaire, d'intimidation ou de chantage » et, « dans le contexte de la guerre d'agression illégale et non-provoquée menée par la Russie contre l'Ukraine, [ils]appellent la Russie à mettre fin à sa rhétorique nucléaire et à son comportement irresponsables et dangereux et à respecter ses engagements internationaux ». Par ce texte, les trois Etats renouvelaient donc leur condamnation de l'agression de la Russie, démarche qui a toujours conduit celle-ci à s'opposer, voire devant le Conseil de sécurité, à bloquer, tous les textes ou projets de textes contenant cette mention, A elle seule, elle pouvait vouer à l'échec la recherche du consensus sur la déclaration finale (d'autant que, la France et une quarantaine de pays dans une déclaration conjointe à l'occasion de la séance de clôture, ont de nouveau « condamné la guerre d'agression injustifiable et ne faisant suite à aucune provocation »).

Les Etats du P3 condamnaient également le chantage à la menace nucléaire et la rhétorique qui l'accompagne, nourris par l'occupation de la centrale nucléaire de Zaporijia, par les forces militaires russe depuis mars 2022. Pour les occidentaux, au recours à la menace nucléaire venait ainsi s'ajouter l'instrumentalisation de l'insécurité nucléaire. A de multiples reprises, le Président de la Fédération de Russie, « jouant massivement du signalement nucléaire » (I. Facon, « Guerre en Ukraine : le sens du signalement nucléaire

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

russe », *Fondation pour la Recherche Stratégique*, Note n°30/22, 26 juillet 2022) a tenu des propos suscitant des doutes quant au risque d'un recours à cette arme en Ukraine, qu'il s'agisse de son emploi en premier ou du recours aux armes tactiques, réintroduisant ainsi la possibilité d'une guerre nucléaire. Même si l'intimidation s'est révélée « en dérapage contrôlée » (I. Facon, *loc.cit.*), elle a permis aux occidentaux d'insister sur leur attitude « responsable » dans leur pratique de la dissuasion et de l'utilisation des armes nucléaires », contrairement à celle de Moscou. Toute aussi « irresponsable » a été à leurs yeux, la prise de contrôle, le 4 mars, par les forces russes de la centrale nucléaire de Zaporijia qui s'était retrouvée dans la zone des combats dès le 26 février. Pour le Directeur de l'AIEA « le conflit militaire fait courir un danger sans précédent aux centrales nucléaires ukrainiennes et aux autres installations contenant des matières radioactives ». Ce risque pouvait provenir aussi bien des atteintes à l'environnement technique nécessaire au bon fonctionnement de la centrale que des conséquences des combats dans son voisinage, voire de bombardements la frappant directement. Des frappes se sont en effet régulièrement produites à proximité de la centrale et ont justifié des réunions du Conseil de sécurité demandées par chacune des Parties, mais sans résultat, celles-ci s'en renvoyant la responsabilité (Voir par exemple, S/PV/9114, CS/15003, 23 août 2022).

La question de Zaporijia a donc été omniprésente durant la Conférence et sans doute décisive dans la décision de Moscou de refuser la déclaration finale. A la suite du lancement d'une Mission d'appui et d'assistance de l'AIEA à Zaporijia (ISAMZ) le 29 août 2022 (voy. https://www.iaea.org/fr/newscenter/news/la-mission-dappui-et-dassistance-de-laiea-se-met-en-route-vers-la-centrale-nucleaire-de-zaporizhzhia-en-ukraine), l'Agence a réclamé l'établissement d'une zone démilitarisée autour de la centrale ce qui impliquait le retrait de toutes les forces armées présentes et notamment des forces russes qui l'occupaient, L'attitude des Etats soutenant l'Ukraine, insistant sur leur préoccupation quant aux « activités militaires menées à proximité ou dans la centrale nucléaire de Zaporijia » dont «l'autorité compétente est l'Ukraine, « a été jugée inacceptable par la Russie (selon l'AFP, le dernier texte sur la table, soulignait une « grande inquiétude » concernant les activités militaires autour des centrales ukrainiennes, notamment celle de Zaporijia, la « perte de contrôle » par Kiev de ces sites et « l'impact important sur la sécurité »). Pour son représentant, il n'y avait « pas de consensus » et la Russie avait des « objections sur des points clefs qui ont une dimension politique et sont connus de tous ». Il apparaît que celles-ci portaient sur cinq paragraphes du projet de document final faisant mention de la centrale nucléaire et de son occupation par l'armée russe. Moscou avait proposé « non de les supprimer, mais de les amender » et, pour cela, fait des propositions écrites qui n'avaient pas été prises en compte (S. Batsanov, V. Chernavskikh et A. Khlopkov, « 10e Conférence d'examen du TNP : Les piliers de la non-prolifération et des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire », disponible à l'adresse https://www.armscontrol.org/act/2022-10/features/10th-npt-review-conference-nonproliferation-peaceful-uses-nuclear-energy).

La question de Zaporijia permettait ainsi aux Etats soutenant l'Ukraine de renforcer leur argumentation en la fondant non seulement sur l'agression commise par la Russie mais sur les conséquences que celle-ci avait entraîné sur la sécurité nucléaire, ce qui contribuait à la replacer dans le champ de la Conférence d'examen, contrairement à la seule dénonciation de l'agression. L'insertion d'une telle argumentation, soutenue, pour l'essentiel, par une majorité d'Etats, rendait impossible tout accord sur une déclaration finale.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Cet échec, qui traduisait un affrontement direct entre un Etat doté et les autres membres du P5, à la suite de débats particulièrement politisés, dans lesquels les questions proprement nucléaires n'avaient pas été décisives, s'est manifesté sur un point de forme : l'impossibilité de transcrire dans un acte acceptable par toutes les Parties, les résultats des travaux de la Conférence. Sa portée aurait néanmoins pu être limitée si le projet de texte, avait refléter des avancées significatives auxquelles seraient parvenus les Etats Parties. Mais en l'absence de progrès réels, notamment sur les questions les plus sensibles, il apparaît que la Conférence a également échoué sur le fond.

L'échec de la 10eme conférence du TNP sur le fond : l'absence d'avancées significatives de la Conférence. – Le projet de déclaration finale manquait trop d'ambitions, selon les Etats partisans du TIAN, pour apporter des réponses aux principales questions de fond parce qu'il reflétait en réalité les profonds désaccords existants sur presque tous les sujets. Dès lors, les Etats Parties ont voulu, tout en ne masquant pas leurs différends, sauver ce qui était le plus important, le TNP, en manifestant « une forme de confiance dans le régime de non-prolifération » (I. Maitre, « 10eme conférence d'examen du TNP, un mois de débat entaché par la guerre en Ukraine », *Fondation pour la Recherche Stratégique, Observatoire de la dissuasion,* Bulletin n°101, Septembre 2022). Les Etats Parties ont donc étaient contraints pour les questions les plus sensibles, d'en rester au statu quo sur le désarmement et de constater une forme d'impuissance sur la non-prolifération.

Sur le pilier du désarmement, les positions des EDAN et des ENDAN sont demeurées figées, l'entrée en vigueur du TIAN, le 22 janvier 2021 ayant eu pour effet de les cristalliser sans doute davantage. Les efforts des Etats Parties pour peser sur la Conférence d'examen, forts de leur nombre et de l'appui de la société civile, sont restés sans effet. A l'occasion du débat général, le Costa Rica, dans une déclaration cosignée par 144 Etats sur les conséquences humanitaires et environnementales des armes nucléaires, a pourtant réaffirmé le fait que « les effets catastrophiques de la détonation d'une arme nucléaire, que ce soit par accident, par erreur de calcul ou à dessein, ne pouvaient être traités de manière adéquate ». De son côté, le Mexique, au nom des Etats Parties signataires du TIAN, faisait à nouveau valoir les deux arguments juridiques destinés à fonder leur position. D'une part, il affirmait que « les armes nucléaires sont désormais explicitement et complètement interdites par le droit international » mais cela ne vaut pas pour l'instant pour les EDAN qui ne sont pas Parties au TIAN et ont clairement réaffirmé cette position après son entrée en vigueur. D'autre part, il a, invoquant « la complémentarité du TIAN avec le TNP », affirmé que celui-ci avait « fait progresser la mise en œuvre de l'article VI du TNP en mettant en vigueur « une interdiction juridique complète des armes nucléaires, en tant que mesure nécessaire et efficace liée à la cessation de la course aux armements nucléaires et au désarmement nucléaire ». Cependant, l'article VI se borne à exiger des « négociations de bonne foi » mais non un engagement formel des Etats, « sur un traité de désarmement général et complet, sous un contrôle international strict et efficace » lequel en l'état n'existe pas. Enfin, l'objectif assigné au TNP par son préambule, de « promouvoir la détente internationale et la confiance entre Etats » avant de « faciliter l'adoption d'un traité sur le désarmement général, « n'a jamais semblé aussi éloigné (voy. Cette Chronique, n°2021/2, pp.367-374).

Les Etats dotés se sont donc naturellement opposés au texte présenté par le Mexique, restant sur des positions déjà présentées par la France dès la préparation de la Conférence d'examen de 2020, car *«* le désarmement ne se décrète pas », il se construit progressivement de manière pragmatique, en tenant compte des réalités d'un contexte

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

stratégique dégradé, sur la base de la « recherche d'une sécurité non-diminuée pour tous ». Cette approche prudente et non dénuée de justifications est, en pratique, partagée par tous les EDAN, comme le montre leur déclaration commune du 3 janvier 2022, même si les Etats-Unis et la Russie ne retiennent pas le principe de stricte suffisance défendu par la France. Elle conduit cependant à une forme d'immobilisme systématiquement dénoncé par les ENDAN, car dans le même temps en effet, tous les Etats dotés continuent de renforcer leur arsenal nucléaire, à tout le moins de le moderniser.

On est donc loin des revendications portées par les Parties au TIAN dont plusieurs ont dénoncé le comportement des Etats dotés. La Nouvelle-Zélande a ainsi manifesté sa « profonde déception » face au peu de progrès accomplis sur les questions de désarmement malgré « les demandes des EDAN ». Pour l'Afrique du Sud, le « non-respect des obligations de désarmement [par les EDAN] reste la principale menace à l'intégrité du TNP », Quant à Kiribati, il a, au terme de la Conférence et pour la première fois, formulé la menace d'un retrait du TNP des ENDAN pour cause de non-respect de l'article 6 par les Etats dotés. D'autres Etats, comme l'Autriche ou le Mexique, se sont attachés à dissocier l'agression de la Russie contre l'Ukraine qu'ils condamnent, du débat sur le désarmement pour marquer leur hostilité à la dissuasion nucléaire. Pour l'Autriche en particulier, « les doctrines de dissuasion sont nécessairement basées et dépendent de la menace d'utiliser des armes nucléaires ». « toute tentative de distinguer entre des menaces nucléaires "irresponsables" et « responsables » est donc hautement contestable et incohérente » (Déclaration de l'Autriche, débat général, RevCon, 2 août 2022).

Face à de telles divergences, il a donc été recouru, dans le projet de déclaration finale, à une formule sur un mode de pure information qui apparaît sans intérêt puisqu'elle se borne à rappeler que « le TIAN a été adopté le 7 juillet 2017 » et « reconnaît en outre son entrée en vigueur le 22 janvier 2021 » comme la tenue de sa première réunion (Vienne, 22/24 juin 2022). La Conférence s'en tenait sur ce point au statu quo, ce qui a entraîné la condamnation des ONG. L'absence d'avancées et le maintien du statu quo étaient ainsi consacrés.

L'absence d'avancée s'est manifestée également sur la question de la non-prolifération, tout aussi sensible que celle du désarmement puisque deux Etats « perturbateurs », l'Iran et la République Démocratique et Populaire de Corée (RDPC) étaient engagés depuis plusieurs années dans une course à la possession de l'arme nucléaire (Voir sur la question de l'évolution des deux Etats dans ce processus, les développements éclairants de J-F. Guilhaudis, « Diplomatie et "débat du désarmement" en 2018-2019 », *Paix et Sécurité Européenne et Internationale,* 2020*,* n°14, vol. 4 et 5, et, en 2021, n°17, vol. 4 et 5). Sur ce point, la réponse de la X^{ème} Conférence est en réalité un aveu d'impuissance, ce qui n'est pas nouveau sur ces dossiers mais, désormais, d'autant plus visible que les deux Etats ont significativement progressé dans leur démarche et que de nouvelles initiatives sont susceptibles d'accroître encore les menaces de prolifération. La situation des deux Etats est toutefois très différente.

L'Iran est Partie au TNP, et à ce titre, soumis au régime prévu par le traité et notamment aux contrôles de l'Agence Internationale de l'Energie Atomique (AIEA). Depuis 2015, un Plan d'action global commun (*Joint Comprehensive Plan of Action , JCPOA*) signé entre Téhéran d'une part, la Russie, la France, la Chine, le Royaume-Uni, les Etats-Unis et l'Allemagne d'autre part, avec la participation de l'Union européenne, avait défini un cadre juridique permettant de limiter le programme nucléaire iranien en échange d'une

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

levée des sanctions économiques. L'accord a survécu au retrait des Etats-Unis en 2018 et avec l'arrivée de l'Administration Biden, il était apparu possible de relancer, si ce n'est le JCPOA, tout au moins un accord nucléaire s'en inspirant. Jusqu'au début de 2022, sa conclusion apparaissait imminente même si les Etats-Unis avaient refusé de négocier directement avec Téhéran (cette Chronique, n°2022/2, pp.307-314) et présenté de nouvelles exigences, pour certaines étrangères aux questions nucléaires, dont le respect conditionnait la levée des sanctions contre l'Iran. Ce dernier, en l'absence d'avancée des négociations, a fini par choisir de poursuivre sa stratégie, tout en exprimant « la ferme volonté de parvenir à un accord », à se préparer à un échec. Il s'est donc affranchi progressivement des obligations du JCPOA à la fois sur l'enrichissement de l'uranium, les quantités produites et le perfectionnement de ses missiles balistiques et, au moins partiellement, des contrôles de l'AIEA. Cela a conduit le Conseil des gouverneurs de l'Agence, le 8 juin 2022, à rappeler Téhéran à l'ordre pour son manque de coopération en adoptant une résolution déposée par les Etats-Unis, la France, le Royaume-Uni et l'Allemagne (ce à quoi l'Iran a répondu en débranchant des caméras de surveillance installées par l'AIEA : voy. « Nucléaire iranien : Téhéran rappelé à l'ordre pour son manque de coopération », *Le Monde* du 9 juin 2022). Lors de la Conférence d'examen, les Etats-Unis, la France et le Royaume Uni, dans leur déclaration ministérielle du 1er août 2022 ont réaffirmé que l'Iran ne devait « en aucun cas mettre au point l'arme nucléaire mais au contraire « mettre à nouveau pleinement en oeuvre le JCPOA », et coopérer de manière urgente avec l'AIEA […} conformément à son accord de garanties, obligatoire au titre du TNP » (les occidentaux regrettaient également que « l'Iran n'ait pas encore saisi l'occasion qui lui a été offerte » par « d'intenses efforts diplomatiques », ce qui ne correspondait pas vraiment au déroulement exact des négociations). Or, alors que l'on pouvait s'attendre, avec beaucoup d'Etats Parties, à ce que le dossier iranien fasse l'objet d'un débat approfondi, ce ne fut pas le cas, au point même qu'il n'a pas été mentionné dans le projet de déclaration finale. L'explication avancée (voir notamment E. Maitre, « 10ème conférence d'examen du TNP, un mois de débat entaché par la guerre en Ukraine », *Fondation Robert Schumann, Observatoire de la dissuasion*, Bulletin n°101, Septembre 2022) était la volonté de l'Union européenne, coordinateur des négociations, en accord avec les Etats-Unis, de ne pas interférer dans les négociations qui se poursuivaient autour du JCPOA simultanément à la Conférence, au risque de les faire échouer. Quel que soit le rôle que pouvait jouer l'AIEA, gardienne du régime de non-prolifération, il était donc reconnu que la solution du dossier se trouvait dans la réussite du processus diplomatique *ad hoc* créé en 2015. La Conférence n'apportait donc sur ce point rien de nouveau et le *statu quo* subsistait (ce qui s'est confirmé par la suite puisque si le succès des négociations est apparu une fois encore « imminent » en août 2022, ce ne fut pas le cas et que, le 23 novembre 2 022, l'Iran annonçait le commencement de la production, dans une nouvelle usine de Fordo, d'uranium enrichi à 60%, se rapprochant du seuil de 90% nécessaire pour produire une bombe atomique, alors que le seuil prévu par l'accord de 2015 était de 3,67%).

Le dossier nord-coréen est très différent, car, au contraire de l'Iran, la RDPC a quitté le TNP en 2003 et, n'étant plus soumise aux inspections de l'AIEA, a retrouvé une plus grande latitude pour renforcer les capacités devant lui permettre de se doter à terme de l'arme nucléaire. De plus, il n'existait pas de cadre de négociation du type du JCPOA de nature à permettre un rapprochement des positions des Etats dotés, notamment occidentaux, et de la RDPC. A la suite de l'essai nucléaire annoncé par celle-ci à l'automne

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

2006, le Conseil de sécurité le condamnait à l'unanimité par la résolution 1718 et imposait à la RDPC une série de sanctions économiques et commerciales. Si ce régime de sanctions, sans cesse renouvelées, restera sans effet, un processus de négociation bilatéral avec les Etats-Unis finira par s'engager en 2018 après l'abandon par Washington de l'exigence de dénucléarisation préalable de la RDPC, ce qui avait permis une rencontre entre D. Trump et Kim Jong-un en juin 2018. Mais les Etats Unis étant revenus, sur cette exigence, les négociations ont été interrompues et n'ont pas été reprises. Depuis, alors que la RDPC avait déclaré ne plus observer ses moratoires unilatéraux sur les essais nucléaires, elle n'a effectué aucun essai de ce type en 2021. Par contre, elle a multiplié en 2022 les essais de missiles balistiques à courte ou moyenne portée, voire de missiles intercontinentaux en violation des résolutions du Conseil de sécurité (Selon la Secrétaire générale adjointe aux affaires politiques et à la consolidation de la paix, seulement entre janvier et mars 2022, 12 lancements recourant à la technologie des missiles balistiques ont eu lieu entraînant 5 réunions du Conseil de sécurité, CS/14841, 25 mars 2022). Les Etats-Unis de leur côté ont répondu en organisant des exercices militaires importants, notamment sur un plan bilatéral, avec la République de Corée. Dans la mesure où ces derniers exigeaient comme préalable aux négociations la dénucléarisation de la RDPC quand celle-ci demandait qu'elles portent sur la dénucléarisation de toute la péninsule coréenne, tout accord était impossible. Le processus s'est donc poursuivi avec, d'un côté, un Conseil de sécurité toujours informé des violations de ses résolutions par le Groupe d'experts du Comité des sanctions de l'ONU, régulièrement prorogé avec l'accord de la Russie et de la Chine (par exemple, adoption à l'unanimité de la résolution 2627 (2022) prorogeant jusqu'au 30 avril 2023 le mandat du Groupe d'experts) lesquelles, par contre, bloquaient toute tentative d'aggravation des sanctions (Projet de résolution du 26 mai 2022, rejeté par le vote contre de la Chine et de la Russie, CS/14911) *;* de l'autre, une RDPC poursuivant imperturbablement son programme nucléaire, avant, pendant et après la 10eme Conférence d'examen du TNP (Pour une manifestation récente, voir la réunion du Conseil de sécurité après la multiplication d'essais de missiles balistiques par la RDPC, les 2 et 3 novembre 2022, CS/15098 , 4 novembre 2022, la 9eme fois que le Conseil se réunissait en 3022 pour discuter des essais de la RDPC). Dans leur déclaration commune du 3 août 2022, les Etats-Unis, la France et le Royaume uni avaient déjà répondu au défi de la RDPC en lui demandant de « mettre un terme à l'ensemble de ses essais nucléaires, de ses tirs de missiles recourant à la technique des missiles balistiques et des activités qui leur sont liées ». Ils ont été rejoints par 76 Etats pour approuver, le 19 août 2022, une déclaration (NPT/CONF.2020/60 2020 Review Conference of the Parties, 19 août 2022) exprimant leur « profonde préoccupation face au développement de ses programmes nucléaires et de missiles, en violation des résolutions du Conseil de sécurité » et condamnant son engagement continu dans des activités nucléaires ». Ces Etats se sont déclarés prêts à appuyer une solution diplomatique, en « demandant instamment à la RDPC de reprendre les négociations », tout en réaffirmant qu'elle « ne peut pas et n'aura jamais le statut d'Etat doté d'armes nucléaires conformément au Traité sur la non-prolifération ». Enfin, pour atteindre ce résultat, ils s'engagent « à appliquer pleinement toutes les sanctions du Conseil ». Une telle position semble toutefois difficile à tenir, la RDPC ayant jusqu'à présent montré une grande résilience face à des sanctions dont, par ailleurs, la Chine et la Russie bloquent l'aggravation au Conseil de sécurité. La voie des négociations apparaît dès lors la seule possible, pour autant que les Etats-Unis et la RDPC parviennent à s'entendre sur le périmètre de dénucléarisation : la seule Corée du Nord ou l'ensemble de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

la péninsule coréenne (position défendue en particulier par le Secrétaire général des Nations Unies qui avait réaffirmé en mai 2022, son « engagement à travailler avec toutes les parties pour une paix durable et la dénucléarisation complète et vérifiable de la péninsule coréenne, CS/14887, 11 mai 2022).

Qu'il s'agisse du nucléaire iranien ou nord-coréen, il apparaît ainsi que le régime du TNP n'a que peu d'influence sur le processus de dénucléarisation qu'il est sensé conduire et que les mécanismes diplomatiques et politiques qui tentent de le suppléer éprouvent également les plus grandes difficultés à obtenir des résultats. On peut penser que désormais l'Iran et la RDPC ont « passé la ligne » et disposent des capacités nécessaires pour se doter, dans des délais variables, de l'arme nucléaire, faisant courir à la sécurité internationale deux risques majeurs : d'une part, la tentation d'une attaque préventive contre les installations des deux Etats pour interrompre le processus de nucléarisation, soit par des moyens conventionnels mais les conséquences en seraient incalculables, soit par des moyens non conventionnels (Comme le virus informatique Stuxnet utilisé le 2 juillet 2020 contre l'usine iranienne d'enrichissement d'uranium de Natanz, attaque informatique imputée ensuite par le New York Times à Israël et aux Etats-Unis et qui avait retardé le programme nucléaire de Téhéran en bloquant les centrifugeuses) ; d'autre part, le risque de contagion du processus poursuivis par l'Iran et/ou la RDPC, s'il réussit, sur d'autres Etats ayant les capacités et la volonté de franchir eux aussi « le seuil » pour disposer d'une dissuasion nucléaire.

Sur les dossiers sensibles de la non-prolifération, le bilan de la X^{ème} Conférence d'examen est donc décevant mais il ne pouvait guère en être autrement. La plupart des Etats membres se sont néanmoins attachés, dans leurs prises positions, à mettre l'accent sur les éléments positifs tout en ne dissimulant pas de multiples désaccords (ce qui a ainsi permis à la Russie de faire valoir qu'il y avait en réalité beaucoup d'autres objections que la sienne au contenu de la déclaration finale). On citera, notamment, ceux qui ont porté, encore, sur l'édification d'une zone exempte d'armes de destruction massive au Proche-Orient, sur le mécanisme de « partage nucléaire de l'OTAN » « et la situation des ENDAN qui font partie d'alliances militaires incluant des Etats dotés », question liée à celle de l'Alliance AUKUS (Australie, Royaume-Uni, Etats-Unis) dans laquelle la Chine a vu « une manifestation typique de prolifération ». Même dans le cadre du 3eme pilier, des divergences de fond sont apparues sur l'usage de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques, l'Autriche, considérant avec d'autres que « l'énergie nucléaire n'est pas la réponse à la crise climatique ». Ces désaccords et d'autres n'ont pourtant pas pesé sur la décision des Etats parties de soutenir le projet de déclaration finale dont l'adoption était pour eux un objectif prioritaire. Ils ont en effet rappelé à de nombreuses reprises, explicitement ou implicitement, le « besoin de TNP » que connaissait la société internationale. Le président de la Conférence, sans pour autant ignorer les différends, a également favorisé le consensus en formulant le projet de déclaration finale en termes nuancés, ce qui a pu d'ailleurs lui être reproché, notamment par les ONG. Il a, par ailleurs, rappelé les points positifs qui étaient apparus durant les débats comme la volonté de poursuivre la démarche de réduction des risques stratégiques à laquelle la France est particulièrement attachée, l'augmentation constante du nombre d'Etats liés par des protocoles additionnels qui s'ajoutent aux accords de garanties généralisées et augmentent la capacité de contrôle de l'AIEA de vérifier l'utilisation pacifique de toutes les matières nucléaires (138 Etats et Euratom ont mis en vigueur des protocoles additionnels. 15 autres Etats ont signé un

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

protocole additionnel, qui n'est pas encore en vigueur). Enfin, l'action de l'AIEA, notamment dans la crise de la centrale de Zaporijia et, de manière plus générale, son rôle indispensable au centre du régime du TNP ont été soulignés.

Selon le représentant de la France en introduction au débat général, « l'enjeu central de cette Conférence d'examen est simple : réaffirmer l'autorité et la primauté du TNP, pierre angulaire de l'architecture de désarmement et de non-prolifération nucléaire (Déclaration de la France dans le cadre du débat général, disponible à l'adresse https://onu-vienne. delegfrance.org/ 10e-conference-d-examen-TNP-contributions-francaises). Cet objectif n'a été que très partiellement atteint du fait de la guerre en Ukraine et d'un contexte international dégradé mais l'intérêt du TNP n'a jamais été remis en cause. Il reste néanmoins à s'interroger sur la possibilité de conserver ce consensus lors de la prochaine conférence en 2026, surtout si l'on assiste à une évolution défavorable des dossiers iranien et nord-coréen.

L. B.

YÉMEN

Fin de six mois de trêve et exploitation des ressources naturelles comme nouvelle dimension du conflit

2023/1.12 – Le Sous-secrétaire général des Nations Unies pour les affaires humanitaires, Joyce Msuya, et l'Envoyé spécial des Nations Unies pour le Yémen, Hans Grundberg, annoncèrent vers mi-octobre 2022 que les négociations ayant pour but de prolonger la trêve au Yémen pour une deuxième fois avaient échoué le mardi 11 octobre 2022 (Nations Unies, ONU Info, 13 octobre 2022). Cette trêve, souvent décrite comme un « cessez-le-feu », avait déjà été prolongée le 2 avril 2022 jusqu'au 2 octobre 2022. Depuis, des échanges sporadiques de tirs d'artillerie auraient eu lieu et les grandes offensives visant des centres urbains ou logistiques ne semblent pas encore avoir repris. Toujours selon Hans Gundberg, cette proposition de trêve avait été ardemment négociée entre « Aden, Sanaa, Ryad et Muscat » et incluait les points d'accord suivants :

- L'arrêt permanent de toutes les opérations offensives ;

- L'installation d'une Commission de coordination militaire pour faciliter la communication et la coordination des tentatives de désescalade ;

- La mise en place d'un mécanisme de paiement des salaires et des pensions des fonctionnaires yéménites ;

- La réouverture progressive des routes à Taëz ;

- L'augmentation des vols à l'aéroport de Sanaa ;

- Le déblocage des approvisionnements en carburant dans les ports de Hodeïda ;

- Un engagement à la libération urgente des détenus et prisonniers de guerre ;

- Des « mesures visant à établir un processus à long terme de règlement du conflit », dont « l'établissement de structures propices à des négociations sur les questions économiques, un cessez-le-feu durable, et la reprise d'un processus politique inclusif conduit par les Yéménites eux-mêmes en vue d'une résolution du conflit ».

Selon Hans Gundberg, ce serait le groupe armé *Ansar Allah*, autrement connu sous l'appellation des « Houthis », qui aurait exprimé de nouvelles exigences « impossibles à satisfaire » à la fin des négociations, mettant donc un arrêt à ces dernières.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Ces six mois de trêve auraient pourtant eu des effets positifs sur l'économie et la qualité vie des civils au Yémen, même si 17 millions de yéménites – sur plus de 30 millions – souffriraient toujours d'insécurité alimentaire aigue. Le Sous-secrétaire général des Nations Unies pour les questions humanitaires a néanmoins relevé la dangerosité du nombre grandissant de mines et autres engins explosifs.

La fin de cette trêve fut aussi l'occasion pour le groupe des Houthis d'étendre leurs revendications et leurs critiques du gouvernement yéménite en place, qui incluent à présent un différend sur l'exploitation des ressources naturelles du pays.

Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. – Des officiels des Houthis, en particulier leur « ministre des Transports », Abdul-Wahab Yahya Al-Durra, auraient en effet ordonné aux opérateurs de vaisseaux de transports de ressources fossiles extraites au Yémen de ne plus traiter avec le gouvernement internationalement reconnu du pays, au risque de voir leurs vaisseaux attaqués. Le « ministre des Transports » des Houthis aurait écrit dans sa lettre adressée à ces opérateurs de vaisseaux que « Any navigation activity that violates standard procedures will be treated as an illegal act that jeopardizes national interests, and we hold you fully responsible for violating it ». De plus, Mahdi Al-Mashat, le président du Conseil Suprême des Houthis, aurait aussi ordonné l'envoi de messages à de tels opérateurs de mettre fin au « looting of Yemen's sovereign wealth » (Middle East Monitor, « Yemen Houthis give foreign oil companies ultimatum to stop oil extraction », 3 octobre 2022). L'Autorité des Affaires Maritimes du ministère des Affaires étrangères du gouvernement internationalement reconnu n'a pas tardé à émettre une lettre à ces mêmes acteurs qui précisait que « Memoranda or circulars will not be considered unless they are issued by Aden's Presidency of the General Authority for Maritime Affairs ». Selon le Ministre du pétrole du gouvernement internationalement reconnu, Saeed Al-Shumasi, le pays exporte plus ou moins 2.6 millions de barils de pétrole tous les deux mois (S, Al-Batati, « Yemen government slams Houthi threats to attack oil ships », Arab News, 4 octobre 2022).

Dès la fin octobre 2022, les Houthis auraient mis à exécution leurs menaces en attaquant au drone piégé un pétrolier grec naviguant près du terminal pétrolier d'Al Dubaa, sous contrôle du gouvernement yéménite internationalement reconnu, le terminal pétrolier de Rudum et le port de Qena (Ephrem Kossaifi, « Violations des Houthis : « Le silence international profite-t-il aux Yéménites ? », demande l'envoyé saoudien au Conseil de sécurité », Arab News, 23 novembre 2022).

Le conflit armé au Yémen inclut donc à présent la question stratégique de l'exploitation des ressource naturelles – et en particulier pétrolières – du pays. Cette problématique a donné lieu à des prises de position par certains Etats et organisations internationales quand une telle exploitation a lieu en territoire contesté, colonisé ou en proie à un conflit armé. Par exemple, le service juridique du Parlement européen avait émis un avis en juillet 2009 jugeant illicite un accord de pêche conclu entre l'Union européenne et le Maroc (Résolution du Parlement européen du 14 décembre 2011 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion d'un protocole entre l'Union européenne et le Royaume du Maroc fixant les possibilités de pêche et la contrepartie financière prévues par l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et le Royaume du Maroc ; P7_TA(2011)0569) au motif, notamment, que le peuple sahraoui n'avait pas approuvé ni reçu de contrepartie pour l'exploitation de ressources halieutiques présentes au Sahara occidental. Cet avis motiva en grande partie la résolution du Parlement

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

européen du 14 décembre 2011 de refuser de proroger cet accord. Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a affirmé, dans le cadre d'un contentieux relatif à un accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Communauté européenne et le Royaume du Maroc, que « l'inclusion du territoire du Sahara occidental dans le champ d'application de l'accord d'association enfreindrait certaines règles de droit international général applicables dans les relations entre l'Union et le Royaume du Maroc, à savoir le principe d'autodétermination, rappelé à l'article 1er de la charte des Nations unies […] » (CJUE, Western Sahara Campaign UK contre Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs et Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs, arrêt de la Grande chambre du 27 février 2018, Aff. C-266/16).

La question de l'exploitation des ressources naturelles a été principalement abordée sous le prisme du mouvement de décolonisation des années 1960 en consacrant le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. L'article 1 commun aux deux Pactes internationaux de 1966 dispose par exemple que : « 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles […]. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ». De nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies rappellent aussi ce principe, telles les résolutions :

- 1514 (XV), « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux » du 14 décembre 1960, qui affirmait que « les peuples peuvent, pour leurs propres fins, disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles sans préjudice des obligations qui découleraient de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'avantage mutuel, et du droit international » et déclarait que « tous les peuples ont le droit de libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel » ;

- 1803 (XVII), « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », du 14 décembre 1962, qui proclamait « le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles » ; et

- 61/295, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » du 13 septembre 2007 qui rappelle et affirme le droit spécifique des peuples dits autochtones d'exploiter et de jouir des ressources naturelles présents sur leur territoire.

Certes, ce corpus juridique relatif à ce principe était étroitement lié au contexte de la décolonisation et visait en premier lieu à assurer que les nations nouvellement constituées en Etat avaient la possibilité d'exploiter, de façon souveraine et indépendante, leurs ressources naturelles. Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles est d'ailleurs historiquement lié au droit des peuples à l'autodétermination, un droit reconnu par la CIJ comme un « principe essentiel du droit international » (CIJ, arrêt du 30 juin 1995, *Timor oriental* (*Portugal c. Australie*), *CIJ Recueil* 1995, p. 102, para. 29), même si son titulaire demeure difficilement identifiable faute d'une définition du terme « peuple ». Néanmoins, dans sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, l'Assemblée générale des Nations unies avait précisément pris en compte les peuples soumis « à une subjugation, à une domination et à une exploitation étrangères » privant ces peuples de l'exercice de leur souveraineté politique et, surtout, économique (AGNU, Résolution 1514 (XV) du 14

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

décembre 1960) (sur la question de la violation de « l'autodétermination économique », voir aussi la précédente note « Signature d'un contrat pétrolier entre une société américaine et les Forces Démocratiques Syriennes » (2020/3-4.58).

Le cas yéménite ne semble pas tomber dans cette catégorie particulière. En effet, ni les Houthis eux-mêmes ni la société internationale, par le biais des Nations unies ou d'autres organisations internationales ou régionales, ne considèrent le conflit armé en question comme étant un conflit de décolonisation ou de libération nationale. Les Houthis n'ont par exemple jamais revendiqué un quelconque souhait de faire sécession ou d'établir un nouvel Etat indépendant. Les Houthis ont néanmoins clairement critiqué et combattu la présence militaire de la coalition internationale au Yémen – et en particulier la présence saoudienne et émiratie –, mais non en tant que force de colonisation mais plutôt d'occupation. La logique et l'argumentaire sont donc différents que ceux que pourrait par exemple adopter certains groupes armés palestiniens – contre Israël, certaines de ses colonies et/ou ses forces d'occupation dans les territoires palestiniens – ou sahraouis – contre le Maroc et/ou ses forces d'occupation au Sahara occidental.

De plus, une jurisprudence bien établie de la CIJ a déjà traité la problématique de l'exploitation illégale des ressources naturelles par des groupes armés au détriment de l'Etat territorial (voir par exemple CIJ, arrêt du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* (*République démocratique du Congo c. Ouganda*), *CIJ Recueil* 2005, para. 222-250). Or, dans le cas yéménite, c'est bien un groupe armé – les Houthis – qui refuse l'exploitation de telles ressources naturelles par des entreprises privées, nationales et internationales, mandatées par le gouvernement internationalement reconnu. Ce n'est donc pas une situation dans laquelle un gouvernement conteste l'exploitation illégale de ressources naturelles par un groupe armé.

Cette analyse appliquée au conflit yéménite est néanmoins rendue plus compliquée par le débat juridique relatif à la nature du gouvernement yéménite en place (voir la précédente note « 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). Il est en effet possible de considérer le gouvernement yéménite actuel comme un « puppet governement », contrôlé et dirigé principalement par l'Arabie saoudite, n'ayant donc pas l'autorité nécessaire pour conclure des contrats d'exploitation des ressources naturelles du pays. Or, le groupe des Houthis ne semble pas encore avoir adopté cette argumentation juridique ; les Houthis revendiquent l'exclusivité dans le droit et la légitimité d'exploiter les ressources naturelles du pays, peu importe le niveau d'indépendance et la représentativité effective du gouvernement internationalement reconnu.

Nonobstant les problématiques juridiques exposées ci-dessus, il est vraisemblable que le déplacement du conflit vers de telles problématiques a pour but de négocier un partage des revenus d'une telle exploitation. Le gouvernement yéménite et le groupe armé des Houthis ont en effet tenté depuis plusieurs années de s'accorder sur une répartition des revenus tirés de l'exploitation des ports, des aéroports et des ressources naturelles du pays, chacune des parties devant régler les salaires et compensations financières de ses membres et partisans. Il est donc difficile de confirmer qu'un tel discours juridique vise à corriger ou établir un droit particulier. Comme depuis le début du conflit armé au Yémen, le droit reste un des nombreux outils utilisés par les belligérants à des fins soit populistes soit guerrières.

PH. B-N

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Sous la direction de

Niki ALOUPI

avec les notes de

Julien CAZALA, Rémi CÈBE, Claire CRÉPET DAIGREMONT, Julie FERRERO, Stefanos GAKIS, Rémy PROUVÈZE

SOMMAIRE

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. Droit des cours d'eau internationaux/ droit du contentieux international

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
Arrêt du 1er décembre 2022, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie),* fond, y compris les demandes reconventionnelles de la Bolivie... 236

B. Droit de l'OMC

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE. ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
Décision des Arbitres du 21 décembre 2022, Colombie – *Droits antidumping sur les frites congelées en provenance d'Allemagne, de Belgique et des Pays-Bas* (DS591).. 241

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. Droits de l'Homme

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt (Grande Chambre) du 3 novembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Royaume-Uni*, req. n°22854/20..... 245

Arrêt du 6 décembre 2022, *Spazov c. Roumanie*, req. n°27122/14 247

Arrêt du 17 janvier 2023 (Grande Chambre), *Fedotova et al. c. Russie*, req. nos 40792/10, 30538/14 et 43439/14..... 248

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME
Décision du 9 décembre 2022, *Jean-Claude Rudurura c. Suède*, com. n°3706/2020 .. 251

B. Droit des investissements

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI
Sentence fondée sur l'article 43(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI du 28 novembre 2022, *Amir Masood Taheri v. United Arab Emirates* (ARB/21/19)..... 252

COMITÉ AD HOC CIRDI
Décisions sur la demande d'annulation du 17 novembre 2022, *9REN Holding S.A.R.L v. Kingdom of Spain* (ARB/15/15) 255

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC (CNUDCI)
Sentence sur la juridiction du 21 novembre 2022, *Carlos Esteban Sastre, Renaud Jacquet, Margarida Oliveira Azevedo de Abreu, Eudardo Nunoz Vaz Osorio dos Santos Silva, Graham Alexander, Monica Galan Rios v. the United Mexican States*, UNCT/20/2 257

II. CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. Droit pénal international

COUR PÉNALE INTERNATIONALE
Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 Feb. 2021 entitled "Trial Judgment" du 15 décembre 2022 (Appeals Chamber), *Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15 A)..... 260

Judgment on the appeal of Mr Dominic Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 6 May 2021 entitled "Sentence" du 15 décembre 2022 (Appeals Chamber), *Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15 A2)..... 261

B. Droit de la fonction publique internationale

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE LA BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT (BERD)
Décision du 15 juin 2022, affaire n° 2022/AT/02 262

I. CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

A. DROIT DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX/ DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
Arrêt du 1er décembre 2022, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala (Chili c. Bolivie),* fond, y compris les demandes reconventionnelles de la Bolivie

Cours d'eau internationaux – obligations procédurales en matière de dommage transfrontière – existence d'un différend – Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation

Si les arrêts de la CIJ sont généralement étudiés sous le prisme de la solution apportée par la Cour aux questions juridiques qui lui sont présentées par les parties, l'arrêt du 1er décembre 2022 présente un intérêt particulier notamment à cause de l'absence quasi-totale de réponse aux interrogations soumises. L'autorité relative de la chose jugée ressemble ici plutôt à la relative autorité de la chose jugée… puisque rien ou quasi n'a été vraiment décidé avec autorité ! Le différend entre le Chili et la Bolivie porté à l'attention de la Cour en 2017 concernait l'utilisation des eaux du Silala, une rivière dont la source se trouve sur le territoire bolivien mais qui s'écoule dans le territoire chilien où elle se jette à la mer. Le Chili, qui avait présenté ses demandes à la Cour sous la forme de cinq conclusions, soutenait qu'il s'agissait d'un cours d'eau international (§ 33), alors que la Bolivie, qui avait par ailleurs opposé trois demandes reconventionnelles jugées recevables par la Cour, maintenait qu'il s'agissait d'une source d'eau exclusivement bolivienne dont la surface

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

était artificiellement améliorée pour s'écouler vers le Chili à l'aide de chenaux se trouvant sur le territoire bolivien (§ 32). Une réévaluation de la situation du côté bolivien, minimisant l'apport de l'écoulement artificiellement amélioré du Silala, a eu pour résultat un certain changement de position de la Bolivie pendant la procédure, ce qui a été interprété par la Cour comme une convergence des positions des deux parties. Ainsi, la Cour a constaté qu'il existait un différend uniquement par rapport à la cinquième conclusion du Chili.

L'absence de différend constatée par la Cour est le premier point d'intérêt majeur de cet arrêt. Les quatre conclusions du Chili et les trois demandes reconventionnelles de la Bolivie, qui n'étaient pas constitutives d'un différend selon la Cour, soulevaient pourtant des questions importantes pour le régime juridique des cours d'eau internationaux dans son ensemble. Par sa première conclusion, le Chili demandait à la Cour d'affirmer le caractère du système hydrographique du Silala en tant que cours d'eau international régi par le droit international coutumier. La question était intéressante dans la mesure où elle concernait l'application du droit coutumier également à l'écoulement des surfaces artificiellement améliorées. En outre, elle appelait la Cour à se prononcer sur le caractère coutumier de la définition de cours d'eau international de l'article 2 de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, ainsi que la prise en compte des particularités du caractère artificiel de l'écoulement lors de l'application du droit coutumier. Or, la Cour s'est contentée de prendre acte du changement de position de la Bolivie qui avait accepté que le droit coutumier s'appliquait a priori aux eaux de Silala dans leur totalité, indépendamment du caractère artificiel. La Cour a ainsi déclaré qu'il n'y avait plus de différend (§ 59).

La deuxième conclusion du Chili, qui concernait son droit à l'utilisation équitable et raisonnable des eaux du système hydrographique du Silala était elle aussi axée autour de la différenciation entre écoulement naturel et artificiel argumentée par la Bolivie. De ce fait, la conclusion en question a été associée par la Cour à l'absence de différend constatée pour la première conclusion (§ 65).

La Cour a interprété également la troisième conclusion chilienne comme étant étroitement liée aux deux précédentes. Le Chili demandait une déclaration de la part de la Cour affirmant le droit chilien à l'utilisation actuelle du système hydrographique du Silala. La Cour a d'abord noté que la demande chilienne ne comprenait pas un droit de bénéficier du même débit d'écoulement et de volume d'eaux à l'avenir, mais se limitait au droit à l'utilisation équitable et raisonnable des eaux du Silala, un droit qui existait également au profit de la Bolivie (§ 72). Prenant acte des déclarations des deux pays au cours de la procédure, la Cour a considéré qu'il n'y avait plus de différend entre les parties sur ce point, notamment compte tenu de leur accord permettant à la Bolivie de démanteler le système des chéneaux (§ 76).

La quatrième demande du Chili portant sur l'obligation de la Bolivie de prévenir et limiter les dommages résultant des activités qu'elle menait à proximité du système hydrographique a elle aussi été traitée par la Cour sous le prisme d'un accord entre les deux parties. L'accord identifié par la Cour ne couvre pas uniquement l'application de ladite obligation à l'écoulement artificiellement amélioré mais aussi un autre point de divergence, au moins à première vue, relevant du caractère significatif des dommages comme condition sine qua non de l'obligation de prévenir et limiter (§ 86).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

La Cour a écarté également la première demande reconventionnelle de la Bolivie. Cette dernière soutenait que la référence de la part du Chili au droit à l'utilisation équitable et raisonnable face à la possibilité de démantèlement du système des chenaux sous-entendait l'existence d'un droit acquis chilien en la matière. Rappelant l'acceptation de la part du Chili de la pleine souveraineté de la Bolivie sur les chenaux sous réserve des obligations coutumières applicables en matière de dommages transfrontières importants, la Cour a considéré que le différent avait été éclipsé ici aussi, sans pour autant exclure la naissance d'un nouveau différent par rapport à un démantèlement prochain (§ 147).

La Cour a conclu à l'absence de différend aussi pour la deuxième demande reconventionnelle de la Bolivie. Initialement demandant de la Cour de reconnaître sa souveraineté sur les eaux du Silala dont l'écoulement était artificiellement amélioré, la Bolivie avait changé de position en acceptant le caractère international du Silala dans son ensemble, comme nous l'avons vu précédemment. Elle maintenait pour autant sa demande à titre subsidiaire, sollicitant de la Cour une déclaration que le Chili ne pouvait pas s'opposer au démantèlement des chenaux et qu'il ne pouvait pas non plus demander le maintien de la situation actuelle. La similarité de la demande en question avec celle qui la précédait étant évidente, la Cour a constaté que les deux parties n'étaient pas en désaccord sur ce point non plus (§ 155).

La troisième demande reconventionnelle bolivienne a été interprétée par la Cour comme relevant d'un différend hypothétique dans la mesure où la Bolivie demandait à la Cour de dire et juger que toute demande postérieure du Chili relative à la fourniture de l'écoulement amélioré du Silala devrait être soumise à la conclusion d'un accord entre les deux Etats. Compte tenu de l'absence d'un différend réel et actuel, la Cour a rejeté la demande de la Bolivie (§ 162).

Le constat de l'absence d'un différend par la Cour est susceptible de faire l'objet de critique. Tout d'abord, il convient de s'interroger sur l'utilité de l'arrêt lui-même pour les parties. Certes, selon la jurisprudence de la Cour, cette dernière n'a pas à se prononcer si l'objet de la demande a disparu (*Essais nucléaires* (*Australie c. France*), arrêt, *C.I.J. Recueil* 1974, pp. 271-272, §§ 55 et 59). En outre, c'est à la Cour de déterminer si un différend existe à un moment donné, celle-ci considérant l'existence de différend comme faisant partie de limitations inhérentes à l'exercice de sa fonction judiciaire (*Cameroun septentrional* (*Cameroun c. Royaume-Uni*), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1963, p. 29). Or, le constat de l'absence de différend n'est pas l'unique solution que la Cour aurait pu adopter. Nonobstant le changement de position de la Bolivie, les parties maintenaient leur demande d'un jugement déclaratoire de la part de la Cour sur les diverses questions soumises. Un tel jugement serait en mesure d'effacer toute ambivalence par rapport aux questions principales posées par les deux Etats tout en clarifiant des questions secondaires en émergeant.

Ceci est moins le cas avec l'arrêt actuel. Certes, la Cour a constaté un rapprochement des parties sur certains points mais le dispositif ne contient aucune référence aux positions des parties, ce qui met en question le caractère contraignant dudit rapprochement. Si d'autres parties de l'arrêt, au-delà du dispositif, sont susceptibles d'acquérir une qualité de *res judicata* (Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire *du Temple de Préah Vihéar* (*Cambodge c. Thaïlande*), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2013, § 34), cette éventualité contribue moins à la sécurité juridique attendue et souhaitée par un jugement rendu par une juridiction internationale. La Cour a essayé de clarifier ce dernier point en soulignant qu'elle

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

scelle par son interprétation les positions communes des parties (§ 46). Toutefois, il est surprenant que le changement unilatéral de position de la Bolivie, qui a concédé la plus grande partie de l'argumentation du Chili, maintenant pour autant ses demandes envers la Cour, n'a pas eu pour résultat un jugement déclaratoire acceptant les arguments chiliens ou au moins clarifiant les ambivalences qui émergeaient de la position bolivienne.

Par ailleurs, la décision adoptée par la Cour prenant acte de la disparition du différend des deux Etats aurait pu expliciter certains points relatifs à la détermination de l'existence d'un différend. A titre d'exemple, le choix du moment décisif pour l'évaluation de l'existence d'un différend ou le processus d'appréciation des déclarations des parties auraient pu être davantage développés par la Cour à l'occasion de l'arrêt en question, notamment étant donné la pertinence à la fois des déclarations des parties pendant la procédure et des conclusions finales. Or, la Cour s'est contentée de citer sa jurisprudence précédente en la matière sans apporter des précisions sur ces points. Les déclarations et opinions individuelles des juges démontrent clairement les ambivalences qui subsistent, la juge Charlesworth insistant sur le moment de l'introduction de la demande comme le point déterminant de l'existence d'un différend et les liens de cette dernière avec la compétence de la Cour (déclaration de la juge Charlesworth, § 4), alors que le juge Tomka soulignait l'importance des conclusions finales des parties (déclaration du juge Tomka, § 3). En effet, tout en tenant compte des déclarations orales et écrites des parties pendant la procédure, la Cour n'a pas expliqué les raisons pour lesquelles lesdites déclarations seraient suffisantes ou plus pertinentes que l'introduction et surtout le maintien jusqu'à la fin d'une demande concrète par l'une des parties.

Par ailleurs, à plusieurs reprises, la Cour a identifié un accord entre les deux parties sans pour autant que le contenu dudit accord soit suffisamment établi ou clarifié par le comportement des parties et sans présenter le raisonnement menant à cette conclusion. Ceci est d'autant plus problématique que les parties insistaient sur la divergence entre leurs points de vue respectifs et que ladite divergence n'avait pas été écartée. La première conclusion du Chili est l'exemple le plus représentatif, la Cour s'abstenant de répondre à la question du caractère coutumier de l'article 2 et à celle de l'existence du caractère unique de l'écoulement artificiel quant à l'application du droit coutumier, considérant que l'acceptation de la part de la Bolivie de l'application du droit coutumier en général était suffisante pour mettre fin au différend sans que les deux questions susmentionnées ne soient traitées. Or, en l'absence d'une réponse à ces questions, le contenu de l'accord auquel sont supposées être arrivées les deux parties semble moins clair. Un deuxième exemple est la réponse de la Cour à la remise en question de sa compétence par le Chili par rapport à la première demande reconventionnelle de la Bolivie (§ 39). La Cour a choisi d'interpréter une lettre du Chili acceptant la recevabilité des demandes reconventionnelles de la Bolivie comme raison suffisante pour neutraliser l'opposition chilienne quant à sa compétence (§§ 133-134).

Contrairement aux demandes susmentionnées des deux parties, la Cour a constaté l'existence d'un différend et a statué sur le fond eu égard à la dernière conclusion du Chili portant sur l'obligation coutumière de la Bolivie de notification et de consultation pour les mesures qui pourraient avoir un impact préjudiciable sur le système hydrographique du Silala. Ainsi, le second point d'intérêt majeur de cet arrêt est plus technique et concerne l'interprétation de l'article 12 de la Convention de 1997. En premier lieu, la Cour a réaffirmé les obligations substantielles en vertu du droit coutumier à l'égard du cours d'eau

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

international qu'est le Silala, soulignant en parallèle l'importance des obligations procédurales qui s'y attachent, mais aussi la divergence du point de vue des parties quant à la portée de ces dernières. La Cour a constaté que l'article 11 de la Convention de 1997 ne reflétait pas le droit coutumier, la Bolivie n'étant pas, de ce fait, obligée d'échanger avec le Chili concernant toute mesure projetée, susceptible d'avoir des effets sur le cours d'eau international (§ 111).

En revanche, pour ce qui est de l'article 12 portant sur l'obligation de notifier les autres Etats du cours d'eau en cas d'effets négatifs significatifs issus d'une mesure prise par l'Etat en question, les parties en acceptaient le caractère coutumier, mais étaient en désaccord par rapport à la portée de l'obligation coutumière qu'elle reflétait. Il s'agissait d'une question plus complexe pour la Cour compte tenu du seuil inférieur sous-entendu par la formulation de l'article 12 par rapport à la jurisprudence de la Cour elle-même en la matière (Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (*Costa Rica c. Nicaragua*) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (*Nicaragua c. Costa Rica*), arrêt, *C.I.J. Recueil* 2015 (II), p. 707, § 104). La Cour a pour autant accepté que la formulation de la Convention portant sur des « effets négatifs significatifs pour le cours d'eau » n'impliquait pas un seuil inférieur à celui du « risque de dommage transfrontière important » de sa propre jurisprudence (§ 117), avant de constater que la Bolivie n'avait pas enfreint ses obligations à cet égard (§ 128). Tout en fondant son argumentation sur l'élément commun aux deux formulations d'effets préjudiciables d'une certaine ampleur, la Cour a choisi de ne pas prendre en compte le commentaire de la Commission du droit international qui notait que le seuil de ce critère était censé être inférieur aux « dommages significatifs » d'autres dispositions. Pourtant, l'association des deux termes effectuée par la Cour risque de priver l'article 12 de son seuil inférieur qui est plus bénéfique pour la protection des cours d'eau internationaux.

La constatation de l'absence partielle de différend et la solution à l'égard de la seule cinquième conclusion du Chili adoptée par la Cour font preuve d'une volonté de la part de celle-ci d'arriver à un compromis en écartant comme secondaires des questions plus complexes à traiter. Sur le plan politique, l'arrêt s'avère être une réussite, les deux pays réservant un accueil chaleureux à son égard. En effet, un tel accueil n'aurait pas été évident de la part d'au moins l'une des parties en cas de jugement déclaratoire décidant à l'encontre de ses positions. Ainsi, le rôle de la Cour comme organe assurant le règlement pacifique des différends est réaffirmé par l'arrêt en question, qui scelle le rapprochement certain auquel sont parvenus indéniablement les parties au cours de la procédure. En revanche, sur le plan juridique, l'arrêt laisse un certain nombre de questions sans réponse permettant une critique de l'approche timide ou même évasive de la Cour aux questions qui lui ont été posées. Dans la mesure où la Cour, selon sa propre jurisprudence, ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets que lui sont présentés impliquant un différend réel (Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (*Nicaragua c. Colombie*), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2016 (I), p. 138, § 123), une interprétation restrictive de ce dernier à la lumière des conflits d'intérêts juridiques entre les Etats ne contribuera pas à l'efficacité ou à l'homogénéisation du droit international.

STEFANOS GAKIS

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

B. DROIT DE L'OMC

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE. ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Décision des Arbitres du 21 décembre 2022, Colombie – *Droits antidumping sur les frites congelées en provenance d'Allemagne, de Belgique et des Pays-Bas* (DS591)

Blocage de l'Organe d'appel – AMPA – procédure arbitrale d'appel – article 25 du Mémorandum d'accord – rationalisation des procédures – délais – dumping – Accord antidumping – ouverture de l'enquête – renseignements sur les prix de vente – marché intérieur/marché d'un pays tiers – expression « le cas échéant » – interprétation des traités – Convention de Vienne sur le droit des traités – effet utile – interprétation admissible – rôle des groupes spéciaux – absence d'examen de novo

Après l'affaire *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)* (aff. DS583, voir cette Chronique, *Revue,* 2022-3, pp. 572-576, nos obs.), l'affaire *Colombie – Frites congelées* est la deuxième mettant en œuvre l'« Arrangement multipartite concernant une procédure arbitrale d'appel provisoire conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends » (ci-après « AMPA », doc. JOB/DSB/1/Add.12 du 30 avril 2020, voir « Chronique des faits internationaux », *Revue*, 2020/3-4.53, pp. 619-622, nos obs.) adopté dans le cadre de la crise persistante due au blocage de la nomination des membres de l'Organe d'appel par les Etats-Unis. Depuis bientôt trois ans, la décision de recourir à cette procédure alternative d'appel a été prise, sans avoir été finalement mise en œuvre, dans un petit nombre d'autres différends : ceux opposant le Brésil et le Canada (aff. DS522), le Mexique et le Costa Rica (aff. DS524), l'Australie et le Canada (aff. DS537), le Canada et la Chine (aff. DS589), l'Australie et la Chine (aff. DS598, DS602 et DS603) et la Turquie et l'Union européenne (aff. DS595), autant de Membres favorables à l'initiative portée par l'Union européenne (UE) permettant de conserver un double degré de juridiction. Si les Etats-Unis et l'UE ont également décidé de recourir à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord dans l'affaire *UE – Droits additionnels (EU)* (DS559), ce n'était pas dans le cadre de l'AMPA, les Etats-Unis y étant farouchement opposés, mais pour soumettre le différend qu'ils avaient retiré à la compétence d'un groupe spécial précédemment constitué.

La présente décision de l'Arbitre illustre les progrès accomplis pour rationaliser les procédures de règlement des différends de l'OMC afin de les tenir dans des délais convenables. Elle pourrait servir pour les réflexions sur les réformes à venir, voire constituer un précédent. Elle a en effet été rendue en seulement neuf semaines, délai record inférieur à la limite imposée de 90 jours à partir de la notification d'appel, intervenue ici le 10 octobre 2022. Un tel défi n'a néanmoins été relevé qu'avec l'implication forte de toutes les parties prenantes, les arbitres eux-mêmes mais surtout les parties en cause, en particulier l'appelante dont les « efforts faits » sont expressément salués dans la décision (doc. WT/DS591/ARB25 du 21 décembre 2022, § 4.2).

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC n'a de sens que s'il permet de trancher rapidement les litiges opposant les Membres, comme le signale pertinemment le Mémorandum d'accord (art. 3, paragraphe 3). « Elément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » (*ibid.*, art. 3, paragraphe 2), ce mécanisme original a en effet pour seul objectif le retrait des mesures incompatibles avec les

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

accords, dans le but de préserver les droits et obligations des Membres et de garantir le bon fonctionnement du cadre posé pour les échanges internationaux de marchandises et de services. Il n'a ni pour objet ni pour effet de réparer les dommages causés par une violation des engagements pris. Ainsi est-il dans l'intérêt de tous, en particulier du système multilatéral lui-même, que le retrait d'une mesure compromettant les avantages résultant des accords prenne fin le plus rapidement possible, ce qui était loin d'être le cas jusqu'à présent.

Au total, l'affaire fut tout de même jugée en trois ans depuis la demande de consultations présentée par l'UE à la Colombie en novembre 2019 alors qu'idéalement, le Mémorandum d'accord vise un règlement en neuf mois à compter de l'établissement du groupe spécial. Vingt-cinq mois furent ici nécessaires au panel – à compter de sa composition, non pas de son établissement, étape antérieure – pour remettre son rapport. Des « efforts » avaient pourtant été entrepris dès ce stade de la procédure, par le groupe spécial principalement, qui s'était retenu de toutes « constatations additionnelles » lorsque la violation d'un article était déjà constatée sur le fondement d'un premier argument soulevé, « pour arriver à une solution positive du présent différend », se justifie-t-il dans ses conclusions, reprenant les termes employés, entre autres, dans le Mémorandum d'accord (art. 3, paragraphe 7). En l'espèce, le rapport du groupe spécial tient d'ailleurs en une taille raisonnable d'une centaine des pages (voir le rapport annexé à la notification d'appel, doc. WT/DS591/7 du 10 octobre 2022).

S'agissant de la procédure d'appel, il était primordial pour la crédibilité et la postérité du nouveau mécanisme proposé que la décision soit rendue en temps et en heure. Pour ce faire, des moyens importants ont été déployés par les arbitres et les parties. Sur le fondement des paragraphes 12 et 13 des « procédures convenues pour l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends » adoptées par l'UE et la Colombie (WT/DS591/3/Rev.1 du 22 avril 2021), les arbitres ont transmis des « directives » dès le 19 septembre, c'est-à-dire avant même la notification officielle de l'appel, concernant la longueur des communications écrites, le nombre et la durée des audiences ainsi que la langue de la procédure qui ne s'est tenue qu'en anglais (voir les « procédures additionnelles pour l'arbitrage », WT/DS591/ARB25/Add.1, annexe A-2). En outre, « les parties ont été encouragées à être sélectives pour ce qui était du nombre d'allégations qu'elles présentaient en appel » (décision préc., § 4.2). En particulier, elles ont été invitées « à s'abstenir de formuler des allégations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord » (décision préc., § 4.2). Cette ultime mesure n'avait pas été mise en œuvre dans la première affaire AMPA (voir *Turquie – Produits pharmaceutiques* préc.). Elle consiste pour l'appelant à ne pas contester l'« évaluation objective de la question » par le groupe spécial, « y compris [l']évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions ». Les allégations fondées sur l'article 11 du Mémorandum d'accord représentent souvent un moyen détourné pour soumettre à l'Organe d'appel l'examen des faits alors qu'il n'est compétent que pour les questions de droit.

Une seule audience s'est tenue sur deux jours en présentiel avec les parties et les tierces parties, préparée au cours de deux « conférences préparatoires » tenue à distance exclusivement consacrées à la délimitation des points à examiner en appel. Ces réunions, expliquent les arbitres, ont permis de les « aider à identifier les questions devant être traitées à l'audience, et [d']éviter les questions qui ne relevaient pas de [leur] mandat, qui

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

n'étaient pas nécessaires à la résolution du présent différend, ou qui n'étaient pas contestées entre les parties » (décision préc., § 1.11).

C'est ainsi aux prix d'efforts de forme et de fond que la procédure put se tenir dans des délais si courts. L'avenir dira si les Membres de l'OMC sont durablement prêts à les concéder, si l'enjeu de rapidité vaut de telles concessions et si aucune atteinte n'est portée aux principes de bonne administration de la justice.

Sur le fond, l'affaire concernait des droits antidumping imposés par la Colombie sur certains produits congelés à base de pommes de terre originaires d'Allemagne, de Belgique et des Pays-Bas. Des exportateurs européens étaient accusés d'avoir introduit ces produits sur le marché colombien à un prix inférieur à leur valeur normale. L'Union européenne contestait le respect de nombreuses dispositions de l'Accord antidumping venant compléter l'article VI du GATT qui condamne le dumping sans l'interdire, cette pratique étant le fait d'entreprises, non pas des Membres eux-mêmes ; les règles du GATT se limitent à encadrer les conditions d'adoption des mesures de défense qu'un Membre peut souhaiter prendre pour éviter les dommages susceptibles d'être causés aux producteurs nationaux de produits similaires. En l'espèce, l'UE ne convainquit pas du bien-fondé de toutes ses allégations, mais elle obtint des constatations d'incompatibilité s'agissant de plusieurs aspects de la procédure ayant conduit à l'adoption des droits supplémentaires : relatifs aux conditions d'ouverture de l'enquête, au traitement des renseignements confidentiels, ainsi qu'aux éléments de preuve utilisés pour démontrer l'existence du dumping, du dommage et du lien de causalité.

En appel, les arguments de la Colombie ont été réduits à quatre allégations relatives aux articles 5.2 iii) et 5.3 de l'Accord antidumping, 6.5 du même accord, 6:2 du Mémorandum d'accord et 3.1, 3.2, 3.4 et 3.5 de l'Accord antidumping. Seule la première allégation est infirmée par les arbitres d'appel. Le débat portait sur l'interprétation de l'expression « le cas échéant » (« *where appropriate* »). L'article 5 de l'Accord antidumping énumère en effet les renseignements à fournir par la branche de production nationale ou en son nom à l'appui de la plainte en vue de l'ouverture d'une enquête, en requérant notamment la communication de « renseignements sur les prix auxquels le produit en question est vendu pour être mis à la consommation sur le marché intérieur du ou des pays d'origine ou d'exportation (ou, *le cas échéant*, des renseignements sur les prix auxquels le produit est vendu à partir du ou des pays d'origine ou d'exportation à un ou plusieurs pays tiers, ou sur la valeur construite du produit) (…) » (art. 5.2 iii) souligné par nous). Selon l'UE, les éléments rapportés par la Fédération colombienne des producteurs de pommes de terre (FEDEPAPA) étaient insuffisants pour justifier l'ouverture d'une enquête par le MinCIT, l'autorité colombienne compétente. En particulier, pour reconstituer la valeur normale du produit et établir ainsi la marge de dumping, la plaignante, et par la suite les autorités chargées de l'enquête, s'étaient exclusivement appuyées sur le prix des frites litigieuses sur le marché d'un pays tiers, le Royaume-Uni en l'espèce (tiers avant même le Brexit, le marché national des Etats membres de l'UE constituant le marché de référence dans le cas d'espèce, non pas le marché intérieur européen dans sa totalité), alors que d'après l'UE, les prix sur le marché d'origine auraient dû être privilégiés : « [s]oulignant l'emploi de l'expression "le cas échéant" à l'article 5.2 iii), elle fait valoir que le recours aux prix de vente dans des pays tiers devrait "avoir lieu uniquement dans les cas où des renseignements sur le prix des ventes sur le marché intérieur du ou des pays d'origine ne peuvent pas raisonnablement être à la disposition du

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

requérant, ou dans les cas où, conformément [à] l'article 2.2 et 2.2.1 de l'Accord antidumping, l'autorité chargée de l'enquête détermine que les ventes sur le marché intérieur du pays exportateur ne permettent pas une comparaison valable avec le prix à l'exportation", comme dans les cas "où aucune vente intérieure de ce type n'a lieu au cours d'opérations commerciales normales, où ces ventes ne sont pas représentatives ou, pour d'autres raisons, où une comparaison valable n'est pas possible" » (rapport du groupe spécial préc., § 7.60, citant les arguments présentés par l'UE). D'après la Colombie, l'expression « le cas échéant » accordait au contraire un « libre choix total » aux autorités compétentes pour utiliser les données qu'elles jugeaient pertinentes.

Le groupe spécial donna raison à l'UE, considérant qu'une explication aurait dû être fournie sur le caractère « adapté » ou « approprié » de l'utilisation des prix de vente à un pays tiers plutôt que celle des prix intérieurs, ce que les arbitres d'appel confirment sur le principe. Se référant aux règles d'interprétation codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, ils estiment « comme le Groupe spécial que l'interprétation par la Colombie de l'expression "le cas échéant" comme accordant au requérant un "libre choix" dans la sélection des prix représentant la valeur normale "priverait de tout effet le sens ou l'emplacement de l'expression "le cas échéant", ce qui serait contraire au principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités" » (décision préc. § 4.22). Ainsi, « l'examen par l'autorité du caractère suffisant des éléments de preuve au titre de l'article 5.3 "requiert, à tout le moins, l'exercice d'un jugement quant au caractère adapté ou approprié de l'utilisation des prix de vente à un pays tiers, au lieu des prix de vente intérieurs, dans la situation spécifique dont elle est saisie" (*ibid.*, § 4.30, citant le rapport du groupe spécial, § 7.70). Les arbitres jugent en revanche trop stricte l'application du critère dégagé par le groupe spécial en l'espèce : « nous n'estimons pas que l'évaluation du "caractère approprié" exigeait la fourniture ou l'examen d'une explication additionnelle concernant *les raisons pour lesquelles* les prix de vente intérieurs n'avaient *pas* été utilisés » (§ 4.31). Les arbitres se satisfont du constat que la plaignante dans la procédure interne d'enquête avait expliqué qu'il n'avait pas eu accès aux renseignements qui lui auraient permis de présenter les prix sur les marchés intérieurs et que le Royaume-Uni et les pays d'exportation concernés appartenant au même marché commun, les prix présentés étaient certainement proches des prix de vente intérieurs. En conséquence, « la demande contenait un fondement approprié qui aurait permis au MinCIT d'examiner le "caractère approprié" et le "caractère suffisant" de ces prix à l'exportation parce que les renseignements étaient axés sur la valeur probante de ces prix par rapport aux prix de vente intérieurs » (*ibid.*, § 4.28). Les arbitres infirment donc la constatation du groupe spécial et constate que la Colombie n'avait pas agi, sur ce point, de manière incompatible avec l'accord antidumping. Les autres reproches adressés par le groupe spécial ont en revanche été confirmés (voir décision préc., pt 4.3 et s.).

Pour finir, il faut rappeler l'originalité de la mission des groupes spéciaux dans l'hypothèse d'un contentieux sur des droits antidumping. Comme les arbitres le signalent dès l'abord de leur décision, les groupes spéciaux interviennent dans ce type de contentieux alors qu'une enquête ayant conduit à l'adoption de droits antidumping a précédemment été menée dans l'ordre interne. Les groupes spéciaux n'ont pas pour mission de refaire cette enquête ; ils n'ont pas à rechercher de nouveau l'existence d'un dumping, d'un dommage et du lien de causalité. Conformément à l'article 17.6 de l'Accord antidumping, ils doivent seulement s'assurer que l'enquête a été conduite de manière

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

correcte, impartiale et objective : « i) dans son évaluation des faits de la cause, le groupe spécial déterminera si l'établissement des faits par les autorités était correct et si leur évaluation de ces faits était impartiale et objective. Si l'établissement des faits était correct et que l'évaluation était impartiale et objective, même si le groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, l'évaluation ne sera pas infirmée ; ii) le groupe spécial interprétera les dispositions pertinentes de l'Accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Dans les cas où le groupe spécial constatera qu'une disposition pertinente de l'Accord se prête à plus d'une interprétation admissible, le groupe spécial constatera que la mesure prise par les autorités est conforme à l'Accord si elle repose sur l'une de ces interprétations admissibles ». En d'autres termes, il s'agit d'un contentieux du droit antidumping, non pas du dumping lui-même. Cette caractéristique devrait à elle-seule conduire à un traitement rapide des affaires relatives à de tels droits, aucun examen *de novo* ne devant être conduit. Il est heureux que les arbitres aient insisté sur ce point.

CLAIRE CRÉPET-DAIGREMONT

II. CONTENTIEUX TRANSÉTATIQUE

A. DROITS DE L'HOMME

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
Arrêt (Grande Chambre) du 3 novembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Royaume-Uni*, req. n°22854/20

Extradition – réclusion à perpétuité – peine incompressible – absence de possibilité de libération conditionnelle – obligation positive – similarité des obligations positives en droit interne et en cas d'extradition – garanties procédurales – revirement de jurisprudence – interprétation restrictive – preuve d'un risque réel en cas d'extradition

Le requérant, ressortissant mexicain, se plaint devant la Cour de la possible violation de l'article 3 par le Royaume-Uni en cas d'extradition vers les Etats-Unis où il est condamné pour des faits de trafic de drogue. Cette extradition l'exposerait en effet à l'imposition d'une peine de prison à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle contraire à la Convention depuis l'arrêt *Vinter et al* (CourEDH (Grande Chambre), arrêt du 9 juillet 2013, req. n^{os}66069/09 et 2 autres). Au soutien de son argumentation, il invoque notamment l'arrêt *Trabelsi c. Belgique* qui en faisait application dans une affaire d'extradition et que le gouvernement considère comme un revirement inexpliqué en la matière. Consciente de la nécessité de clarifier la jurisprudence antérieure la Chambre à laquelle l'affaire avait été initialement attribuée s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre. La Cour est donc amenée d'une part à déterminer la similarité ou au contraire la différence des obligations qui pèsent sur les Hautes Parties contractantes selon que la peine sera exécutée sur leur territoire où sur celui d'un Etat tiers et d'autre part à se prononcer sur le maintien ou la modification de la solution retenue en 2014.

D'abord, dans l'optique de clarification de la jurisprudence qu'il s'est fixé, l'arrêt résume les principes généraux applicables aux peines d'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle dans le contexte interne. A cet égard, la Grande Chambre retrace l'évolution depuis l'affaire *Kafkaris c. Chypre* (CourEDH (Grande Chambre), arrêt du 12 février 2008, req. n° 21906/04) dans lequel elle avait admis que ce

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

type de peine pouvait poser question sous l'angle de l'article 3. A ses yeux, dès lors qu'existait une possibilité de libération anticipée, même relevant du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, les exigences conventionnelles étaient satisfaites. Dans ce contexte, l'arrêt *Vinter* rendu en 2013 représente un revirement important puisque la Cour conditionne la compatibilité à l'article 3 des peines à perpétuité à l'existence d'un mécanisme de réexamen. Elle y ajoute dans l'arrêt *Murray c. Pays-Bas* (CourEDH (Grande Chambre), arrêt du 26 avril 2016, req. n°10511/10) des garanties, notamment procédurales, relatives à l'effectivité du mécanisme.

Ensuite, la Grande Chambre s'attèle à la clarification des principes généraux concernant les peines d'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle dans le contexte de l'extradition, objet de l'affaire. L'enjeu souligné par l'Etat défendeur est celui de savoir si les obligations des Etats au titre de l'article 3 sont de même nature et de même portée lorsque le traitement en cause est infligé par un autre Etat, donc hors de leur juridiction, lui-même à l'origine de la condamnation. Il s'agit ici pour la Cour de déterminer où placer le curseur de la responsabilité étatique entre l'obligation de coopérer en matière pénale et l'obligation de respecter le caractère absolu de l'article 3, y compris hors de la juridiction territoriale de l'Etat. Rappelant à titre liminaire le principe du non-refoulement en cas de risque dans le pays de destination, elle confirme toutefois que la Convention ne saurait régir les actes d'Etat tiers ni leur être imposée (§ 85). Elle avait admis la dans l'affaire *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni* (CourEDH, arrêt du 17 janvier 2012, req. n°9146/07 et 32650/07) qu'une extradition en cas d'imposition éventuelle d'une peine perpétuelle incompressible serait contraire à l'article 3 si le requérant parvenait à prouver qu'elle était nettement disproportionnée ou que le maintien en détention ne pouvait plus se justifier. La position retenue en matière d'extradition était donc initialement plus indulgente vis-à-vis des Etats. Pourtant, en 2014 la Cour durcit le ton dans l'arrêt *Trabelsi* déjà évoqué dans lequel elle transpose les critères établis dans l'arrêt *Vinter* aux affaires d'extradition. Dix ans plus tard, la juridiction européenne semble réaliser son erreur et affirme que « *Vinter et autres* n'était pas une affaire d'extradition. Cette distinction est importante » (§ 91). Elle s'emploie dès lors à distinguer les deux situations pour, logiquement, distinguer les obligations qui y règnent. Elle affirme alors que les situations internes requièrent à la fois une obligation matérielle de veiller à ce que la peine ne soit pas incompatible avec l'article 3, et des garanties procédurales, notamment entourant le réexamen. Or, ces dernières ne sont précisément pas transposables dans les situations d'extradition puisque l'Etat contractant n'en a plus la maitrise. Ainsi, elle écarte sans plus de ménagement l'arrêt *Trabelsi* pour créer une « approche modulée » pour l'extradition (§ 95). A ce titre, la première étape de ce nouveau « test Sanchez » exige que le requérant produise des éléments susceptibles de démontrer qu'il existe des raisons sérieuses de penser que sa condamnation l'exposerait à un risque réel d'imposition d'une peine de réclusion à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle. Dans l'affirmative, la seconde étape consistera à transposer les obligations matérielles déjà dégagées par la jurisprudence, c'est-à-dire vérifier l'existence d'une possibilité de réexamen dans l'Etat de destination.

Dans le cas d'espèce, la Cour ne se livre qu'à la première partie de l'analyse, n'étant pas convaincue par les risques allégués par le requérant. Si certains des arguments avancés pour justifier ce revirement s'entendent, notamment quant à la préservation de l'objectif pénologique, mis en péril en cas de refus d'extradition s'il devait conduire à l'absence

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

totale de jugement d'une personne accusée de faits graves, ce type de recul est suffisamment rare pour être souligné. Certes, la doctrine de l'« effet cliquet » ne fait pas autorité en tant que telle à Strasbourg mais il n'en demeure pas moins que tout recul du contenu de la protection des droits interroge quant à l'objectif de développement annoncé au Préambule de la Convention. En définitive, c'est une véritable interprétation involutive que propose le juge européen, assumant le désaveu de sa propre jurisprudence et la réduction des garanties acquises par ce biais qui en découle.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 6 décembre 2022, *Spazov c. Roumanie*, req. n°27122/14

Erreur de droit manifeste – primauté du droit de l'UE – règlement de l'UE – déni de justice – renvoi préjudiciel – politique de pêche commune – article 6 – article 1 P1 – quatrième degré de juridiction

Dans l'affaire *Spazov*, le requérant bulgare, capitaine et propriétaire d'un navire de pêche immatriculé en Bulgarie, avait été arrêté puis condamné pour pêche illicite par les autorités roumaines alors qu'il se trouvait dans la zone économique exclusive de la Roumanie. Selon les autorités, son absence de licence de pêche roumaine ainsi que plusieurs autres éléments le plaçaient en violation de la règlementation roumaine en la matière. Pour le requérant, au contraire, il se trouvait en parfaite conformité avec les règles du droit de l'UE en matière de pêche et détenait un droit à pêcher dans cette zone au titre des quotas accordés à la Bulgarie. Les juridictions nationales, en application systématique du droit interne, avaient confirmé les unes après les autres la condamnation du requérant et les sanctions complémentaires d'ordre pécuniaire qui lui avaient été infligées. En outre, et malgré la demande du requérant en ce sens, elles avaient refusé de saisir la Cour de justice de l'UE (CJUE) d'une question préjudicielle afin d'éclairer les règles applicables en l'espèce. Or, en cours de procédure, la Commission européenne, saisie de l'incident par la Bulgarie avait demandé des explications aux autorités roumaines, puis signalé de graves erreurs d'interprétation et d'application des règles de la politique commune de la pêche et enfin ouvert une procédure d'infraction contre la Roumanie en application de l'article 258 du TFUE sans parvenir à influencer le cours de la procédure contre M. Spazov En revanche, un arrêté ministériel de 2017, autorisant conformément au droit de l'UE les navires de pêches battant pavillon d'un Etat membre à accéder aux eaux roumaines de la Mer Noire, conduit ultérieurement la Commission à clore la procédure d'infraction.

Dans ce contexte, la Cour européenne est d'abord saisie d'une violation alléguée de l'article 6 de la Convention. Selon le requérant, les autorités roumaines auraient dû appliquer le droit de l'Union européenne à sa situation. La Cour rappelle à cet égard qu'elle n'est pas compétente pour connaître des erreurs de fait ou de droit des juridictions internes – puisqu'elle n'est pas un quatrième degré de juridiction – sauf dans la mesure où elles portent atteinte aux droits et libertés et s'analysent alors en un « manque d'équité » (CourEDH (Grande Chambre), *Moreira Ferreira c. Portugal (no 2)*, arrêt du 11 juillet 2017, req. n°19867/12, § 83). Dans pareil cas, la décision de justice interne peut être qualifiée d'arbitraire si la motivation est inexistante ou fondée sur une erreur de droit ou de fait manifeste qui équivaut à un déni de justice. Appliquant ces principes à l'affaire, le juge européen constate que les juridictions roumaines ont appliqué la loi nationale au

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

litige en cause. Il note pourtant que les règles de la politique commune de la pêche sont définies dans un ensemble de « règlements qui sont obligatoires en tous leurs éléments et directement applicables dans les Etats membres » (§ 92). Surtout, la Cour rappelle la primauté du droit de l'Union impliquant que le règlement invoqué par le requérant l'emportait sur le droit interne. La prise de position de la Commission dans le cadre de la procédure interne facilite sans doute son analyse et puisqu'elle ajoute d'ailleurs son « opinion très claire » (§ 97) aux dispositions du règlement lui permettant de constater l'erreur de droit manifeste de la Cour d'appel roumaine, certainement aggravée par le refus de solliciter le renvoi préjudiciel de la question. Ces constats suffisent à constater le déni de justice dont a été victime le requérant et la violation de l'article 6 en raison, *in fine*, du refus des juridictions nationales de respecter la primauté du droit de l'UE. Quant à la violation de l'article 1 du Protocole 1 invoquée en raison de la confiscation d'une partie de la valeur du navire et l'interdiction de pêche, la Cour considère que les faits relèvent effectivement du champ d'application de l'article. Pour ce faire, elle rappelle qu'elle a déjà considéré qu'une licence bien que non retirée mais privée d'effet peut constituer une atteinte au respect des biens (CourEDH (Grande Chambre), *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, arrêt du 7 juin 2012, n°38433/09, §§ 177 et 178). En l'espèce, elle constate que l'atteinte aux intérêts économiques du requérant liés à son activité de pêche ont été atteints, et que cette ingérence, résultant d'une condamnation issue d'une erreur de droit, ne peut être justifiée.

JULIE FERRERO

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Arrêt du 17 janvier 2023 (Grande Chambre), *Fedotova et al. c. Russie*, req. n[os] 40792/10, 30538/14 et 43439/14

Article 8 – interdiction des discrimination – reconnaissance juridique des couples de même sexe – obligation positive – retrait – exclusion – compétence– dialogue des juges– consensus européen– consensus international – marge d'appréciation – intérêt général

L'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire *Fedotova et al.* était attendu tant au regard l'importance sociétale de la question traitée sur le fond et de l'évolution des pratiques nationales et internationales en la matière, que – et surtout – parce qu'il s'agit du premier arrêt rendu contre la Russie depuis l'exclusion de l'Etat du Conseil de l'Europe, qui plus est dans un domaine dans lequel les bras de fer entre Strasbourg et Moscou ont été nombreux.

En premier lieu, la cessation de la participation de la Russie au Conseil de l'Europe prononcée par la résolution CM/Res(2022)2 adoptée le 16 mars 2022 par le Comité des Ministres a pris effet le 16 septembre de la même année. Questionnant les répercussions de cette exclusion sur l'application de la Convention et la juridiction de la Cour, cette dernière a adopté en séance plénière une résolution le 22 mars indiquant que l'Etat russe cesserait d'être une Haute Partie contractante à partir de la même date. A titre liminaire, la juridiction européenne est donc logiquement amenée à examiner sa compétence pour rendre l'arrêt requis postérieurement à cette échéance. En effet, bien que l'Etat défendeur ait lui-même demandé le renvoi de cette affaire – déjà jugée par une chambre dans un arrêt du 17 juillet 2021 – il avait fait savoir que la perte de sa qualité de Partie à la Convention rendait inutile ce nouvel examen. Pour autant, en application stricte de l'article 58 de la Convention, la Cour retient que l'Etat ne se trouve délié de ses obligations après la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

dénonciation du Traité qu'à partir de la prise d'effet de la cessation de sa qualité de membre du Conseil de l'Europe. *A contrario*, il se trouve toujours lié par le texte pour tous les faits accomplis antérieurement à cette date. Par analogie avec la dénonciation, bien que la situation de la Russie relève d'une procédure d'exclusion, la Cour reconnait sa compétence au regard des violations alléguées, commises entre 2010 et 2014. Si la question de l'effectivité de cet arrêt comme des suivants qui pourraient être prononcés à l'encontre de la Russie pour des faits survenus avant le 16 septembre 2022 n'est pas abordée, il règle néanmoins la question de la compétence en offrant une première mise en application de la résolution du 22 mars 2022. Pour autant, cette situation retient l'attention de plusieurs juges dissidents quoiqu'à des égards bien différents. Le juge Wojtyczek, s'insurgeant par ailleurs de l'audace interprétative de la Cour, adopte une position très critique de l'effet de l'arrêt qui n'aurait selon lui « pas de conséquences pratiques » (§ 4.2) et ne devrait pas se voir attribuer une valeur de précédent dans la mesure où les arrêts dirigés contre un Etat non-membre ne sauraient selon lui produire d'effets *erga omnes* sur les autres parties à la Convention. La juge Poláčková conteste quant à elle la composition de la Grande Chambre et fonde sa dissidence sur cette question procédurale. A ses yeux et en application du précédent grec, le juge russe aurait dû être dessaisi de l'affaire puisque l'Etat russe a cessé d'être Partie à la Convention à la date du délibéré. En effet, alors qu'il avait assisté aux audiences relatives à l'affaire *De Wilde Ooms et Versyp c. Belgique*, le juge grec de l'époque n'avait pas pris part à son examen qui intervenait après la prise d'effet du retrait de la Grèce le 31 décembre 1970. En ce sens, la formation de jugement à l'origine de l'arrêt *Fedotova* ne constitue pas, selon elle, un tribunal établi par la loi (§ 13).

En second lieu, l'affaire fournit à la Grande Chambre l'occasion de confirmer l'évolution réalisée par la Chambre dans l'affaire *Oliari c. Italie* en 2015 (CourEDH, arrêt du 21 juillet 2015, req. nos 18766/11 et 36030/11) et d'entériner le franchissement d'une étape supplémentaire dans la protection de l'orientation sexuelle et des droits des couples de même sexe. En l'espèce, plusieurs requérants se plaignaient de l'impossibilité d'obtenir une reconnaissance et la protection juridique de leur relation de couple en Russie en violation, selon eux, de l'article 8. Le gouvernement considérait que la chambre avait retenu une interprétation trop large de l'article 8 et qu'il s'agissait en l'espèce d'une question de droit au mariage relevant de l'article 12, dont la Cour a établi qu'il n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (CourEDH (Grande Chambre), *Hämäläinen c. Finlande*, req. n°37359/09, § 71). La Grande Chambre confirme toutefois l'analyse de l'affaire à l'aune de l'article 8, tant sous son volet « vie privée » que dans son volet « vie familiale ». Visiblement soucieuse de clarifier et d'unifier la jurisprudence en la matière, construite pas à pas par différentes formations jugement, la Cour opère un rappel général de l'évolution de la protection due aux personnes homosexuelles sous l'angle de l'article 8, depuis l'interdiction de la criminalisation puis de la discrimination jusqu'à la protection du couple puis de la famille (§§ 155-156). A ce titre, la reconnaissance juridique des couples de même sexe a donné lieu à une importante série de décisions constatant des évolutions sociétales constantes jusqu'à l'arrêt *Oliari et al. c. Italie* affirmant l'existence d'une obligation positive au titre de l'article 8 d'offrir à ces couples un cadre juridique garantissant la reconnaissance et la protection de leurs relations en droit interne. Malgré l'ancrage de cette jurisprudence, confirmée par l'arrêt *Orlandi* (CourEDH, arrêt du 14 décembre 2017, req. n^{os} 26431/12 et 3 autres ; voir cette Chronique, *Revue*, 2018-1, p. 517, nos obs.), la Grande Chambre s'emploie à justifier cette prise de position à partir du consensus national et international en la matière au jour de l'arrêt.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

A cette fin, elle rappelle que la Convention doit faire l'objet d'une interprétation évolutive pour maintenir l'effectivité des droits protégés ce qui peut conduire à de nouvelles exigences vis-à-vis des Etats. Son plaidoyer pour la légitimité de l'interprétation à la lumière des conditions de vie actuelles, pourtant constante depuis 1978 et l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* (CourEDH, arrêt du 25 avril 1978, req. n°5856/72) vise à justifier que « ce qui pouvait passer pour 'licite et normal' au moment où la Convention fut rédigée, peut s'avérer par la suite incompatible avec celle-ci » (§ 170) en réponse à l'argument du défendeur selon lequel le droit revendiqué n'est pas protégé par le texte. Or, la Cour rapporte l'observation d'une « tendance continue en faveur de la reconnaissance et de la protection juridiques des couples de même sexe au sein des Etats parties » (§ 171), confirmée aujourd'hui par une majorité de 30 Etats parties. Si elle se borne à designer une « tendance nette » et se refuse à y voir un consensus européen formel, elle en renforce la valeur normative en y ajoutant « les positions convergentes de plusieurs organes internationaux » (§ 176). Elle offre alors au lecteur un cas d'école du décloisonnement interprétatif (Voir L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context – la justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, pp. 247 et ss.), qu'elle pratique de longue date en s'inspirant d'abord de la pratique des autres organes du Conseil de l'Europe puis des développements internationaux survenus principalement au sein du système onusien et, enfin, de l'avis consultatif rendu par la Cour interaméricaine en 2017 (CourIDH, *Identité de genre, l'égalité et la non-discrimination des couples de même sexe*, avis consultatif du 24 novembre 2017, OC-24 /17). Ce double consensus semble alors justifier la confirmation de sa propre jurisprudence imposant l'obligation positive de reconnaissance juridique des couples de même sexe. La Grande Chambre poursuit son entreprise de légitimation en examinant l'étendue de la marge d'appréciation des Etats en la matière, en réponse à l'argument russe de la protection de l'opinion de la société russe. Elle rappelle qu'à propos d'aspects essentiels ou particulièrement importants de l'identité de l'individu, la marge d'appréciation est réduite, alors qu'elle s'accroît en l'absence de consensus européen. Or, la question de la reconnaissance juridique du couple relève selon elle de l'identité personnelle et sociale. En outre, bien qu'elle s'abstienne encore de formuler l'existence d'un consensus, probablement faute d'unanimité sur le sujet, elle considère que la « tendance nette et continue » (§ 186) déjà évoquée suffit à réduire la marge de manœuvre étatique s'agissant de l'octroi d'une possibilité de reconnaissance et de protection juridique aux couples de même sexe. En revanche, cette marge d'appréciation reste étendue concernant les modalités d'application de l'obligation positive, laissant aux Etats le choix des modalités du régime juridique à accorder. Ce dernier bastion de liberté permet *in fine* à certains Etats de continuer à refuser l'ouverture du mariage pour tous sans risque de condamnation future, du moins tant qu'un consensus suffisamment solide n'aura pas vu le jour à cet égard.

A partir de ces considérations, la Cour constate que la Russie n'a pas respecté les obligations que lui impose l'article 8 en refusant toute forme de reconnaissance juridique aux couples formés par les requérants. Quant à la justification éventuelle de cette ingérence, elle écarte les arguments du défendeurs liés à la protection de la famille traditionnelle, au sentiment majoritaire de l'opinion publique russe et « à la protection des mineurs contre la promotion de l'homosexualité » avec patience et diplomatie. Elle conclut logiquement, quoiqu'avec beaucoup de précaution, qu'aucun motif d'intérêt général ne saurait prévaloir sur l'intérêt des requérants à obtenir la reconnaissance juridique de leur vie de couple et que cette situation viole l'article 8 de la Convention conformément à l'arrêt de la Chambre.

JULIE FERRERO

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

Décision du 9 décembre 2022, *Jean-Claude Rudurura c. Suède*, com. n°3706/2020

Asile – évaluation des risques – article 6 – article 7 – non refoulement – arbitraire – déni de justice – critères cumulatifs – erreur d'appréciation des juridictions internes – crédibilité –

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies emboite le pas des juridictions régionales et confirme sa capacité d'immixtion dans l'évaluation des risques en cas d'expulsion d'un étranger vers un Etat tiers réalisée par les juridictions nationales. L'auteur de la communication, ressortissant burundais, reproche à la Suède le rejet de sa demande d'asile et la décision d'éloignement prise à son encontre. Il allègue qu'un tel retour l'exposerait à des risques considérables liés à son statut d'ancien superviseur principal de santé de sa région. Il aurait en effet, dans l'exercice de ses fonctions, été contraint de falsifier des rapports de décès pour dissimuler des meurtres et aurait révélé des informations à ce propos à un journaliste, s'exposant par conséquent à des représailles. Il aurait appris après son arrivée en Europe l'émission d'un mandat d'arrêt à son encontre et d'accusations de participation à un mouvement insurrectionnel. L'office des migration suédois rejette sa demande faute de crédibilité des évènements rapportés bien qu'il reconnaisse la fragilité de la situation générale au Burundi, ce que confirme la Cour d'appel des migrations ainsi que l'expulsion à venir du demandeur.

Si, comme juridictions régionales, le Comité des droits de l'homme ne manque pas de rappeler qu'il n'est pas compétent pour se substituer à aux juridictions internes dans l'évaluation des faits et des preuves d'une affaire donnée, il ne s'empêche pas, comme elles, de s'y livrer s'il estime que l'appréciation a été arbitraire ou entachée d'erreur manifeste ou qu'elle équivaut à un déni de justice (§ 8.7). L'organe quasi-juridictionnel des Nations Unies rappelle dans un premier temps les principes posés dans son Observation Générale n°31(2004) à propos de l'interdiction d'extrader, de déplacer ou d'expulser un individu en cas de risque de préjudice irréparable lié aux article 6 et 7 du Pacte, insérant l'obligation de non-refoulement dans le champ de la protection offerte par le PIDCP. Or, l'évaluation des risques exigée dans ce cas de figure implique la prise en considération de « tous les faits et circonstances pertinents », ce incluant logiquement la situation des droits de l'homme dans l'Etat de retour. Ce cadre analytique posé, le Comité se tourne vers l'analyse opérée par les institutions suédoises. Sans contredire le degré de crédit accordé à chaque argument avancé par le demandeur, ni considérer que les autorités nationales ont omis de prendre en considération un ou plusieurs éléments, il considère que la méthode appliquée n'est pas adéquate. En effet, il existait bien selon lui un risque de préjudice irréparable s'opposant au retour du requérant qui découlait non pas uniquement du risque de persécution individuelle qu'il encourrait ou de la situation générale mais de la conjonction de ses facteurs pris collectivement. Le Comité reproche ainsi à l'Etat d'avoir « apprécié séparément les différents arguments avancés à l'appui de la demande de protection » (§ 8.8). Or, la multiplication des facteurs de vulnérabilité exacerbe les risques encourus au point d'atteindre le seuil de gravité interdisant l'éloignement au nom des articles 6 et 7 du Pacte. Ces facteurs, dans le cas du demandeur, sont constitués des craintes personnelles dont il fait état en raison de son passé professionnel mais également de la situation dans le pays et, surtout, de son appartenance à l'ethnie tutsie encore persécutée au Burundi. L'erreur méthodologique des autorités nationales, qui pourrait passer pour une erreur d'appréciation, est même constitutive d'une appréciation arbitraire aux yeux du

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Comité (§ 8.9), de telle sorte que l'expulsion constituerait une violation du Pacte. Loin de son pouvoir initial de recommandation non obligatoire, l'organe confirme une fois encore le tournant juridictionnel qu'il a amorcé (voir par ex. CDH, *Denzil Roberts c. Barbade*, 19 juillet 1994, com. n°504/1992) et ne s'interdit pas d'approfondir ses exigences envers les Etats parties au PIDCP au point de s'immiscer dans le processus décisionnel des juridictions nationales.

Néanmoins, l'approche holistique qu'il impose de l'évaluation des risques en cas d'éloignement n'est pas sans limites et le risque total généré par les facteurs de vulnérabilité cumulés doit visiblement atteindre un certain seuil pour constituer un risque de préjudice irréparable. En effet, dans une décision rendue la veille dans une affaire *C.C.N. c. Suède* (CDH, 8 décembre 2022, com. n°3701/2020) à propos également d'un demandeur d'asile burundais débouté et risquant l'expulsion, le Comité a conclu à l'irrecevabilité de la demande, jugée insuffisamment étayée. Si le facteur de risque issu de la situation générale dans le pays était équivalent, le demandeur ne présentait pas de vulnérabilité en raison de son appartenance ethnique et, par ailleurs, les craintes personnelles de persécution qu'il alléguait ont semblé moins crédibles à l'organe conventionnel.

JULIE FERRERO

B. DROIT DES INVESTISSEMENTS

TRIBUNAL ARBITRAL CIRDI

Sentence fondée sur l'article 43(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI du 28 novembre 2022, *Amir Masood Taheri v. United Arab Emirates* (ARB/21/19)

(J. Fernandez-Armesto, président ; K. Richter, R. Vinuesa, membres)

Tiers financeur – sentence d'accord-parties

La sentence rendue par un tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire opposant Amir Masood Taheri aux Emirats arabes unis présente un incontestable intérêt en matière de procédure arbitrale internationale. Le différend oppose un ressortissant irano-suédois, investisseur aux Emirats arabes unis qui, à la suite du non-renouvellement de son titre de séjour en 2011 sur le territoire de cet Etat, estime subir un préjudice important pour ses activités et demande, par la voie d'un arbitrage un peu plus de 110 millions de dollars. Au-delà de ce contexte factuel qui n'est pas sans rappeler celui de l'affaire *Diallo* devant la Cour internationale de Justice (CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, 3 arrêts rendus entre 2007 et 2012), l'affaire est caractérisée par la présence d'un tiers financeur.

Cette pratique consiste à faire financer tout ou partie des frais de la procédure par un tiers qui sera rémunéré en recevant un pourcentage de l'éventuelle réparation obtenue dans le cadre de celle-ci. Dans le contentieux de l'investissement, la pratique s'est développée sans être, à l'origine, encadrée. Il n'est pas exclu que de tels mécanismes aient été mis en œuvre dans des contentieux d'investissement sans qu'aucune information sur ce point ait été donnée au centre d'arbitrage, au tribunal ou à l'autre partie. On comprendra aisément que cela puisse générer des tensions dans la mesure où le financement par un tiers peut créer des situations de conflit d'intérêts ou des difficultés en matière de confidentialité. Le besoin de réglementation apparaissait une nécessité. Ainsi, une note d'orientation de la CCI concernant la divulgation des conflits par les arbitres prévoit que « [l]es relations entre

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

les arbitres, ainsi que celles avec une entité ayant un intérêt économique direct au litige ou une obligation de dédommager une partie pour la sentence, doivent également être prises en compte dans les circonstances de chaque affaire » (CCI, *Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI*, 10 mai 2016, § 24). Il est évident qu'un tiers financeur a un intérêt direct au litige et doit être connu avant d'identifier les éventuels conflits d'intérêts.

Il n'est ainsi pas rare que des tensions apparaissent à propos d'un tel financement. C'est un aspect central de la sentence ici rapportée. Le défendeur demande au tribunal d'ordonner au demandeur de fournir des informations sur le tiers financeur afin de s'assurer qu'il n'y a pas de situation de conflit d'intérêts. Des informations sont fournies (identité, structure sociale, bénéficiaires ultimes) mais celles-ci sont considérées insuffisantes par le défendeur qui souhaite obtenir la production de l'accord de financement. L'investisseur souligne que la production d'un tel document dans le cadre d'une procédure de règlement des différends ne peut être qu'exceptionnelle (en cas de mauvaise foi ou défaut de paiement par le demandeur dans une procédure antérieure).

A la suite d'échanges entre le tribunal et les deux parties, l'investisseur produit les détails de l'accord de financement. On sait que le nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI entré en vigueur le 1er juillet 2022 consacre l'une de ses dispositions au financement par un tiers. La manière dont a été traité le financement par un tiers dans l'affaire *Amir Masood Taheri* est cohérente avec le règlement d'arbitrage désormais applicable. Ce dernier prévoit (article 14) que la partie ayant « reçu des fonds pour la poursuite d'une instance ou la défense contre une instance au travers d'une donation, d'une subvention ou en échange d'une rémunération dépendante de l'issue de l'instance » doit divulguer le nom, l'adresse du tiers financeur ainsi que les noms des personnes contrôlant ce tiers financeur s'il s'agit d'une personne morale. Ce dernier point a pu générer de nombreux débats dans la mesure où il est demandé au tiers financeur de révéler la composition de son actionnariat, obligation qui ne pèse pas sur l'investisseur demandeur à une procédure d'arbitrage. Il est ajouté que « [l]e Tribunal peut ordonner la divulgation d'informations supplémentaires concernant l'accord de financement et la tierce-partie fournissant un financement en application de l'article 36(3) » (art. 14(4) du règlement d'arbitrage du CIRDI, en vigueur depuis le 1er juillet 2022). Rien n'exclut donc une demande de production de l'accord de financement.

Dans le cadre de la sentence rapportée, le tribunal avait rejeté la première demande du défendeur avant d'y faire droit dans les termes suivants : « *The Tribunal rejected the Respondent's first request. It accepted the Respondent's second request, ordering that the Claimant disclose "the terms of the specific clause or clauses in the Funding Agreement or in any other agreement entered into by Claimant (…) that regulate the event of a costs order against Mr. Taheri, including (a) the quantities and concepts of costs covered (b) the name of the entity responsible for payment; and (c) any other terms that may condition the recoverability of costs by Respondent"* » (§ 17 de l'accord incorporé dans la sentence). Il s'agit ainsi de poursuivre le double objectif de prévention / identification des conflits d'intérêts et garantie de paiement des coûts de la procédure. On comprend les enjeux contradictoires entourant la divulgation d'un accord de financement d'une procédure arbitrale par un tiers. Ainsi, dans le cadre des débats relatifs à une réforme de l'arbitrage investisseur-Etat, la CNUDCI a pu proposer une divulgation systématique des termes de l'accord de financement (Report of Worrking Group III on the work of its thirty-eighth session, Vienna, 14-18 October 2019, A/CN.9/1004, 23 octobre 2019, § 90) mais aucune

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

institution arbitrale n'est allée aussi loin. Il n'apparait en effet guère justifié de révéler l'intégralité des dispositions d'un accord de financement. On ne saurait en outre ignorer le fait qu'une connaissance par le tribunal des conditions précises de l'accord de financement pourrait influencer son évaluation et ses conclusions, spécialement si l'accord de financement prévoit des seuils de réparation déclenchant la rémunération du tiers financeur. Enfin, les termes de l'accord pourraient mettre en lumière certaines faiblesses de la requête identifiées par le tiers-financeur et ainsi nuire à la défense des intérêts de la partie financée.

Le second point d'intérêt de la sentence rapportée est sa qualité de sentence d'accord-partie. Nous avions pu rendre compte de cette pratique inhabituelle dans une précédente livraison de cette chronique (T. CIRDI, 18 aout 2021, *Enel Fortuna S.A. v. Republic of Panama*, ARB/19/5, sentence ; cette Chronique, *Revue*, 2021-4, p. 852, nos obs.). On sait que sur le fondement de l'article 43.2 du règlement d'arbitrage du CIRDI « [s]i les parties déposent le texte complet et signé du règlement intervenu auprès du Secrétaire général et demandent par écrit au Tribunal de l'incorporer dans sa sentence, le Tribunal peut procéder à cette incorporation ». Le contenu de cette disposition est inchangé dans la nouvelle version du Règlement d'arbitrage (art. 55).

Si la procédure a manifestement été troublée par des allégations de présentation de documents falsifiés, on doit souligner le caractère assez singulier de la sentence d'accord partie rendue dans l'affaire *Amir Masood Taheri*. A la suite de la mise en cause de l'authenticité des emails présentés par le demandeur, celui-ci a annoncé la fin de l'accord de financement et a conclu un accord avec le défendeur aux termes duquel il renonçait à l'ensemble de ses prétentions et prenait en charge l'ensemble des coûts de la procédure arbitrale.

Contrairement à une ordonnance constatant un accord entre les parties (Comité *ad hoc* CIRDI, 6 janvier 2023, *Tethyan Copper Company Pty Limited (TCCA) v. Islamic Republic of Pakistan*, ARB/12/1, ordonnance), une sentence dans laquelle est incorporé l'accord amiable des parties est une sentence au sens de l'article 53.1 de la Convention CIRDI aux fins de sa reconnaissance et de son exécution.

JULIEN CAZALA

COMITÉ AD HOC CIRDI
Décisions sur la demande d'annulation du 17 novembre 2022, *9REN Holding S.A.R.L v. Kingdom of Spain* (ARB/15/15)

(D. Moura Vicente, président ; N. Molfessis, F. Pierola-Castro, membres)

Procédure d'annulation – différends intraUE

L'Espagne engage devant un Comité *ad hoc* du CIRDI un recours en annulation de la sentence rendue en 2019 dans l'affaire 9REN (T. CIRDI, 31 mai 2019, *9REN Holding SÀRL c. Espagne,* ICSID/ARB/15/15, sentence). Elle tente ainsi d'échapper à la condamnation à verser plus de 40 millions de dollars dans l'un des nombreux différends relatifs à la modification du régime des investissements dans le secteur des énergies renouvelables. On le sait, les motifs d'annulation d'une sentence rendue par un tribunal CIRDI sont strictement encadrés par les termes de la convention de Washington. A l'appui de son recours en annulation, l'Espagne allègue un excès de pouvoir manifeste et un défaut de motivation du tribunal arbitral.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

L'Espagne estime que le tribunal arbitral n'avait pas juridiction sur le différend qui opposait un national d'un Etat membre de l'Union européenne à un Etat membre de l'UE. L'argument est bien connu et renvoie à la mobilisation des prétentions de la Commission européenne désormais appuyées par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE (arrêts *Achmea*, *Komstroy* et *PL Holding*). Au-delà de cette affirmation, l'Espagne affirme que le tribunal a accordé une réparation excessive, a manqué à l'application du droit de l'UE et n'a pas respecté les conditions d'application de la clause de déni des avantages.

Selon l'Espagne, il y a excès de pouvoir manifeste du tribunal car le différend est entièrement européen et la CJUE serait le seul organe compétent pour régler un tel différend en application du droit de l'UE. Or, le tribunal, aurait manqué à l'application de ce droit malgré les demandes de l'Espagne (§ 61). L'excès de pouvoir serait manifeste dans la mesure où tous les éléments avaient été présentés par l'Espagne sans être retenus par le tribunal arbitral. L'investisseur souligne que le recours en annulation de l'Espagne démontre une profonde incompréhension (« *fundamental misunderstanding* », § 97) des standards juridiques applicables à une procédure d'annulation devant un Comité *ad hoc*. Il apparait en effet que l'Espagne recherche une nouvelle évaluation de sa défense initiale. 9REN ajoute qu'il n'y a pas eu d'excès de pouvoir du tribunal et que, même si c'était le cas, celui-ci ne saurait être manifeste dans la mesure où les solutions dégagées par le tribunal sont cohérentes avec toutes les décisions rendues dans des circonstances analogues par tous les autres tribunaux d'investissement. La même critique est adressée à la Commission européenne qui présente (comme elle en a l'habitude) des observations dans le cadre du recours en annulation visant à faire valoir l'opposabilité des solutions *Achmea* et *Komstroy*.

Face à ces éléments, et reprenant des formulations bien établies, le Comité *ad hoc* rappelle les termes de sa mission qui ne saurait consister à rejuger le différend (§ 199). Ainsi que l'exprime l'article 53(1) de la Convention de Washington, « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus par la présente convention ». Or, il est constant que recours en annulation et appel doivent être distingués. Comme un Comité *ad hoc* l'avait énoncé dans l'examen du recours en annulation contre la sentence *Tidewater*, il ne s'agit pas de porter une appréciation sur la qualité des raisonnements du tribunal ou de réévaluer le fond de la demande (Comité *ad hoc* CIRDI, 27 décembre 2016, *Bolivarian Republic of Venezuela v. Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A.*, ARB/10/5, décision sur le recours en annulation, § 171 : « *The second error that the Committee needs to avoid concerns the line between the procedural failure to state reasons and the substantive correctness of the award* »). On peut souligner la manière dont le tribunal évoque le caractère manifeste d'un excès de pouvoir. Il énonce « *[w]hile an annulment claim must be resolved based on its own merits, the fact that a tribunal has arrived at the same conclusion as other tribunals in similar situations might be an indication that an alleged excess of powers is not manifest* ».

A la suite de ce rappel des standards applicables à une procédure en annulation, le comité procède à l'analyse des prétentions espagnoles. Bien qu'il ne s'agisse pas de rejuger le fond du différend, on peut souligner le soin avec lequel le Comité examine l'argument de l'incompétence du tribunal au regard du droit de l'UE (§§ 233-261). Le fait que plus de cinquante tribunaux d'investissement aient adopté sur ce point une position semblable rend évidemment fragile l'affirmation d'un excès de pouvoir *manifeste*.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Quant au quantum de réparation, l'Espagne estime que le tribunal a statué *ex aequo et bono* et que rien ne justifie les 41 millions de dollars de réparation alloués. On sait qu'en ce domaine les tribunaux arbitraux disposent d'une large marge d'appréciation rappelée par Marcelo Kohen dans une très brève déclaration jointe à la sentence rendue dans l'affaire Venezuela US (CPA, 4 novembre 2022, *Venezuela US, S.R.L. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA n° 2013-34, sentence finale (quantum), déclaration du professeur Kohen) : « *Without prejudice to my positions taken in the two prior Partial Awards, I subscribe to the decision of the Tribunal on quantum because I consider that the solution chosen is one among those that are possible under the circumstances of the case and in line with its precedent awards. Indeed, contrary to aspects of jurisdiction or the merits, in matters of reparation the Tribunal disposes of some margin of discretion in order to decide which are the consequences arising from the commission of an internationally wrongful act* ». Cette marge d'appréciation reconnue aux tribunaux arbitraux est de jurisprudence constante et limite dans le cadre déjà contraint d'un contrôle de l'excès de pouvoir manifeste, la possibilité d'une remise en cause par un Comité *ad hoc*. Le Comité de l'affaire 9REN développe donc peu l'analyse de cette prétention espagnole et se contente de souligner, mobilisant des éléments soumis lors de la procédure initiale, que rien ne permet de dire que le tribunal arbitral serait allé au-delà de cette marge d'appréciation (§ 265). Les allégations de défaut de motivation sont tout aussi rapidement écartées dans la mesure où le standard appliqué sur ce point est peu contraignant. On considérera qu'il n'y a pas de défaut de motivation s'il est possible à un lecteur averti de comprendre comment le tribunal est passé d'un point A à un point B (§ 212).

Enfin, de manière plus originale, l'Espagne alléguait un excès de pouvoir manifeste du tribunal dans son refus de reconnaissance de l'activation de la clause de déni des avantages. On le sait, un Etat partie à un traité comportant une telle clause peut dénier le bénéfice des avantages à un investisseur ressortissant d'un Etat partie au traité mais contrôlé par un opérateur ressortissant d'un Etat tiers au traité si l'investisseur n'opère pas une activité économique substantielle sur le territoire de l'Etat dont il est un ressortissant. Or l'Espagne contestait l'existence d'une activité économique substantielle de 9REN sur le territoire de son Etat de « nationalité », le Luxembourg. Le traitement de la question par le Comité *ad hoc* est des plus classiques dans le contexte d'un recours en annulation mais on peut s'étonner de la manière dont est présentée la répartition de la charge de la preuve sur ce point. Le Comité indique que c'est à l'Etat de prouver qu'il n'y a pas d'activité substantielle sur le territoire de l'Etat dont l'investisseur a la nationalité et non à ce dernier de démontrer qu'il a une telle activité (§ 293). Cela nous semble renvoyer à une vision contestable de la charge de la preuve qui n'est pas répartie de manière aussi rigide.

Le Comité *ad hoc* conclut ainsi qu'il n'y a aucun motif d'annulation de la sentence prononcée en faveur de 9REN dans le différend qui l'opposait à l'Espagne.

JULIEN CAZALA

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC (CNUDCI)

Sentence sur la juridiction du 21 novembre 2022, *Carlos Esteban Sastre, Renaud Jacquet, Margarida Oliveira Azevedo de Abreu, Eudardo Nunoz Vaz Osorio dos Santos Silva, Graham Alexander, Monica Galan Rios v. the United Mexican States*, UNCT/20/2

(E. Zuleta, président ; Ch. Poncet, Chr. Söderlund, membres)

Opposabilité d'une nationalité – clause de la nation la plus favorisée

Cette affaire oppose plusieurs ressortissants « étrangers » ayant investi au Mexique dans le secteur touristique en acquérant des droits d'exploitation de terrains situés en zone côtière qui, conformément à la constitution mexicaine ne peuvent être la propriété de ressortissants étrangers. Ces terrains sont des *ejido* c'est-à-dire des terrains exploités par une communauté sous le contrôle de l'Etat. Les détenteurs des droits d'usage de ces terrains ont la possibilité de les céder à des tiers, mais les conditions d'exploitation restent sous le contrôle de la communauté et doivent passer par la constitution d'un trust.

Les demandeurs allèguent être ressortissants argentin (M. Sastre), français (M. Jacquet), portugais (Mme Abreu et M. Silva) et canadiens (Mme Galan et M. Alexander). Si les faits ne sont pas absolument identiques pour chacune des demandes, l'enchainement factuel est assez semblable. Ces individus ont acquis, directement ou par la voie de sociétés, des droits d'usage de terrains dans la région de Tulum. Ils ont exploité ces terrains en construisant des villas, hôtels et commerces. Or, ces biens auraient été saisis par les autorités mexicaines entre 2011 et 2016. Ils engagent une procédure arbitrale sur le fondement des TBI Argentine - Mexique, France - Mexique, Portugal - Mexique et de l'ALENA. La procédure est conduite conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI et est administrée par le CIRDI. Elle présente d'intéressants développements relatifs à la condition de nationalité des investisseurs.

M. Sastre est né argentin et a été naturalisé mexicain le 27 mai 2009, date à laquelle il renonce officiellement à sa nationalité argentine. M. Jacquet est français et n'a jamais acquis aucune autre nationalité. M. Silva est né portugais et a été naturalisé mexicain le 8 avril 2016, quelques semaines avant de renoncer officiellement à sa nationalité portugaise. Mme Abreu est également née portugaise et a renoncé à cette nationalité le 2 octobre 2000 après avoir acquis la nationalité mexicaine. Mme Galan est née mexicaine et a acquis la nationalité canadienne le 26 juin 2015. M. Alexander est né mexicain et citoyen canadien.

Le Mexique estime que les demandeurs ne remplissent pas les conditions posées par les différends instruments sur lesquels ils fondent leurs requêtes. Comme cela est classique dans ce type de contentieux, il est nécessaire de déterminer les dates critiques, c'est-à-dire les dates auxquelles la nationalité étrangère doit être établie (l'on peut voir sur ce point les débats dans : *Michael Ballantine & Lisa Ballantine v. Dominican Republic*, PCA n° 2016-17, Final Award, 3 September 2019 ; cette Chronique, *Revue*, 2019-4, p. 999, nos obs.). L'opposition entre les parties est classique : les demandeurs estiment que la nationalité étrangère doit être prouvée à la date des faits litigieux et à la date de la saisine du tribunal arbitral, tandis que le défendeur ajoute à cela une exigence de nationalité à la date de constitution de l'investissement (§§ 153-155). Pragmatique, le tribunal ne tranche pas la question *in abstracto* et estime que l'identification des dates critiques peut varier selon les objections à la compétence brandies par le défendeur sur le fondement d'instruments distincts (§ 158).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Avant l'examen des questions de nationalité, le tribunal doit analyser l'objection du Mexique qui estime que M. Sastre ne remplit pas la condition de résidence posée par le TBI Argentine - Mexique. L'article 2(3) dispose que « *Regarding the provisions set forth in Articles Four [libre transfert] and Ten [règlement des différends investisseur-Etat], natural persons who are nationals of a Contracting Party and who have their domicile in the territory of the other Contracting Party where the investment is located, may only take advantage of the treatment granted by this Contracting Party to its own nationals* ». Ainsi, en matière de transfert et de règlement des différends relatifs l'investissement, M. Sastre serait soumis au régime applicable aux ressortissants mexicains, s'il était domicilié au Mexique à la date des faits litigieux et de l'initiation de la procédure arbitrale (§ 187). Le tribunal examine quatre dates : les deux dates auxquelles les biens auraient été saisis, celle à laquelle les recours internes ont été rejetés, celle à laquelle la procédure arbitrale a été engagée. Il n'est pas contesté que M. Satsre était domicilié en Argentine à la date d'engagement de la procédure arbitrale mais le tribunal établit que le domicile de M. Sastre était au Mexique à la date des faits litigieux et du rejet prononcé par les juridictions internes (§ 199). Il ne lui est ainsi pas possible d'engager une procédure arbitrale sur le fondement de l'article 10 du TBI Argentine - Mexique. L'investisseur invoque, par la voie de la clause de la nation la plus favorisée, le bénéfice de dispositions du TBI France - Mexique, qui ne comporte pas l'exclusion relative au domicile. Le débat ouvert il y a plus de vingt ans par la décision Maffezini n'est ainsi pas éteint (T. CIRDI, 25 janvier 2000, *Emilio Augustin Maffezini v. the Kingdom of Spain*, ARB/97/7, décision sur la juridiction). Le tribunal exprime une défiance à l'égard de la solution Maffezini : « *The consent of a State in a given treaty cannot be replaced by the consent of that same State under a different investment treaty* » (§ 204). La clause de la nation la plus favorisée figurant dans le TBI Argentine - Mexique n'est pas rédigée dans des termes spécialement restrictifs, la position du tribunal prend donc largement la forme d'une pétition de principe. Il conclut dès lors ne pas avoir juridiction pour examiner la requête de M. Sastre.

Le cœur de la sentence porte sur les questions de nationalité auxquelles le tribunal consacre les développements les plus substantiels. Il n'est pas contesté que M. Silva, M. Satre et Mme Abreu ont renoncé à leur nationalité d'origine, lors de, ou après, l'accession à la nationalité mexicaine. De manière convaincante, le tribunal indique qu'il ne s'agit pas de rechercher la nationalité effective et dominante des demandeurs, mais de déterminer les conséquences de la renonciation, devant les seules autorités mexicaines, à la nationalité d'origine dans la relation entre ces individus et le Mexique. Il ne s'agit donc pas de se prononcer sur les effets objectifs de ces renonciations (ou sur les effets de celles-ci dans la relation entre ces individus et leur Etat d'origine) mais uniquement sur les effets subjectifs de celles-ci dans la relation avec le Mexique. Le tribunal ne doit donc pas rechercher si les demandeurs sont argentin ou portugais, mais s'ils peuvent faire valoir cette nationalité vis-à-vis du Mexique (§ 241). Or, les renonciations ayant été valablement exprimées, privent les demandeurs de la possibilité de bénéficier des droits attachés à la qualité d'investisseur argentin ou portugais au Mexique par les TBI Argentine – Mexique et Portugal – Mexique quand bien même ils seraient encore des nationaux en application du droit argentin et portugais (§ 249). A l'image de ce qui avait été décidé par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Ballantine*, le tribunal ne peut manquer de souligner que les demandeurs ont acquis la nationalité mexicaine afin de favoriser leur investissement (les droits d'accession à la propriété étant limités pour les étrangers dans les zones côtières) et ne peuvent, lorsque la relation devient délicate avec les autorités locales, prétendre que l'investisseur est « en

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

réalité » étranger. Ainsi, à la date des violations alléguées et à la date de l'initiation de la procédure arbitrale, Mme Abreu et MM. Sastre et Silva étaient des investisseurs mexicains au Mexique au regard des TBI invoqués. Le tribunal ne peut donc que constater son défaut de juridiction sur les différends dont ils l'ont saisi.

M. Jacquet, n'a ni acquis la nationalité mexicaine, ni renoncé à sa nationalité française. Néanmoins, le tribunal constate que le demandeur n'apporte aucune preuve de l'existence des droits qu'il revendique. Le tribunal souligne également qu'aucune preuve n'est rapportée de l'existence d'un trust pour bénéficier de ces droits alors que cela est une exigence posée par le droit mexicain. Ainsi, à supposer que l'investissement existe, celui-ci n'aurait pas été constitué en conformité avec le droit mexicain. Or, l'article 2 du TBI France - Mexique dispose qu'il « est entendu que les investissements couverts par le présent Accord sont ceux qui ont déjà été réalisés ou pourraient être réalisés après l'entrée en vigueur du présent Accord, conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire au dans la zone maritime de laquelle sont réalisés les investissements ». Le tribunal ne saurait donc avoir juridiction sur le différend présenté.

Madame Galan est née mexicaine et a acquis la nationalité canadienne en 2015. Elle n'a pas formellement renoncé à la nationalité mexicaine. Il apparait qu'elle a utilisé sa nationalité mexicaine pour procéder à son investissement (qui est, dans la forme retenue, impossible pour un ressortissant étranger) et dans le cadre de l'action engagée devant les juridictions internes mexicaines. Dans la mesure où l'investissement dont la perte est alléguée ne pouvait être réalisé par un investisseur canadien, le tribunal considère que Mme Galan ne peut valablement se réclamer de sa nationalité canadienne pour obtenir la protection des dispositions de l'ALENA (§ 337).

Il n'est enfin pas établi que M. Alexander ait investi au Mexique. S'il l'a fait, ce serait à travers une société américaine qui n'est pas partie à la procédure et au nom de laquelle il ne prétend pas agir dans le cadre de la procédure. La demande est donc rejetée pour défaut de juridiction.

JULIEN CAZALA

CONTENTIEUX NON-ÉTATIQUE

A. DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgment on the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 Feb. 2021 entitled "Trial Judgment" du 15 décembre 2022 (Appeals Chamber), *Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15 A)

CPI – appel – culpabilité – Ouganda – enfant soldat – crimes de guerre – crimes contre l'humanité – grossesse forcée – droit à un procès équitable – motifs d'exonération de responsabilité – co-auteur indirect – contrôle

Dans cet arrêt du 15 décembre 2022, la Chambre d'appel de la CPI confirme la décision du 4 février 2021 par laquelle la Chambre de première instance IX avait reconnu Dominic Ongwen coupable de 61 crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis entre 2002 et 2005 dans le nord de l'Ouganda (voir cette Chronique, *Revue*, 2021-2, pp. 414-416, nos

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

obs. ; concernant la peine, voir la notule ci-après à propos de l'arrêt rendu le même jour à la suite de l'appel formé contre la décision du 6 mai 2021).

Les questions soulevées par cette affaire impliquant un enfant soldat ougandais enlevé et enrôlé par l'Armée de résistance du Seigneur (ARS) et dont il est devenu un des principaux commandants sont particulièrement complexes, comme a pu le reconnaître la Présidente de la Chambre d'appel – la juge Luz del Carmen Ibáñez Carranza – lors de la lecture du résumé de cette décision. Tel est notamment le cas pour l'interprétation des éléments de certains crimes sexuels et sexistes et de certains motifs d'exonération de la responsabilité pénale qui sont ici traités pour la première fois par la CPI.

Concernant certains crimes sexuels et sexistes, les juges d'appel n'ont pas relevé d'erreurs – au regard de la jurisprudence internationale, particulièrement celle du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et les Chambres extraordinaires cambodgiennes – dans l'interprétation (§§ 1009-1024) et les conclusions factuelles (§§ 1025-1039) de la Chambre de première instance à propos du crime de mariage forcé qualifié d'« autre acte inhumain ». Il en va de même pour le crime de grossesse forcée à propos duquel la Chambre d'appel, après avoir rappelé l'historique de ce crime, rejette tous les arguments soulevés par la Défense tant sur l'interprétation du droit (§§ 1052-1068) que sur l'appréciation des faits (§§ 1073-1103) que les juges de première instance en ont fait.

Les juges d'appel ont également analysé les moyens d'appel relatifs aux motifs d'exonération de la responsabilité pénale et notamment ceux reposant sur la maladie mentale alléguée de M. Ongwen. La Chambre d'appel a conclu à ce sujet que la Chambre de première instance n'avait pas commis d'erreur en rejetant – de façon argumentée (§ 1123) – les moyens soulevés par la Défense en ce qui concerne les témoignages et preuves apportés par les experts présentés par cette dernière (§§ 1148, 1160-1174, 1177-1247, 1254-1264, 1271-1277, 1284-1288), la prise en compte (ou non) de facteurs culturels dans l'appréciation de la maladie mentale de l'accusé (§§ 1299-1310, 1316-1327 et 1333-1340) ou encore l'appréciation du niveau de développement mental de celui-ci (§§ 1349-1361, 1366-1371,1375-1384).

Par ailleurs, quand bien même la présidente de la Chambre d'appel a pu rappeler que l'enlèvement de Dominic Ongwen par l'ARS à l'âge de neuf ans, sa formation et son intégration comme combattant dans ses rangs alors qu'il était encore enfant ont été une source de grandes souffrances, les conseils de Dominic Ongwen n'ont pas réussi à convaincre la Chambre d'appel de l'existence d'erreurs dans les conclusions des juges de première instance quant à la question de la contrainte qu'aurait subi l'ancien enfant soldat et la possible exonération de la responsabilité pénale que celle-ci pourrait entraîner (§§ 1385-1598). Les juges d'appel n'ont ainsi pas retenu les arguments notamment en lien avec l'organisation hiérarchique de l'ARS et la discipline qui régnait en son sein (§§ 1438-1476), l'impact dans ce cadre des menaces de Joseph Kony (§§ 1482-1506) – qui, toujours en fuite, devrait être le seul responsable des crimes commis en raison de son rang dans l'ARS selon la Défense – ou de ses pouvoirs spirituels (§§ 1545-1562), ainsi que les difficultés à s'échapper de l'ARS (§§ 1514-1539).

Pour finir, on rappellera que la Chambre d'appel a donc rejeté les 90 moyens d'appel soulevés par la Défense – qui, outre ceux mentionnés précédemment, avaient trait à des violations du droit à un procès équitable et à d'autres droits de l'homme à l'égard de l'accusé (§§ 100-512), aux questions liées à sa responsabilité pénale individuelle et aux modes de participation à la commission des crimes poursuivis (§§ 617-927), ainsi qu'au

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

cumul des déclarations de culpabilité (§§ 1599-1683) – pour confirmer à l'unanimité la condamnation de Dominic Ongwen prononcée en première instance. Une unanimité qui ne se retrouvera pas en ce qui concerne l'appel formé contre la peine décidée par la Chambre de première instance (voir ci-après).

RÉMY PROUVÈZE

COUR PÉNALE INTERNATIONALE

Judgment on the appeal of Mr Dominic Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 6 May 2021 entitled "Sentence" du 15 décembre 2022 (Appeals Chamber), *Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen* (ICC-02/04-01/15 A2)

CPI – appel – peine – Ouganda – enfant soldat – circonstances atténuantes – circonstances aggravantes – opinion dissidente

Après avoir rendu son arrêt à propos de la culpabilité de Dominic Ongwen (voir notule précédente), la Chambre d'appel a statué le même jour sur l'appel formé contre la décision de première instance du 6 mai 2021 sur la peine imposée au désormais condamné. A cette occasion, la Chambre d'appel a été confrontée à des questions nouvelles pour la Cour, comme dans le cadre de l'appel contre la décision de culpabilité. Les juges d'appel ont ainsi relevé que « (…) *in the Sentencing Decision, the Trial Chamber considered,* inter alia*, the novel issue of the appropriate penalty for a person who was also a victim of serious crimes* », une question soulevée par les parties, tant l'Accusation (pour justifier une réduction de peine) que la Défense en tant que circonstance atténuante (§ 9).

Si l'arrêt concernant la culpabilité de Dominc Ongwen a été pris à l'unanimité, tel n'est pas totalement le cas pour celui rendu par la Chambre d'appel en ce qui concerne la peine. Ce n'est cependant pas à propos de cette nouvelle question que les juges se sont divisés. Les juges d'appel ont en effet été unanimes pour rejeter 10 des 11 moyens soulevés par les conseils de l'accusé. Ils ont ainsi considéré d'une part que la Chambre de première instance n'avait pas commis d'erreurs « (…) *related to the failure to provide an Acholi translation of the Conviction Decision* » (§§ 50-74), « (…) *in reliance on "testimonial evidence" submitted by the Victims* » (§§ 83-87), « (…) *in sentencing Mr Ongwen for both crimes against humanity and war crimes for the same underlying conduct* » (§§ 133-142), ou « (…) *in relying on events outside the temporal scope of the charges* » (§§ 151-164) qui auraient rendu le procès inéquitable. Et d'autre part, et de même, la décision de première instance a été considérée comme exempte d'erreurs (ou d'erreurs suffisamment importantes ou impactantes) concernant la prise en compte d'un certain nombre de circonstances atténuantes – « (…) *in failing to consider the Acholi traditional justice system as a mitigating factor* » (§§ 96-126), « (…) *regarding circumstances of family life* » (§§ 175-194), « (…) *in the Trial Chamber's failure to rule on mental incapacity as a mitigating or personal circumstance* » (§§ 221-271), « (…) *in the Trial Chamber's reliance on Mr Ongwen's personal statement* » (§§ 272-281) et « (…) *by disregarding evidence on duress as a mitigating circumstance* » (§§ 290-300) – ou aggravantes (la Défense invoquant des erreurs « (…) *in the Trial Chamber's reliance on "aggravating circumstances" when determining the joint sentence* » (§§ 308-324)). C'est finalement le dernier moyen – à propos des erreurs alléguées « (…) *in the Trial Chamber's reliance on "actions and/or mental states" necessary to establish guilt as aggravating circumstances* » et notamment la question du double comptage de certains facteurs aggravants de la peine (§§ 325-326) – qui a fait

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'objet d'un désaccord partiel de la part de la Présidente de la Chambre (§ 348) : à la différence des autres juges d'appel, la Juge Ibáñez Carranza a ainsi estimé que la Chambre de première instance avait compté à tort le facteur de multiplicité des victimes deux fois pour 20 des 61 peines individuelles imposées (§§ 354-356 ; voir également à ce sujet la *Partly Dissenting Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza* (§§ 48-63) en annexe de l'arrêt de la Chambre d'appel). Cette erreur aurait dû conduire à annuler la peine de 25 ans prononcée initialement et à renvoyer l'affaire devant les juges de première instance pour déterminer une nouvelle peine (§ 355 ; voir également les §§ 64-71 de l'opinion partiellement dissidente de la juge Ibáñez Carranza déjà mentionnée). La majorité ne partageant pas cet avis (§§ 348-353), la Chambre a par conséquent confirmé la peine prononcée en première instance (§§ 373-374).

La déclaration de culpabilité et la peine étant désormais définitives, la Cour va pouvoir se consacrer désormais à la question des réparations aux victimes, une nouvelle question potentiellement complexe comme d'autres affaires arrivées à ce stade de la procédure ont pu le démontrer.

RÉMY PROUVÈZE

B. DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE INTERNATIONALE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE LA BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT (BERD)

Décision du 15 juin 2022, affaire n° 2022/AT/02

Période d'essai – période probatoire – principes généraux du droit de la fonction publique internationale

Le lieu commun de l'incompétence des fonctionnaires internationaux a la peau dure, mais tous ceux qui se sont frottés aux concours de la fonction publique internationale ou ont travaillé au sein d'une administration publique internationale savent que c'est là un reproche bien injuste. Bien sûr, il peut arriver qu'un fonctionnaire n'ait pas toutes les compétences requises ou ne donne pas entière satisfaction – qui peut se targuer de ne jamais faillir ? –, mais les organisations internationales se sont dotées d'instruments permettant de s'assurer, autant que possible, que les fonctionnaires internationaux soient sélectionnés et engagés sur le fondement de leurs mérites et d'une vérification de leur aptitude à l'exercice de leurs fonctions. Au titre de ces instruments, la période d'essai, autrement dite « période probatoire » sous l'influence de l'anglais (« *probationary period* »), a pour objet de permettre aux organisations internationales de déterminer si un fonctionnaire, pendant les premiers mois de l'exercice de ses fonctions, est apte à s'en acquitter. A l'issue de cette période, si l'essai est concluant, le fonctionnaire voit son engagement confirmé. A défaut, l'engagement ne l'est pas et le fonctionnaire quitte le service de l'organisation, le plus souvent sans indemnité. La période d'essai a d'ordinaire une durée de six mois, renouvelable une fois, même si certaines organisations connaissent des durées plus longues, pouvant aller jusqu'à deux ans. Il va sans dire que cette période est très importante tant pour le fonctionnaire que pour l'organisation car, si elle a pour conséquence le plus souvent la confirmation de l'engagement, elle peut aussi avoir pour conséquence une rupture du lien d'emploi. Cette rupture est considérée à juste titre comme un échec, tant par le fonctionnaire, qui se voit privé d'un emploi pour lequel la concurrence

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

est forte et les offres limitées, que par l'organisation, dont l'investissement en matière de recrutement et de sélection, parfois de formation, est infructueux.

La rupture du lien d'emploi pendant ou à l'issue d'une période d'essai a dès lors fait l'objet d'un contentieux relativement nourri (le Tribunal administratif de l'OIT – TAOIT – a rendu 90 jugements à ce sujet). L'analyse de la jurisprudence des juridictions administratives internationales, le jugement commenté en est le reflet, montre qu'elles ont oscillé entre la protection du pouvoir discrétionnaire des organisations et la protection des agents en période d'essai contre l'arbitraire.

Dans le jugement commenté, le Tribunal administratif de la Banque Européenne pour la reconstruction et le développement (TABERD) était saisi par un membre du personnel d'une requête visant à l'annulation de la décision ne confirmant pas son engagement à l'issue de sa période d'essai d'une année.

Avant d'examiner les arguments des parties, le TABERD rappelle que la décision de mettre fin à un engagement est discrétionnaire et que le contrôle qu'il exerce est dès lors restreint. Ce contrôle est strictement encadré par les règles applicables à la Banque, qui prévoient que ce n'est que si la décision contestée est arbitraire, discriminatoire ou adoptée en violation de la procédure applicable, que la requête peut être admise et la décision annulée. Lorsque le Tribunal a à connaître de la non confirmation d'un engagement à l'issue d'une période d'essai, son contrôle est encore plus restreint. Les règles applicables à la Banque prévoient en effet que la requête ne pourra être admise qu'à trois conditions : le membre du personnel doit avoir a reçu l'assurance que son engagement se verrait confirmer ; il doit avoir compté sur cette assurance ; et enfin cette assurance doit être inconditionnelle ou les conditions qui y étaient attachées doivent avoir été pleinement remplies par le membre du personnel.

Après avoir rappelé ces règles, le Tribunal note toutefois, en se référant à sa jurisprudence, que, si, de manière générale, les décisions discrétionnaires ne font pas l'objet d'un examen par les juridictions administratives internationales, il peut contrôler que la décision a été adoptée dans le respect du *due process*, soit des droits de la défense et des garanties procédurales. En revanche, le Tribunal ne peut substituer sa propre appréciation de la performance ou de l'organisation des services à celle de l'Organisation.

La raison pour laquelle les décisions discrétionnaires en matière de confirmation d'engagement font l'objet d'un contrôle restreint est que, comme l'a rappelé le TAOIT, l'organisation « doit jouir des pouvoirs d'appréciation les plus larges en vue de s'assurer que la personne recrutée ait le plus haut niveau des aptitudes requises pour l'exercice des fonctions auxquelles elle aspire dans le domaine choisi » (voir jugement 1161 [1992], considérant 4). La décision prise est une « mesure prononcée dans l'intérêt de l'Organisation […, le] Directeur général disposant d'un pouvoir étendu en la matière (…) » (voir jugement 987 [1990], considérant 2). Le TAOIT avait même estimé dès son jugement 8 [1951] que « le directeur général décid[ait] *souverainement* des suites à donner au stage et que le Tribunal n'[était] même pas compétent à allouer l'indemnité demandée par la requérante, malgré la promotion qu'elle a[vait] reçue durant son stage et la bonne opinion du Comité d'enquête et d'appel confirmée par le directeur général… » (soulignement ajouté).

En d'autres termes, s'il y a un domaine dans lequel la décision de l'Organisation atteint un très haut niveau de discrétion, le « plus large pouvoir d'appréciation » (voir jugement 2977 [2011], considérant 4), confinant au pouvoir souverain, c'est bien la confirmation

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'un engagement à l'issue d'une période d'essai. Les jugements les plus récents du TAOIT le confirment, en estimant qu' « une organisation jouit d'un large pouvoir d'appréciation en matière de probation et que, pour cette raison, les décisions qu'elle prend dans ce domaine ne peuvent faire l'objet que d'un contrôle limité » (voir les jugements 4505 [2022], considérant 3, 4481 [2022], considérant 3, 4450 [2022], considérant 3, 4282 [2020], considérant 2, 4215 [2020], 9, 4212 [2020], considérant 4, 3913 [2018], considérant 2, 3431 [2015], considérant 1, 1386 [1995], considérant 17, 1183 [1992], considérant 7). D'autre part, le Tribunal ne peut substituer sa propre appréciation à celle de l'organisation (*ibid.*), car « le Tribunal ne saurait intervenir dans le choix de l'administration » (voir jugement 1836 [1995], considérant 17). Le Tribunal administratif de la Banque mondiale (TABM) conclut lui aussi que la non confirmation d'un engagement à l'issue d'une période d'essai est une décision administrative prise dans l'intérêt de l'Organisation, relevant nécessairement d'un large pouvoir discrétionnaire et qui ne peut donc donner lieu à une appréciation du Tribunal se substituant à celle de l'Organisation (voir Décisions 7, 10, 157, 225, 314, 351).

Le TABERD estime, à l'instar d'autres juridictions administratives internationales, que la décision de mettre fin à l'emploi de la requérante « au cours de la période probatoire relève (…) de l'exercice d'un droit discrétionnaire de la Banque, et le Tribunal n'a pas compétence pour juger des motifs de fond sur lesquels cette décision est fondée » (voir § 40 du jugement commenté, notre traduction).

Les autres juridictions administratives internationales semblent avoir une interprétation plus large de leurs pouvoirs de contrôle, sans doute parce qu'elles ne sont pas contraintes par des règles comme celles de la BERD. Ainsi, comme le rappelle le TAOIT, dès son jugement 318 [1977], si « le stagiaire, par le caractère provisoire de sa situation, ne peut bénéficier des garanties dont dispose un agent titulaire ou muni d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée » et si le « Directeur général, dès qu'il a acquis la conviction que l'intéressé n'offrait pas les qualités exigées, a le droit de le licencier », le Tribunal peut annuler la décision de non confirmation d'un engagement si elle est « fondée sur des motifs de droit erronés ou sur des faits inexacts, ou si des éléments de fait essentiels n'ont pas été pris en considération, ou encore si des conclusions manifestement erronées ont été tirées du dossier, ou enfin si un détournement de pouvoir est établi ». Dans son jugement 4505 [2022], rendu 45 ans plus tard, le Tribunal continue à estimer qu'« en vertu d'une jurisprudence constante du Tribunal, une telle décision ne peut être annulée que si elle émane d'un organe incompétent, viole une règle de forme ou de procédure, repose sur une erreur de fait ou de droit, ou si des éléments de faits essentiels n'ont pas été pris en considération, ou encore si des conclusions manifestement erronées ont été tirées des pièces au dossier, ou enfin si un détournement de pouvoir est établi » (voir considérant 3). Le TABM estime également que son contrôle est restreint, mais précise que « la discrétion même accordée à [l'Organisation] lorsqu'elle prend sa décision à la fin de la période d'essai rend d'autant plus impératif que les garanties procédurales assurant au membre du personnel un traitement équitable soient respectées » (notre traduction, voir Décision 157, § 44), en se référant aux « *appropriate standards of justice* » et au « *due process of law* » (voir Décisions 10, § 50, et 225, §§ 35 et 36).

On peut toutefois se demander, à la lecture du jugement commenté, si le TABERD a une approche si différente des autres juridictions administratives internationales, car il semble avoir du « *due process* » une définition très large, à l'instar des cours anglaises ou

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

américaines, qui peuvent l'amener à examiner la plupart des griefs soulevés par la requérante (hormis celui de discrimination fondée sur l'origine ethnique) et à exercer pleinement son contrôle, même restreint. Ainsi, le Tribunal, se fondant sur sa jurisprudence, et manifestement moins sur les dispositions statutaires applicables, estime que l'exercice de son contrôle restreint sur une décision discrétionnaire suppose l'examen de la conformité de la procédure suivie et de la décision au droit applicable (the « *applicable law* », voir § 41). Le Tribunal rappelle dès lors les droits et obligations de la requérante et de l'Organisation en la matière.

Il ressort de son examen que la Banque peut mettre fin à l'engagement d'un membre du personnel, à tout moment au cours de la période d'essai, à condition que cette décision soit motivée (« *reasoned* »), sur le fondement d'une recommandation écrite de son.sa supérieur hiérarchique direct.e. Le TAOIT, dans son jugement 3481 [2015], avait lui aussi estimé que la non confirmation de l'engagement pouvait intervenir au cours de la période d'essai, et non pas uniquement après son expiration, dans la mesure où « aucun principe général du droit n'oblige une organisation internationale à conserver à son service un agent stagiaire pendant toute la durée de la période d'essai si, antérieurement à l'expiration de cette période, l'autorité compétente parvient à la conclusion définitive que l'intéressé est inapte au poste qui lui avait été assigné » (voir considérant 4).

De surcroît, le TABERD estime que la Banque a l'obligation de : i) respecter les droits de la défense et les garanties procédurales (« *due process* ») ; ii) ne pas commettre de détournement de pouvoir ; et iii) informer les membres du personnel, et en particulier ceux qui sont en période d'essai, de leurs déficiences et lacunes. A cet égard, force est de constater que d'autres juridictions administratives internationales, comme le TAOIT, mettent à la charge des organisations qui ont reconnu sa compétence des obligations plus précises.

Le TAOIT estime ainsi que, par application des principes de bonne foi et des devoirs de sollicitude et de respect de la dignité, l'organisation doit : i) notifier au membre du personnel des objectifs clairs, fixés à l'avance, qui servent de critères pour l'évaluation de sa performance au cours et à la fin de la période d'essai ; ii) lui donner les instructions nécessaires pour qu'il puisse accomplir ses tâches ; iii) identifier en temps utile ce qui lui est reproché afin que des mesures puissent être prises pour remédier à la situation et lui permettre de s'améliorer ; iv) agir avec transparence et de manière contradictoire dans l'examen de sa performance ; et v) l'avertir, en des termes précis et par écrit, lorsque son engagement risque de ne pas être confirmé (voir notamment les jugements 4505 [2022], considérant 4, 4450 [2022], considérant 3, 4282 [2020], considérants 2 et 3, 4218 [2020], considérant 18, 4215 [2020], considérant 17, 3866 [2017], considérant 10, 3440 [2015], considérant 2, 3264 [2014], considérant 11, 3085 [2012], considérant 23, 2529 [2006], considérant 15, 2414 [2005], considérant 23).

Le TBAM rappelle à juste titre, à notre sens, que l'objet de la période d'essai n'est pas de juger de la performance du membre du personnel, mais plutôt de son aptitude à l'exercice des fonctions, une notion plus large donc que la simple qualité de l'exécution des tâches qui lui sont confiées (voir Décisions 157, § 34, et 225, § 35). Le membre du personnel doit aussi être dirigé et recevoir non seulement des conseils mais la formation dont il pourrait avoir besoin (voir Décisions 10, § 32, 31, § 25, 225, §§ 37 et 38, 387, § 19, et 682, § 23), ainsi qu'être mis à même de pouvoir améliorer sa performance en temps utile (voir Décision 314, § 28). Enfin, il doit pouvoir se défendre (voir Décisions 133, § 32, et 682, § 90). Il estime enfin que dans le cadre du *due process*, le membre du personnel doit

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

être averti, en des termes précis, de ses déficiences éventuelles et que son engagement risque de ne pas être confirmé (*ibid.*).

A ce dernier titre, la jurisprudence du TAOIT semble ne pas être définitivement fixée, car si le Tribunal a estimé qu'il faut avertir de manière spécifique le membre du personnel que son engagement risque de ne pas être confirmé, et ne pas se contenter de le faire dans le cadre des rapports d'évaluation de performance (voir ses jugements 3240 [2013] et 3913 [2018]), une autre position semble être exprimée dans d'autres jugements, certains plus récents. Il y est en effet rappelé qu'un membre du personnel en période d'essai sait pertinemment qu'un travail insatisfaisant peut entraîner la fin de son engagement et qu'il suffit dès lors, pour remplir l'obligation d'avertissement, d'attirer son attention sur l'insuffisance de son travail et sur la nécessité d'améliorer ses compétences. Cela peut être démontré par les rapports d'évaluation de sa performance et d'autres documents pertinents, sans qu'il soit nécessaire de notifier une décision spécifique l'avertissant du risque que son engagement ne soit pas confirmé (voir jugement 4505 [2022], considérant 6, 3440 [2015], considérant 16, et 3026 [2011], considérant 7).

Une incohérence apparente semble aussi résulter de deux jugements, certes d'espèce, du TAOIT en matière d'évaluation de performance fondée sur l'avis de collègues de l'agent, sans qu'ils aient de fonctions de supervision de ce dernier. Ainsi, le TAOIT avait-il à juste titre, à notre sens, estimé dans son jugement 2836 [2009] qu'il n'était « pas en soi illégitime que le supérieur hiérarchique d'un fonctionnaire appelé à évaluer celui-ci et à émettre une recommandation concernant la confirmation de son engagement prenne ainsi en considération l'appréciation portée sur le travail de l'intéressé par certains collègues afin que celle-ci l'aide à asseoir sa propre conviction. Il appartient certes au supérieur en cause de veiller à ne tenir compte des opinions ainsi émises qu'avec la prudence et le discernement requis » (voir considérant 11). Pourtant dans son jugement 3866 [2017], le Tribunal, rappelant que le supérieur hiérarchique de la requérante avait « indiqué qu'il 'sollicitait l'avis de[ses] collègues au sujet de [ses] prestations et de [son] comportement sur le plan professionnel (concernant [ses] fonctions et la manière dont [elle s']en acquitt[ait])' », a estimé que c'était « à l'organisation qu'il incomb[ait] d'évaluer objectivement les prestations et le comportement professionnel de ses employés. Demander l'avis de collègues compromet l'objectivité de l'évaluation. Cela dénote également un manque de respect envers l'employé concerné, et il est humiliant pour cette personne de savoir que l'on demande à des collègues d'évaluer ses prestations et son comportement » (voir considérant 11).

Au titre des déficiences de la requérante au cours de sa période d'essai, le TABERD estime qu'il ressort clairement du dossier que ces déficiences existaient et que la requérante en avait été avisée, notamment dans le cadre d'un plan d'amélioration des performances et des réunions régulières destinées à faire le point sur les progrès réalisés. Dans cette mesure le Tribunal estime que la décision discrétionnaire prise par la Banque était fondée sur les éléments suffisants à sa disposition. Le Tribunal ajoute que la procédure suivie était régulière (voir § 42 du jugement). Le Tribunal estime ainsi que la Banque a rempli ses deux obligations principales, celle de démontrer que la requérante n'est pas apte aux fonctions exercées et celle de justifier la décision de mettre fin à son engagement en conséquence (voir §§ 43 et 44 du jugement). Bien que notant que le rôle du Tribunal doit être limité à examiner si un détournement de pouvoir n'a pas été commis en l'espèce, ce qui n'est pas le cas à son sens, il ajoute que la requérante a non seulement

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

reçu régulièrement des appréciations relatives à sa performance et a été mise en mesure de les commenter, mais aussi qu'elle était à même de comprendre la décision de ne pas confirmer son engagement et de mettre fin à son emploi (voir § 44 du jugement).

S'il n'appartient pas au commentateur, pas plus qu'au Tribunal, de contester les motifs de la décision discrétionnaire contestée, et ce d'autant plus que ses lacunes ne sont pas contestées par la requérante, il lui appartient cependant d'examiner l'analyse que fait le Tribunal de certains faits non contestés et qui auraient pu conduire à une décision moins sévère de l'Organisation.

Comme le jugement le rappelle, la requérante, dont les qualifications et l'expérience étaient significatives, avait expliqué ses lacunes en matière de performance par les faits suivants. Tout d'abord elle alléguait une discrimination à raison de son genre – de sa situation de mère célibataire. Le Tribunal relève à cet égard que la requérante avait à sa charge trois enfants en âge scolaire au moment des faits, dont l'un souffrait d'un asthme sévère et un autre de difficultés d'apprentissage, dont elle a dû s'occuper sans assistance d'une tierce personne, pendant les six premiers mois de sa période d'essai, en raison du confinement dû à la pandémie de COVID. Au cours de cette même période, la requérante a perdu son père, sans pouvoir assister à son enterrement, et une camarade de classe de l'un de ses enfants est également décédée.

Le Tribunal ne conteste pas qu'au cours de six premiers mois de la période d'essai, la requérante a pu être confrontée à des « événements malheureux » (« *unfortunate events* ») et que cela a été d'autant plus difficile pour une mère célibataire. Il estime cependant que ces événements n'étaient pas *tous* expliqués par son genre (« *did not* all *have gender related reasons* ») – soulignement ajouté, et surtout qu'« elle n'était pas la seule dans cette situation » (« *she was not the only one in that situation* », voir § 46 du jugement). Cette analyse du Tribunal n'emporte pas pleinement la conviction, dans la mesure où le fait que d'autres fonctionnaires aient pu connaître des conditions d'emploi particulièrement difficiles n'est pas en soi un argument qui oblitère totalement l'argument selon lequel la performance d'un membre du personnel en période d'essai, et qui n'est pas encore établi dans l'Organisation, peut singulièrement pâtir d'un confinement et d'une situation personnelle très difficile. Le devoir de sollicitude de l'Organisation aurait donc pu la conduire à adopter d'autres décisions. A ce titre cependant, la recommandation du comité de recours interne, de prolonger la période d'essai au-delà de douze mois, ne pouvait être suivie, car elle était contraire à la lettre même des règles applicables et ne pouvait, comme le rappelait la Banque.

Cela dit, le Tribunal rappelle, sans susciter la critique, qu'au cours des six mois suivants – et derniers mois – de la période d'essai, au cours desquels nombre des difficultés personnelles et liées au confinement de la requérante avaient disparu, sa performance ne s'est pas améliorée (§ 47) et conclut que la requérante n'a pas établi de manière convaincante que sa performance aurait été plus satisfaisante si les circonstances avaient été différentes (voir § 48). Cette conclusion qui demande à rapporter une preuve d'une performance hypothétique, peut sembler insuffisamment justifiée, mais les faits, longuement rappelés dans le jugement, montrent que l'Organisation a déployé tous ses efforts, notamment au cours de la seconde partie de la période d'essai, pour soutenir la requérante et essayer de l'amener à une performance satisfaisante. Le dossier montre toutefois que ces efforts ont été vains. Le Tribunal décide en conséquence que la requête doit être rejetée dans sa totalité, sans que soit accordée d'indemnisation d'un quelconque

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

préjudice, y compris moral, et sans que les frais exposés pour la soumission de sa requête ne soient aucunement pris en charge.

Au terme de cette étude, tant le jugement commenté que la jurisprudence étudiée montrent que les juridictions administratives internationales sont attentives à préserver la liberté des organisations en matière de confirmation de l'engagement à l'issue d'une période d'essai. Elles sont cependant également attentives à ce que le pouvoir discrétionnaire des organisations ne confine pas à l'arbitraire, en s'assurant notamment que la performance des membres du personnel concernés soit analysée de manière raisonnable et leurs éventuelles difficultés documentées, et qu'ils soient pleinement conscients qu'une performance insatisfaisante aurait pour conséquence la fin de leur relation d'emploi. Elles s'assurent enfin qu'ils puissent répondre aux reproches qui leur sont faits et se défendre pleinement tant au cours qu'à la fin de la période d'essai. Sur ce dernier point, il est remarquable de constater que les juridictions semblent rejoindre la thèse, relativement récente, selon laquelle la qualité du travail suppose la confrontation des points de vue des membres du personnel et de leur hiérarchie. Pour s'en convaincre, il suffira de se référer aux travaux d'Y. Clot, qui ne sont pas centrés sur la qualité de vie au travail, une préoccupation nouvelle pourtant légitime à notre sens, mais sur la qualité du travail même. Cette dernière suppose l'instauration du « dialogue et la controverse [qui] forment (…) la dispute professionnelle ou, selon un terme médiéval, *la disputatio*, c'est-à-dire l'organisation réglée et l'instruction d'un dossier technique dans lesquelles les points de vue divergent et sur lesquels il faut argumenter pour convaincre » (Y. CLOT, *Réhabiliter la dispute professionnelle*, dans le Journal de l'Ecole de Paris du Management 2014/1 (n°105). Voir également *Le prix du travail bien fait, la coopération conflictuelle dans les organisations,* Y. CLOT, J.-Y. BONNEFOND, A. BONNEMAIN, M. ZITTOUN, La Découverte, 2021).

RÉMI CÈBE

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

JURISPRUDENCE FRANCAISE EN MATIERE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Sous la direction de

Baptiste TRANCHANT

par

Julien CAZALA et Baptiste TRANCHANT

SOMMAIRE

Cass. crim., 11 octobre 2022, n° 22-80.120, Publié au *bulletin* (extraits) 269
Cass. 1ère civ., 7 décembre 2022, *Oschadbank c. Fédération de Russie*, n° 21-15.390, Publié au *bulletin* 274
CE, 2ème et 7ème chambres réunies, 18 novembre 2022, n° 461381, inédit au *Rec. Lebon* 282

Cass. crim., 11 octobre 2022, n° 22-80.120, Publié au *bulletin* (extraits)

[Guerre en Ukraine — Exclusion de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe — Participation de la Fédération de Russie à la Convention européenne d'extradition — Résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe / War in Ukraine — Exclusion of the Rusian Federation from the Council of Europe — Russian Federation as State Party to the European Convention on Extradition — Resolution adopted by the Council of Europe Committee of Ministers]

« M. [C] [O] a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 5e section, en date du 15 décembre 2021, qui, dans la procédure d'extradition suivie contre lui à la demande du gouvernement russe, a émis en avis favorable.

Un mémoire, des mémoires additionnels et des observations complémentaires ont été produits.

Sur le rapport de M. Violeau, conseiller référendaire, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. [C] [O], et les conclusions de M. Aldebert, avocat général, l'avocat du demandeur ayant eu la parole en dernier, après débats en l'audience publique du 13 septembre 2022 où étaient présents M. Bonnal, président, M. Violeau, conseiller rapporteur, Mme Labrousse, conseiller de la chambre, et Mme Lavaud, 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 la procédure ce qui suit.

2. M. [C] [O], ressortissant russe et maltais interpellé à l'aéroport de [1], a fait l'objet, de la part des autorités russes, d'une demande d'arrestation aux fins d'extradition provisoire, suivie d'une demande d'extradition aux fins de poursuites pénales, pour des faits commis entre le 9 décembre 2014 et le 1er septembre 2017 qualifiés de détournement de fonds, soustraction

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

ou vol du bien d'autrui avec abus de la position officielle au sein d'un groupe organisé, à une échelle particulièrement grande.

3. M. [O] a déclaré ne pas consentir à sa remise.

4. Par arrêt avant dire droit du 28 avril 2021, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a ordonné un complément d'information afin de permettre, le cas échéant, aux autorités de la République de Malte de solliciter la remise de l'intéressé sur mandat d'arrêt européen.

5. L'affaire a été renvoyée à l'audience du 30 juin 2021, puis au 19 octobre 2021.

6. Le procureur général a transmis à la chambre de l'instruction, le jour de l'audience, un échange de courriel avec le bureau de l'entraide pénale internationale (BEPI) du ministère de la justice, précisant que « les autorités maltaises avaient bien été interrogées dès le mois de mars 2021 et nous avaient confirmé leur intention de ne pas émettre un MAE [...] ».

Examen des moyens

(...)

Sur les troisième et quatrième moyens

Enoncé des moyens

11. Les troisième et quatrième moyens critiquent l'arrêt attaqué en ce qu'il a émis un avis favorable à la demande d'extradition, alors que cet avis, pris au regard de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, qui est une convention du Conseil de l'Europe, a perdu tout fondement légal, à raison de l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe.

Réponse de la Cour

12. Les moyens sont réunis.

13. Par résolution adoptée le 16 mars 2022, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a décidé, dans le cadre de la procédure lancée en vertu de l'article 8 du statut dudit Conseil, que la Fédération de Russie cessait immédiatement d'en être membre (CM/Del/Dec(2022)1428ter/2.3).

14. Par résolution adoptée le 23 mars 2022, le même Comité des ministres a décidé que la Fédération de Russie a cessé au 16 mars 2022 d'être partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe qui ne sont ouverts qu'aux Etats membres de l'organisation, mais qu'elle continuera à être partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe auxquels elle a exprimé son consentement à être liée, et qui sont ouverts à l'adhésion d'Etats non-membres (CM/Del/Dec(2022)1429bis/2.3).

15. Or, l'article 30 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 dispose, en son premier alinéa, que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pourra inviter tout Etat non-membre du Conseil à adhérer à la présente Convention.

16. Il en résulte que la Fédération de Russie continue à être partie contractante à ladite convention, nonobstant son exclusion du Conseil de l'Europe. »

Certaines conséquences de la guerre en Ukraine ont d'ores-et-déjà pu être discutées devant les juridictions françaises. L'exclusion de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe décidée le 16 mars 2022 en raison de l'agression contre l'Ukraine soulève de nombreuses questions (voir le dossier consacré au sujet dans le présent numéro de la *Revue*). Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation est amenée à s'intéresser aux conséquences juridiques de cette exclusion quant à la participation de la Fédération de Russie aux conventions internationales conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe. En effet, à l'occasion d'une procédure d'extradition initiée par la Russie en application de la Convention européenne d'extradition, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait émis un avis favorable qui s'est trouvé contesté devant la Cour de cassation au motif, notamment, qu'il aurait perdu tout fondement légal depuis l'exclusion de cet Etat du Conseil de l'Europe.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Afin de répondre à ce moyen et de parvenir à la conclusion que la Fédération de Russie continue à être Partie à la Convention européenne d'extradition nonobstant son exclusion du Conseil de l'Europe, la Cour de cassation se réfère essentiellement à deux résolutions adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 16 et le 23 mars 2022. La première est celle qui décidait de l'exclusion en question (Comité des ministres, 16 mars 2022, Résolution CM/Res(2022)2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, CM/Del/Dec(2022)1428ter/2.3). Par la seconde, le Conseil de l'Europe « décid[ait] que cette décision [la résolution du 16 mars 2022] entraîn[ait] les conséquences juridiques et financières suivantes : (…) la Fédération de Russie a cessé au 16 mars 2022 d'être Partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe qui ne sont ouverts qu'aux Etats membres de l'Organisation. La Fédération de Russie continuera toutefois à être Partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe auxquels elle a exprimé son consentement à être liée, et qui sont ouverts à l'adhésion d'Etats non-membres » (Comité des ministres, 23 mars 2022, Résolution CM/Res(2022)3 sur des conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie, CM/Del/Dec(2022)1429bis/2.3).

Sur le principe, on pourra relever le poids accordé à ces deux résolutions dans le raisonnement de la Cour de cassation, sans que celle-ci ne s'embarrasse des vérifications parfois obscures qu'elle pose, dans d'autres affaires, comme préalables à la prise en compte du droit ayant une origine internationale. Ici, la Cour de cassation ne juge aucunement utile de s'interroger sur le caractère juridiquement obligatoire des résolutions sur lesquelles elle se fonde, ou de rechercher si celles-ci remplissent les critères de reconnaissance de l'effet direct. Cela illustre l'attitude assez pragmatique que peuvent parfois adopter les juridictions françaises à l'égard du droit dérivé des organisations internationales. Malgré l'absence de renvoi exprès à cette source du droit international dans la Constitution (pas plus qu'il n'en est fait mention à l'article 38 du Statut de la CIJ), les juges français peuvent en tenir compte lorsque cela s'avère pertinent au regard des litiges dont ils sont saisis (B. Tranchant, « L'application contentieuse des normes techniques des organisations internationales », cette *Revue*, 2022, spéc. p. 471 ; C. Santulli, *Introduction au droit international*, Pedone, Paris, 2013, p. 238).

En substance, il ne faudrait toutefois pas que les juridictions françaises en viennent à attribuer à de telles résolutions des effets qu'elles ne sauraient produire, pas même dans l'ordre international. La précision s'impose car il pourrait sembler, à la lecture de l'arrêt commenté, que la Cour de cassation reconnaît au Comité des ministres du Conseil de l'Europe le pouvoir de décider du statut de la Fédération de Russie non seulement à l'égard de cette organisation, mais aussi à l'égard des conventions qui ont été négociées en son sein et auxquelles cet Etat est devenu Partie. L'arrêt énonce ainsi que « [p]ar résolution adoptée le 23 mars 2022, [le] Comité des ministres a décidé que la Fédération de Russie a cessé au 16 mars 2022 d'être partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe qui ne sont ouverts qu'aux Etats membres de l'organisation, mais qu'elle continuera à être partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe auxquels elle a exprimé son consentement à être liée, et qui sont ouverts à l'adhésion d'Etats non-membres », pour en déduire qu'« [i]l en résulte que la Fédération de Russie continue à être partie contractante à [la convention européenne d'extradition] ». Comme si le maintien de la participation de la Fédération de Russie aux

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

conventions en question dépendait du pouvoir de décision du Comité des ministres de cette organisation. Il n'en est pourtant pas ainsi dans l'ordre international.

On sait que conformément aux buts assignés au Conseil de l'Europe par son Statut (not. en son article 1 b)), cette organisation est devenue une enceinte au sein de laquelle ont été négociées et conclues de nombreuses conventions. Pour autant, quel que soit le rôle joué par l'organisation dans l'élaboration du texte de ces conventions, ces dernières constituent juridiquement des traités internationaux conclus entre Etats au sens de la Convention de Vienne de 1969. Telle est d'ailleurs la position exprimée par le Bureau des Traités du Conseil de l'Europe : « La *Série des traités du Conseil de l'Europe* regroupe toutes les conventions élaborées au sein de l'Organisation depuis 1949. Quelle que soit leur dénomination particulière (« accord », « convention », « arrangement », « charte », « code », etc.), tous ces textes sont des traités internationaux au sens de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités » (https://www.coe.int/fr/web/conventions). En tant que traités conclus entre Etats (et/ou, le cas échéant, organisations internationales tierces), ces conventions produisent des effets en fonction de la volonté de ceux qui y sont Parties telle qu'elle ressort de leurs dispositions ainsi que des règles générales du droit des traités. Il en résulte que les organes du Conseil de l'Europe n'ont pas d'autres pouvoirs à l'égard de ces conventions que ceux qu'elles leur reconnaîtraient explicitement (par exemple, celles-ci confient souvent au Secrétaire général du Conseil de l'Europe le rôle de dépositaire du traité). Ainsi, sauf disposition expresse en ce sens, le Comité des ministres n'a pas le pouvoir de mettre fin, unilatéralement, à la participation d'un Etat à une convention élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe. Le Comité des ministres, comme toute autre instance ou Etat intéressé, peut bien porter une appréciation sur les conséquences qu'entraîne, selon lui, l'exclusion de la Russie sur la participation de cette dernière aux conventions élaborées sous l'égide du Conseil de l'Europe. Il peut défendre une position sur cette question, mais cette dernière ne relève pas de son pouvoir de décision.

Afin de déterminer les conséquences de l'exclusion de la Fédération de Russie de cette organisation en ce qui concerne la participation de cet Etat aux conventions négociées en son sein, il convient de se référer aux dispositions des conventions concernées ainsi qu'aux règles consacrées en droit des traités. Le Mémorandum préparé par le Secrétariat du Conseil de l'Europe dès le lendemain de l'exclusion de la Fédération de Russie le relevait en ces termes : « Les conventions et accords conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe ne sont pas des instruments statutaires de l'Organisation ; ce sont des instruments juridiques qui doivent leur existence juridique uniquement à la volonté des parties contractantes exprimée par leur signature et, le cas échéant, par le dépôt de leur instrument de ratification. Le retrait/l'expulsion d'une partie contractante du Conseil ne peut donc, en soi, affecter la position de cet Etat en tant que partie à une convention ou à un accord. Pour qu'un retrait/une expulsion de l'Organisation produise ce résultat, il faut qu'une disposition ait été incluse à cet effet dans l'un des articles de l'instrument en question » (Secrétariat du Conseil de l'Europe, 17 mars 2022, Mémorandum sur les Conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe en vertu de l'article 8 de son Statut, CM(2022)70).

Il est ainsi certaines conventions pour lesquelles la solution à retenir dans une hypothèse comme celle qui nous arrête ne prête pas à débat, étant donné qu'elles prévoient explicitement que la perte de la qualité de Membre du Conseil de l'Europe provoquera la terminaison de l'engagement conventionnel de l'Etat concerné. Par exemple, la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Convention européenne des droits de l'homme dispose en son article 58 que « cesserait d'être Partie à la présente Convention toute Partie contractante qui cesserait d'être membre du Conseil de l'Europe ». De même, la Convention européenne pour la répression du terrorisme prévoit en son article 15 : « La Convention cesse de produire ses effets à l'égard de tout Etat contractant qui se retire du Conseil de l'Europe ou qui cesse d'y appartenir ».

Pour les conventions qui ne comprennent pas de telles dispositions expresses, la résolution adoptée le 23 mars 2022 par le Comité des Ministres, à laquelle renvoie la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, estime opportun de distinguer deux catégories : les conventions qui prévoient dans leurs dispositions finales que seuls les Membres du Conseil de l'Europe pourront les ratifier ou y adhérer, qualifiées pour cette raison de traités « fermés », d'une part, les conventions qui prévoient dans leurs dispositions finales qu'elles sont ouvertes à l'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe, qualifiées de traités « ouverts », d'autre part.

La situation des traités dits « fermés » peut poser question. Le fait qu'ils soient seulement ouverts à l'adhésion ou à la ratification par des Etats membres du Conseil de l'Europe implique-t-il nécessairement que si un Etat, qui s'est valablement engagé à l'égard d'un tel traité, cesse d'être membre du Conseil de l'Europe, celui-ci cessera par là, *ipso facto*, d'y être Partie ? Le Mémorandum préparé par le Secrétariat du Conseil de l'Europe le 17 mars 2022 adoptait sur ce point une attitude prudente, relevant la possibilité de soutenir diverses approches. Ce document commençait ainsi par relever qu'« il pourrait être soutenu que le retrait/l'expulsion de l'Organisation n'aurait pas, dans ces cas, pour effet immédiat que l'ancien Etat membre en question cesse d'être partie à la convention concernée ». Puis, après avoir relevé des considérations d'opportunité (« [i]l faut cependant garder à l'esprit les implications pratiques et politiques d'une telle participation continue de l'Etat qui se retire/est expulsé à ces régimes conventionnels « fermés » »), le Mémorandum mentionnait que la position contraire pourrait également être défendue : « [i]l semble donc tout aussi possible de soutenir que la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe entraîne, comme conséquence directe *de facto* et *de jure*, une perte immédiate de la qualité de partie aux conventions « fermées » » (Mémorandum, précité, § 45). Dans sa résolution du 23 mars 2022, le Comité des Ministres se montre pour sa part bien plus tranché. Il y « décide » que « la Fédération de Russie a cessé au 16 mars 2022 d'être Partie contractante aux conventions et protocoles conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe qui ne sont ouverts qu'aux Etats membres de l'Organisation » (Résolution précitée, § 8). Cette position demeure pourtant discutable du point de vue du droit des traités. On relèvera ainsi qu'une condition indispensable à l'entrée en vigueur d'un traité ne constitue pas systématiquement une condition nécessaire au maintien en vigueur de ce traité. Par exemple, la Convention de Vienne de 1969, lorsqu'elle aborde en son article 55 l'hypothèse où le nombre des Parties à un traité multilatéral tomberait au-dessous du nombre nécessaire pour son entrée en vigueur, retient la solution suivante : « A moins que le traité n'en dispose autrement, un traité multilatéral ne prend pas fin pour le seul motif que le nombre des parties tombe au-dessous du nombre nécessaire pour son entrée en vigueur ». *Mutatis mutandis*, il pourrait être considéré que lorsqu'un traité prévoit que la qualité d'Etat membre du Conseil de l'Europe est une condition indispensable pour devenir Partie à ce traité, il n'en résulte pas nécessairement qu'une telle qualité constitue une condition pour demeurer Partie à ce traité. De plus, il doit être relevé qu'à aucun moment la Convention de Vienne de 1969 n'envisage la cessation de la qualité de membre d'une organisation internationale comme motif de terminaison de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'application du traité qui aurait été élaboré dans le cadre de cette organisation. Dans une telle hypothèse, en l'absence de disposition spécifique, seules les causes d'extinction prévues aux articles 60 à 62 de la Convention de Vienne pourraient justifier la terminaison de l'application du traité, si les conditions prévues dans ces dispositions étaient réunies et que la procédure codifiée à l'article 65 de la Convention de Vienne était suivie. En somme, la solution devant être retenue au sujet des traités « fermés » prête plus à débat que ne le laisse paraître la résolution du Comité des ministres sur laquelle la Cour de cassation s'appuie dans l'arrêt commenté.

Dans le cas d'espèce, cependant, le traité en cause – la Convention européenne d'extradition – ne relevait pas de la catégorie des traités « fermés » mais plutôt de celle des traités « ouverts ». La lecture des dispositions finales de cette convention pourrait, certes, relativiser quelque peu son « ouverture » à l'égard des Etats non membres du Conseil de l'Europe. Car ces derniers ne se voient pas reconnaître un droit à adhérer à la Convention européenne d'extradition. Celle-ci prévoit simplement que « [l]e Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pourra inviter tout Etat non membre du Conseil à adhérer à la présente Convention. La résolution concernant cette invitation devra recevoir l'accord unanime des membres du Conseil ayant ratifié la Convention » (article 30). Il n'en reste pas moins que des Etats tiers peuvent effectivement être Parties à cette convention. De fait, l'Afrique du Sud, Israël et la République de Corée y participent. Dans ces conditions, il serait bien difficile de soutenir que pour les Etats membres du Conseil de l'Europe, la fin de leur appartenance à cette organisation impliquerait la terminaison de leur participation à la convention européenne d'extradition. C'est donc à bon droit que la Cour de cassation a pu conclure en l'espèce que nonobstant son exclusion du Conseil de l'Europe, la Fédération de Russie continuait d'être Partie à cette convention. Moins parce que le Comité des ministres en a décidé ainsi, toutefois, que parce que cela correspond à la solution prévue par le droit international.

BAPTISTE TRANCHANT

Cass. 1ère civ., 7 décembre 2022, *Oschadbank c. Fédération de Russie*, n° 21-15.390, Publié au *bulletin*

[Crimée — Champ d'application temporel d'un TBI —Compétence ratione temporis d'un tribunal d'investissement — Recours en annulation / Crimea — Temporal scope of application of a BIT — Jurisdiction ratione temporis of an investment tribunal — Annulment proceeding]

« Exposé du litige

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 30 mars 2021), le 27 novembre 1998, la Fédération de Russie et la République d'Ukraine ont conclu un traité bilatéral de protection des investissements (le TBI), qui est entré en vigueur le 27 janvier 2000.

2. Après avoir défini le terme « investissements » en son article 1.1, le TBI prévoit, en son article 9, que « Tout différend entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante qui surgit en rapport avec les investissements, y compris les différends qui concernent le montant, les modalités ou la procédure de paiement des indemnités, prévus à l'article 5 du présent accord, ou la procédure de transfert des paiements, prévue à l'article 7 du présent accord » peut être soumise à l'arbitrage après une tentative de règlement amiable.

3. L'article 12 stipule que « Le présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1er janvier 1992 ».

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

4. Le 20 janvier 2016, la société ukrainienne Joint Stock Company « State Savings Bank of Ukraine » (la banque) a engagé, sur le fondement de ce traité, une action indemnitaire devant un tribunal arbitral, en invoquant l'expropriation par la Fédération de Russie, en 2014, de ses actifs situés en Crimée.

5. La Fédération de Russie a formé un recours en annulation de la sentence qui, après avoir constaté la violation du TBI, l'a condamnée à payer à la banque la somme de 1 111 300 729 dollars US.

Moyens

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

6. La banque fait grief à l'arrêt d'annuler la sentence arbitrale et de la condamner à verser 150 000 euros à la Fédération de Russie en application de l'article 700 du code de procédure civile, alors « que, sans s'arrêter aux dénominations retenues par les arbitres ou proposées par les parties, le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage ; que ce contrôle est exclusif de toute révision au fond de la sentence ; que selon l'article 9 du Traité bilatéral d'investissement conclu le 27 novembre 1998 entre la Fédération de Russie et l'Ukraine sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, "tout différend entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante qui surgit en rapport avec les investissements, y compris les différends qui concernent le montant, les modalités ou les procédures de paiement des indemnités, prévu à l'article 5 du présent accord, ou la procédure de transfert des paiements, prévue à l'article 7 du présent accord" peut être soumis à l'arbitrage ; que l'article 12 du Traité bilatéral d'investissement, en ce qu'il prévoit que "le présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1er janvier 1992", ne limite pas la protection procédurale offerte par la convention d'arbitrage figurant à l'article 9 de ce traité aux investissements réalisés après cette date, mais affecte uniquement l'entrée en vigueur de la protection substantielle des investissements par le traité ; qu'ainsi, en se prononçant comme elle l'a fait, motifs pris que "l'offre d'arbitrage qui résulte de l'article 9 n'est pas une offre générale et inconditionnelle pour tout litige d'investissement entre la Fédération de Russie et l'Ukraine, mais une offre insérée dans les limites fixées par le traité bilatéral d'investissement de sorte que la protection procédurale offerte par la clause d'arbitrage et dont la compétence du tribunal arbitral est subordonnée à l'applicabilité du traité à l'investissement objet du litige et plus précisément à l'existence d'un litige portant sur un investissement qui a nécessairement été réalisé par l'investisseur d'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre à compter du 1er janvier 1992" et que "les termes de l'article 12 précité sont suffisamment clairs pour considérer qu'il détermine le champ d'application temporel du traité et qu'il n'ouvre droit à une protection tant substantielle que procédurale qu'aux seuls investissements qui ont été réalisés à compter du 1er janvier 1992 de sorte qu'en sont nécessairement exclu ceux qui l'ont été antérieurement", pour en déduire que l'activité bancaire de la société JSC Oschadbank en Crimée ayant débuté avant le 2 janvier 1992, cela impliquait "nécessairement que la réalisation de l'investissement le fût également" et que "la condition temporelle posée par l'article 12 du Traité bilatéral d'investissement qui contient l'offre d'arbitrage n'est pas satisfaite de sorte que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent pour connaître du litige", la cour d'appel a violé l'article 1520,1° du code de procédure civile ».

Motivation

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen

7. La Fédération de Russie invoque l'irrecevabilité du moyen en ce que la banque se serait contredite à son détriment lors du recours en révision de la sentence.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

8. Cependant, les moyens invoqués dans une autre instance ne sauraient caractériser une contradiction au détriment d'autrui.

9. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu l'article 1520, 1°, du code de procédure civile :

10. Il résulte de ce texte que, si le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage, ce contrôle est exclusif de toute révision au fond de la sentence.

11. En matière de protection des investissements transnationaux, le consentement de l'Etat à l'arbitrage procède de l'offre permanente d'arbitrage formulée dans un traité, adressée à une catégorie d'investisseurs que ce traité délimite pour le règlement des différends touchant aux investissements qu'il définit.

12. Pour annuler la sentence, l'arrêt retient que l'article 9 du TBI n'institue pas une offre générale et inconditionnelle pour tous litiges d'investissements entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante, mais une offre insérée dans les limites fixées par le traité, de sorte que la protection procédurale offerte par la clause d'arbitrage et donc la compétence du tribunal arbitral est subordonnée à l'applicabilité du traité à l'investissement objet du litige et plus précisément à l'existence d'un litige portant sur un investissement qui a nécessairement été réalisé par un investisseur d'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre à compter du 1er janvier 1992.

13. En statuant ainsi, alors que ni l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 9 ni la définition des investissements prévue à l'article 1er ne comportaient de restriction ratione temporis et que l'article 12 n'énonçait pas une condition de consentement à l'arbitrage dont dépendait la compétence du tribunal arbitral, mais une règle de fond, la cour d'appel, qui devait seulement vérifier, au titre de la compétence ratione temporis, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité, a violé le texte susvisé.

Dispositif

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il rejette la fin de non-recevoir soulevée par la société par actions Joint Stock Company « State Savings Bank of Ukraine » sur le moyen tiré de l'incompétence temporelle du tribunal arbitral, l'arrêt rendu le 30 mars 2021, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sauf sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la Fédération de Russie aux dépens »

Les prolongements contentieux du recours à la force de la Russie contre l'Ukraine depuis 2014 sont particulièrement développés. Au-delà de procédures interétatiques pendantes ou conclues devant la Cour internationale de Justice, l'Organe de règlement des différends de l'OMC, la Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal international du droit de la mer ou la Cour permanente d'arbitrage, des milliers de procédures ont pu être engagées par des individus devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la plupart de ces procédures se pose la question de l'identité de l'Etat exerçant sa juridiction sur un espace déterminé. Le contentieux international de l'investissement ne fait pas exception, même si le nombre de procédures est évidemment bien moindre (pour les conséquences de l'annexion de la Crimée : *NPC Ukrenergo v. Russian Federation*, PCA n° 2020-17, initiée le 27 aout 2019 ; *PJSC DTEK Krymenergo v. the Russian Federation*, PCA n° 2018- 41, initiée en 2017 ; *NJCS Naftogaz of Ukraine and others v. The Russian Federation*, PCA n° 2017-16, initiée le 17 octobre 2016 ; *Aeroport Belbek*

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

LLC and Igor Valerievich Kolomoisky v. the Russian Federation, PCA n° 2015-07, initiée le 9 janvier 2015 ; *Everest Estate LLC, Edelveis-2000 PE, Fortuna CJSC and others v. The Russian Federation*, PCA n° 2015-36, initiée le 19 juin 2015 ; *Limited Liability Company Aberon Ltd and others v. The Russian Federation*, PCA n° 2015-29, initiée le 26 mai 2015 ; *PJSC CB PrivatBank and Finance Company Finilon LLC v. The Russian Federation*, PCA n° 2015-21, initiée le 13 avril 2015 ; *Crimea-Petrol LLC and others v. The Russian Federation*, PCA n° 2015-35, initiée le 15 juin 2015 ; *PJSC Ukrnafta v. The Russian Federation*, PCA n° 2015-34, initiée le 15 juin 2015).

L'affaire *Oschadbank c. Fédération de Russie* porte sur des allégations d'expropriation des avoirs de cette banque ukrainienne (détenue par l'Etat ukrainien) par les autorités russes dans le contexte de l'annexion de la Crimée en 2014. Suite à l'entrée en vigueur, le 21 mars 2014, du « traité d'adhésion de la République de Crimée à la Russie », les autorités russes avaient adopté, le 2 avril 2014, une « loi sur les particularités de fonctionnement du système financier de la République de Crimée et de la ville d'importance fédérale, Sébastopol, pendant la période transitoire ». Le 6 mai 2014, la Banque nationale d'Ukraine adoptait la résolution n° 260 par laquelle elle interdisait à toute banque ukrainienne de conduire des activités bancaires sur la péninsule de Crimée à compter du 6 juin 2014 « en raison de la prise de contrôle de l'appareil juridique et administratif ainsi que de la fermeture physique de la frontière avec l'installation de points de contrôle armés par les soi-disant autorités de Crimée ». Le 26 mai 2014, la Banque de Russie ordonne la cessation des activités de la société JSC Oschadbank en Crimée et désigne un représentant pour administrer les actifs de la banque sur la péninsule nouvellement rattachée à la Russie. Saisi d'une requête le 20 janvier 2016, un tribunal arbitral de la Cour permanente d'arbitrage constitué conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur le fondement du traité bilatéral d'investissement Ukraine – Russie du 27 novembre 1998 (entré en vigueur le 27 janvier 2000) prononçait en 2018 la condamnation du défendeur à verser plus d'un milliard de dollars au demandeur (CPA, 26 novembre 2018, *Oschadbank v. Russian Federation*, PCA n° 2016-14, non publiée du fait de l'absence de consentement de la Russie à la publication). La Russie, qui n'avait pas participé à la procédure arbitrale, exerça un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris au motif que l'investissement dont la banque ukrainienne alléguait avoir été expropriée avait été acquis et exploité avant la mise en œuvre de la protection offerte par le TBI Ukraine – Russie. La clause d'arbitrage inscrite dans le traité ne saurait ainsi être efficace pour un différend lié à un investissement non-protégé par le traité (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 30 mars 2021, *Fédération de Russie c. Oschadbank*, n° 19/04161 : *JCPE-E*, 2021, act. 325 ; *Dalloz actualités*, 30 avril 2021, obs. Jeremy Jourdan-Marques). La Cour d'appel fit droit à cette prétention.

La Cour d'appel de Paris soulignait notamment, dans le prolongement de la solution dégagée dans l'affaire Schooner (Cass., 1ère civ., *Monsieur Vincent J. Ryan fondateur et président de Schooner Capital LLC, Société Schooner Capital LLC (Limited Liability Company), Société Atlantic Investment Partners LLC (Limited Liability Company) c. République de Pologne*, n° 19-15.396 : *JDI*, 2021, p. 1394, note Maximin de Fontmichel ; CA Paris, pôle 1, chambre 1, 2 avril 2019, *Monsieur Vincent J. Ryan fondateur et président de Schooner Capital LLC, Société Schooner Capital LLC (Limited Liability Company), Société Atlantic Investment Partners LLC (Limited Liability Company) c. République de Pologne*, n° 16/24358, cette chronique, *Revue*, 2019, p. 552, note Julien Cazala) que « lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état à cet effet, de nouveaux éléments de preuves ».

L'affaire présente d'intéressants développements relatifs à la distinction entre compétence *ratione temporis* d'un tribunal arbitral et application *ratione temporis* d'un traité d'investissement. Le TBI Russie-Ukraine de 1998 (entré en vigueur en 2000) combine (dans la traduction française présentée dans le cadre du recours en annulation devant les juridictions françaises) les dispositions suivantes : « Le présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1er janvier 1992 » (art. 12) et « [t]out différend entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante qui surgit en rapport avec les investissements » peut être soumis à l'arbitrage (art. 9). La Fédération de Russie avait convaincu la Cour d'appel de Paris que la question de la date de la réalisation de l'investissement est bien une question de compétence et non de fond et relève dès lors du contrôle de l'article 1520 du code de procédure civile dans la mesure où la détermination de la date de réalisation de l'investissement est une condition d'application du traité bilatéral d'investissement qui déterminerait en amont l'applicabilité de la clause d'arbitrage de l'article 9. Par ailleurs, la Russie contestait la nature étrangère de l'investissement en rappelant que lors de sa réalisation l'investissement était purement interne et le fait que postérieurement la Crimée ait accédé à la Fédération de Russie n'aurait pas transformé un investissement purement interne en investissement étranger. Ce second point n'est pas analysé par la Cour d'appel de Paris ou la Cour de cassation mais ne peut manquer de retenir l'attention.

La Cour d'appel fit droit à la prétention de la Fédération de Russie sur le premier point en affirmant qu'il « ressort de ces clauses que l'offre d'arbitrage qui résulte de l'article 9 n'est pas une offre générale et inconditionnelle pour tous les litiges d'investissements entre la Fédération de Russie et l'Ukraine mais une offre insérée dans les limites fixées par le Traité bilatéral d'investissement de sorte que la protection procédurale offerte par la clause d'arbitrage et donc la compétence du tribunal arbitral est subordonnée à l'applicabilité du traité à l'investissement objet du litige et plus précisément à l'existence d'un litige portant sur un investissement qui a nécessairement été réalisé par un investisseur d'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre à compter du 1er janvier 1992 » (CA Paris, pt. 75). Or, d'après la Cour d'appel de Paris, « les termes de l'article 12 précité sont suffisamment clairs pour considérer qu'il détermine le champ d'application temporel du traité et qu'il n'ouvre droit à une protection tant substantielle que procédurale qu'aux seuls investissements qui ont été réalisés à compter du 1er janvier 1992 de sorte qu'en sont nécessairement exclus ceux qui l'ont été antérieurement » (CA Paris, pt. 83). Dès lors, « il convient de considérer que l'application du Traité bilatéral conclu le 27 novembre 1998 entre la Fédération de Russie et l'Ukraine contenant la clause d'arbitrage à un investissement dépend de la date à laquelle l'investissement a été réalisé et qu'il ne peut être tiré la conséquence de ce que cet investissement a perduré après le 1er janvier 1992, une circonstance opérante pour l'attraire dans le champ d'application de ce traité » (CA Paris, pt. 93). Les investissements ayant été réalisés en Crimée avant le 1er janvier 1992, la Cour d'appel de Paris décide de prononcer l'annulation de la sentence arbitrale du 26 novembre 2018, le tribunal arbitral s'étant à tort déclaré compétent pour régler le différend.

La banque ukrainienne allègue que le traité bilatéral « ne limite pas la protection procédurale offerte par la convention d'arbitrage figurant à l'article 9 de ce traité aux

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

investissements réalisés après cette date [1er janvier 1992], mais affecte uniquement l'entrée en vigueur de la protection substantielle des investissements par le traité » (pt. 6). Il y aurait ainsi une dissociation de la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral et du champ d'application *ratione temporis* du traité bilatéral d'investissement.

La banque ukrainienne obtient la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel qui a violé l'article 1520 du code de procédure civile (Cass. 1ière civ., 7 décembre 2022, *Oschadbank c. Fédération de Russie*, n° 21-15.390, Publié au *bulletin* ; *Dalloz Actualité*, 9 janvier 2023, chron. Jérémy Jourdan-Marques). L'examen de la Cour est particulièrement sommaire et repose uniquement sur un élément de droit de l'arbitrage. Elle énonce qu'en « statuant ainsi, alors que ni l'offre d'arbitrage stipulée à l'article 9 ni la définition des investissements prévue à l'article 1er ne comportaient de restriction *ratione temporis* et que l'article 12 n'énonçait pas une condition de consentement à l'arbitrage dont dépendait la compétence du tribunal arbitral, mais une règle de fond, la cour d'appel, qui devait seulement vérifier, au titre de la compétence *ratione temporis*, que le litige était né après l'entrée en vigueur du traité, a violé le texte susvisé » (pt. 13). C'est, au regard de l'étendue du contrôle que peut opérer le juge français, la seule conclusion à laquelle pouvait parvenir la Cour de cassation. Si le TBI opère une distinction entre la protection substantielle qui ne couvrirait que les investissements postérieurs au 1er janvier 1992 (art. 12) et la protection procédurale qui ne comporte pas une telle limite (art. 9), le juge qui, dans l'exercice d'un recours en annulation, mobiliserait la limitation temporelle (du 1er janvier 1992) ne peut qu'opérer un contrôle du fond. Or, les termes de l'article 1520.1° du code de procédure civile sont clairs :

Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

Il est ainsi constant de considérer que le contrôle opéré par le juge français est exclusif de toute révision au fond de la sentence (même si l'on sait que les évolutions jurisprudentielles récentes conduisent le juge de l'annulation à « flirter » parfois avec la révision au fond : voir Jérémy Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage : où va le contrôle étatique de l'arbitrage international ? », *Dalloz Actualités*, 30 avril 2021 ; Thomas Clay, « Arbitrage et modes amiables de règlement des conflits », *Dalloz*, 2022, p. 2330).

Si nous partageons pleinement la position de la Cour de cassation, il est vrai que les TBI dans lesquels on trouve cette distinction ne sont pas toujours lisibles. Ainsi, le TBI Ukraine – Russie est signé en 1998, entre en vigueur en 2000 et protège les investissements constitués après le 1er janvier 1992 mais sa clause d'arbitrage ne comporte pas de limitation temporelle. Certains traités mobilisent des éléments *ratione temporis* de manière plus claire. On peut mentionner le TBI conclu entre la Fédération de Russie et la Lituanie en 1999 qui énonce clairement que « [t]his Agreement shall apply to investments made in the territory of one Contracting Party by the investors of the other Contracting Party as from January 1, 1992. The provisions of this Agreement shall apply to the disputes, referred to in the Articles 10 and 11 of this Agreement, from the date of its entry into force »

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

(*Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Lithuania on the Promotion and Reciprocal Protection of the Investments*, Moscou, 29 juin 1999). Cette formule utilisée dans un TBI conclu par la Russie avec une ancienne République soviétique retient la référence aux investissements réalisés après le 1er janvier 1992 et éclaire peut-être sur la conscience des difficultés que pouvait générer la rédaction retenue dans le TBI conclu par la Russie avec l'Ukraine quelques mois plus tôt.

La solution retenue dans le TBI Ukraine – Russie pourrait permettre que la clause de règlement des différends soit mobilisable pour un investissement réalisé antérieurement au 1er janvier 1992 dès lors que les règles de fond dont le bénéfice serait réclamé ne seraient pas celles figurant dans le traité. La solution n'est évidemment pas exempte de difficulté mais n'est pas contraire à l'orthodoxie juridique. Dans le contexte spécifique des investissements en Crimée, elle peut être contournée en considérant qu'un investissement ukrainien réalisé en Crimée ukrainienne avant le 1er janvier 1992, deviendrait un investissement ukrainien en « Crimée russe » dès lors que cet espace est rattaché à la Fédération de Russie, c'est-à-dire le 21 mars 2014.

Le TBI Ukraine – Russie vise classiquement à protéger les investissements d'un ressortissant d'une partie sur le territoire de l'autre ; ici un investissement ukrainien sur le territoire russe. La question de la qualification d'investissement étranger sur le territoire russe présente évidemment un intérêt incontestable. Il n'est pas rare que la nationalité de l'investisseur soit au cœur du contentieux international de l'investissement, il est évidemment plus original que le caractère étranger d'un investissement soit potentiellement acquis du fait d'une mutation territoriale.

On sait que la convention européenne des droits de l'homme ne vise pas expressément le territoire des Etats parties mais prévoit que la convention est opposable à l'Etat par toute personne relevant de sa juridiction. Cela peut donc s'étendre au-delà du territoire de l'Etat partie (la jurisprudence est abondante : dans le contexte du rattachement de la Crimée au territoire de la Fédération de Russie : Cour EDH (GC), 14 janvier 2021, *Ukraine c. Russie (Crimée)*, n° 20958/14 et 38334/18, § 349). Les accords d'investissements limitent quant à eux le plus souvent la protection aux investissements réalisés par un ressortissant d'une partie sur le territoire d'une autre partie. C'est notamment le cas du traité bilatéral d'investissement Ukraine – Russie de 1998 qui dispose que « *"Territory" shall denote the territory of the Russian Federation or the territory of the Ukraine and also their respective exclusive economic zone and the continental shelf as defined in conformity with the international law* » (TBI Ukraine – Russie, art. 1.4). Une lecture littérale de cette disposition conduirait à penser qu'il serait nécessaire de qualifier la Crimée de territoire russe pour que les investissements ukrainiens réalisés sur cette espace soient couverts par les dispositions du traité. La question est évidemment sensible et a donné lieu à des études particulièrement inspirées (voit notammenent : Andreas Kallergis, « L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées », *JDI*, 2022, pp. 825-857 ; Richard Happ, Sebastian Wuschka, « *Horror Vacui* : Or Why BITs Should Apply to Illegally Annexed Territories », *Journal of International Arbitration*, 2016, n° 3, pp. 245-268). Il est admis dans la pratique de nombreux tribunaux arbitraux d'investissement que la condition d'application d'un traité d'investissement à l'espace contrôlé par l'Etat peut se substituer à la classique application à son seul territoire. Il ne serait ainsi pas nécessaire de se prononcer sur la légalité de l'intégration de la Crimée au territoire de la Fédération de Russie (*contra* : Patrick Dumberry, « Requiem for Crimea: Why Tribunals Should

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Have Declined Jurisduction over the Claims of Ukrainian Investors against Russia under the Ukraine-Russia BIT », *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, vol. 9, pp. 506-533). Les tribunaux arbitraux d'investissement (tous établis par la Cour permanente d'arbitrage, la Russie n'ayant jamais ratifié la Convention de Washington établissant le CIRDI qu'elle a signée le 16 juin 1992) saisis contre la Fédération de Russie par des investisseurs ukrainiens en Crimée sur le fondement du TBI Ukraine – Russie de 1998 se sont tous reconnus compétents en considérant qu'il y avait bien un investissement ukrainien couvert par le traité sans pour autant prendre position sur la conformité au droit international du rattachement de la Crimée au territoire de la fédération de Russie. Toutes les sentences n'ont pas été publiées, mais les informations qui sont diffusées montrent que les tribunaux arbitraux ont largement mobilisé une construction inspirée de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires concernant divers espaces contestés (la partie septentrionale de Chypre, la Transnistrie, l'Ossétie du sud, l'Abkhazie, le Haut-Karabagh et en dernier lieu la Crimée). On en comprend évidemment la logique, conforme à l'objectif de protection des investissements, mais cette transposition interroge cependant dans la mesure où les conditions de respect posées par la Convention européenne des droits de l'homme (les « Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la […] Convention », Conv. EDH, art 1) ne sont pas semblables à celles des TBI qui visent le territoire de chacune des parties. Il n'en est pas moins vrai que l'on imagine mal que les actes de la Russie contraires au traité d'investissement soient protégés par la non-conformité au droit international de l'intégration de la Crimée au territoire russe. La voie suivie par les tribunaux arbitraux (l'extension de l'application du TBI aux espaces contrôlés de fait par la Russie) permet d'assurer la protection des investissements sans se prononcer sur la légalité de l'incorporation de la Crimée au territoire de la Fédération de Russie.

Enfin, sur un tout autre plan, et pour revenir plus directement à la Cour de cassation, un passage de l'arrêt rapporté peut surprendre. La première chambre civile énonce sous forme de vérité générale qu'en « matière de protection des investissements transnationaux, le consentement de l'Etat à l'arbitrage procède de l'offre permanente d'arbitrage formulée dans un traité, adressée à une catégorie d'investisseurs que ce traité délimite pour le règlement des différends touchant aux investisseurs qu'il définit » (pt. 11). S'il est vrai que cela est la forme aujourd'hui la plus courante (76% des requêtes déposées devant le CIRDI depuis 1965 : *The ICSID Caseload – Statistics, issue 2022-2*, p. 11) elle n'est est pas exclusive d'autres voies d'expression du consentement étatique (clause compromissoire dans un contrat, compromis arbitral, offre d'arbitrage contenue dans une loi nationale) ; c'est donc une pratique dominante mais pas une caractéristique ontologique de l'arbitrage relatif aux investissements internationaux.

JULIEN CAZALA

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

CE, 2ième et 7ième chambres réunies, 18 novembre 2022, n° 461381, inédit au *Rec. Lebon*

[Conflit entre traités internationaux — Convention bilatérale d'extradition — Article 3 CEDH — Réclusion à perpétuité incompressible — Assurances diplomatiques / Conflict of international treaties — Bilateral extradition convention — Article 3 ECHR — Incompressible life imprisonment — Diplomatic assurances]

« Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 10 février et 14 mars 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. B... A... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret du 28 décembre 2021 par lequel le Premier ministre a accordé son extradition aux autorités marocaines ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761 1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- la convention d'extradition conclue entre la République française et le Royaume du Maroc le 18 avril 2008 ;

- le code de procédure pénale ;

- le code des relations entre le public et l'administration ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Sébastien Gauthier, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Clément Malverti, rapporteur public,

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Boullez, avocat de M. A... ;

Considérant ce qui suit :

1. Les autorités marocaines ont formé deux demandes d'extradition de M. A... pour l'exécution, d'une part, d'un mandat d'arrêt international délivré le 8 novembre 2018 par le Parquet général du Roi près la cour d'appel de Rabat pour des faits qualifiés de complicité de corruption, de détention, transport, trafic, exportation, tentative d'exportation, possession illicite et facilitation d'usage de produits stupéfiants et, d'autre part, d'un mandat d'arrêt international décerné le 16 novembre 2018 par le Parquet général du Roi près la cour d'appel de Meknès pour des faits qualifiés de tentative d'homicide volontaire. Par le décret attaqué, le Premier ministre a accordé aux autorités marocaines l'extradition de M. A....

2. En premier lieu, il ressort des mentions de l'ampliation du décret attaqué, certifiée conforme par la secrétaire générale du Gouvernement, que le décret attaqué a été signé par le Premier ministre et contresigné par le garde des sceaux, ministre de la justice.

3. En deuxième lieu, le décret attaqué comporte l'énoncé des considérations de fait et de droit qui en constituent le fondement et satisfait ainsi à l'exigence de motivation prévue à l'article L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration.

4. En troisième lieu, si, aux termes du c) du 2. de l'article 6 de la convention d'extradition conclue entre la République française et le Royaume du Maroc, la demande d'extradition doit notamment être accompagnée d'un "exposé des faits pour lesquels l'extradition est demandée, du lieu et de la date de leur perpétration", il ressort des pièces du dossier que, contrairement à ce que soutient le requérant, la demande d'extradition à raison d'infractions en matière de stupéfiants permettait d'apprécier la date à laquelle les faits poursuivis avaient été commis.

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

5. En dernier lieu, l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que : "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants". Ces stipulations font obstacle à l'extradition d'une personne exposée à une peine incompressible de réclusion perpétuelle, sans possibilité de réexamen et, le cas échéant, d'élargissement.

6. M. B... A... soutient qu'en cas d'exécution du décret attaqué, il risque d'être exposé à des traitements inhumains ou dégradants en raison du caractère incompressible de la peine de réclusion criminelle à perpétuité qu'il encourt en cas de condamnation pour les faits de tentative d'homicide volontaire qui lui sont reprochés. Il ressort des pièces du dossier, et notamment du complément d'information en date du 2 septembre 2019 apporté aux autorités françaises par le Procureur général du Roi près la cour d'appel de Meknès ainsi que de la réponse faite à la mesure d'instruction ordonnée par la 2ième chambre de la section du contentieux du Conseil d'Etat, qu'une personne condamnée à la peine de réclusion à perpétuité ne peut bénéficier du dispositif de libération conditionnelle prévu à l'article 622 du code de procédure pénale marocain. Si les autorités marocaines ont fourni aux autorités françaises des indications sur les conditions d'octroi de la grâce pouvant être accordée par le Roi du Maroc, il ne ressort pas de ces indications qu'elle puisse être considérée comme un mécanisme de réexamen. En outre, si les autorités marocaines ont fait valoir la possibilité que soient reconnues à l'intéressé des circonstances atténuantes en application de l'article 147 du code pénal marocain, elles n'ont pas fourni d'assurances que le requérant ne serait pas condamné à une peine de réclusion à perpétuité.

7. Dans ces conditions, le décret attaqué, en ce qu'il expose M. A..., en cas d'extradition pour l'exécution du mandat d'arrêt à raison de faits qualifiés de tentative d'homicide volontaire, à une peine de réclusion criminelle à perpétuité incompressible sans possibilité de réexamen, méconnaît les stipulations de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il suit de là que l'extradition ne pouvait être légalement accordée pour ces faits.

8. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de la requête concernant ces faits, que M. A... est fondé à demander l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 28 décembre 2021 en tant seulement qu'il accorde son extradition aux autorités marocaines pour la poursuite des faits qualifiés de tentative d'homicide volontaire.

9. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par M. A... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : Le décret du 28 décembre 2021 est annulé en tant qu'il accorde l'extradition de M. A... aux autorités marocaines pour l'exécution du mandat d'arrêt international décerné le 16 novembre 2018 par le Parquet général du Roi près la cour d'appel de Meknès pour des faits qualifiés de tentative d'homicide volontaire.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de M. A... est rejeté.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à M. B... A... et au garde des sceaux, ministre de la justice. »

En réponse à deux demandes d'extradition formulées par le Maroc à l'égard d'un de ses ressortissants – l'une en raison d'infractions en matière de stupéfiants l'autre pour des faits qualifiés d'homicide volontaire – le gouvernement français avait décidé d'accéder à celles-ci par un décret unique en date du 28 décembre 2021. Mettant en œuvre une convention bilatérale franco-marocaine, ce décret d'extradition a toutefois été contesté devant le Conseil d'Etat au regard des exigences découlant de l'article 3 de la CEDH, compte tenu de la peine encourue par l'individu réclamé en cas de procès au Maroc. La plus haute juridiction administrative française se trouvait ainsi saisie de la question, ardue, des conflits entre conventions internationales. Confronté à une telle hypothèse, le

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

Conseil d'Etat rend un arrêt plus complexe et peut-être plus paradoxal qu'il n'y paraît à première vue. Tout d'abord, le Conseil d'Etat décide de passer sous silence l'existence, dans les circonstances d'espèce, d'un véritable conflit entre conventions internationales contradictoires (1). Ensuite, il parvient sur ce point à une décision opposée à la solution de principe qui avait été précédemment promue par sa formation de jugement la plus solennelle (2). Enfin, il est peut-être à craindre que l'annulation partielle du décret d'extradition à laquelle conclut l'arrêt commenté ne satisfasse, à l'analyse, aucune des deux conventions internationales qui s'avéraient applicables au cas d'espèce (3).

1. UN CONFLIT ENTRE CONVENTIONS INTERNATIONALES PASSÉ SOUS SILENCE

Les contradictions pouvant exister entre les obligations posées par des conventions d'extradition et par les traités de protection des droits de l'homme constituent un problème bien identifié dans les jurisprudences européenne, interne et internationale. La célèbre affaire *Soering c. Royaume-Uni*, tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme a bien illustré la problématique (Cour EDH, 7 juillet 1989, *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88). Saisi d'une demande d'extradition, un Etat peut parfois se retrouver dans l'obligation de livrer l'individu réclamé en vertu des conventions d'extradition qu'il a conclues et, tout en même temps, être tenu de ne pas procéder à une telle remise en vertu des conventions internationales de protection des droits de l'homme qui le lient, la CEDH interdisant notamment en son article 3 d'extrader un individu s'il risque d'être exposé à des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination. En l'affaire *Soering*, le risque de violation identifié par la Cour EDH découlait de la possibilité pour l'individu réclamé d'être condamné à mort aux Etats-Unis et d'y souffrir en conséquence du « syndrome du couloir de la mort ». C'est dans le prolongement de cette jurisprudence que se situe l'arrêt commenté.

En l'espèce, le ressortissant dont l'extradition était demandée par le Maroc ne risquait pas d'y être condamné à la peine capitale. Toutefois, faisant l'objet de poursuites pour des faits qualifiés d'homicide volontaire, celui-ci était susceptible de se voir infliger une peine de réclusion à perpétuité incompressible en vertu du code pénal marocain. Or, la jurisprudence de la Cour EDH considère que de telles peines ne sont pas compatibles avec l'article 3 de la Convention européenne. Au nom du « principe voulant que tous les détenus, y compris ceux purgeant des peines perpétuelles, se voient offrir la possibilité de s'amender et la perspective d'être mis en liberté s'ils y parviennent », la Cour européenne estime « qu'en ce qui concerne les peines perpétuelles l'article 3 doit être interprété comme exigeant qu'elles soient compressibles, c'est-à-dire soumises à un réexamen permettant aux autorités nationales de rechercher si, au cours de l'exécution de sa peine, le détenu a tellement évolué et progressé sur le chemin de l'amendement qu'aucun motif légitime d'ordre pénologique ne permet plus de justifier son maintien en détention (…). Il s'ensuit que, là où le droit national ne prévoit pas la possibilité d'un tel réexamen, une peine de perpétuité réelle méconnaît les exigences découlant de l'article 3 de la Convention » (Cour EDH, 9 juillet 2013, *Affaire Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, n° 130/10 et n° 3896/10). Au titre de la « protection par ricochet », la Cour EDH interdit par conséquent aux Etats Parties d'extrader des individus vers des pays où ils risquent d'être condamnés à une peine perpétuelle incompressible (Cour EDH, 4 septembre 2014, *Affaire Trabelsi c. Belgique*, req. n° 140/10). Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà pris note de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

cette exigence dans un arrêt rendu le 9 novembre 2015 où il avait toutefois été considéré que le risque de violation de l'article 3 CEDH n'était pas établi, l'individu concerné n'étant pas susceptible d'être condamné à une peine perpétuelle incompressible dans les circonstances d'espèce (CE, 9 novembre 2015, n° 387245). En revanche, dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat retient pour la première fois qu'un individu faisant l'objet d'une demande d'extradition risque d'être condamné à une telle peine et, partant, à un traitement contraire à l'article 3 CEDH. Le code pénal marocain prévoit en effet pour l'infraction d'homicide volontaire une peine de réclusion à perpétuité. De plus, aucune procédure de réexamen n'est prévue à la suite de telles condamnations, la possibilité de bénéficier éventuellement d'une grâce octroyée par le Roi du Maroc ne satisfaisant pas les conditions posées par la jurisprudence européenne en la matière. Le Conseil d'Etat est donc fondé à relever que le décret d'extradition attaqué, en ce qu'il expose le requérant à une peine de réclusion criminelle à perpétuité incompressible sans possibilité de réexamen, méconnaît les stipulations de l'article 3 de la CEDH (arrêt commenté, § 7). On relèvera, en passant, que le Conseil d'Etat évite opportunément de reprendre ici la terminologie de la Cour européenne qui prétend, de manière contestable, n'établir que de « potentielles » violations de la CEDH dans les affaires d'extradition (par des formules qui relèvent plus de la prédiction que de la fonction de juger, la Cour européenne a pris l'habitude de dire qu' « il y aurait violation » de la Convention si les décisions d'extradition en cause étaient mises à exécution). Avec raison, le Conseil d'Etat relève que le décret attaqué, par sa seule édiction et les risques qu'il fait peser sur le requérant, méconnait d'ores-et-déjà les stipulations de l'article 3 de la CEDH (sur ce point, voir notre note sous CE, sect., 22 décembre 2017, n° 408811, cette *Revue*, 2018, p. 505).

Toutefois, la difficulté est que concomitamment, au regard de la convention bilatérale d'extradition conclue entre la France et le Maroc en 2008, l'Etat français était tenue d'accéder à la demande d'extradition marocaine, y compris pour les faits qualifiés d'homicide volontaire. L'article 1 de cette convention pose en effet une « obligation d'extrader » à laquelle la France était tenue de donner exécution dès lors que les demandes marocaines remplissaient les conditions requises et ne rentraient pas dans les hypothèses pour lesquelles cette convention prévoit des exceptions. Le cas des peines perpétuelles incompressibles n'est en effet visé dans cette convention ni à l'article 3 qui est consacré aux « refus d'extradition », ni à l'article 5 qui ne règle que le problème de la « peine capitale » (Convention d'extradition entre la République française et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 18 avril 2008, *JORF* n° 190 du 18 août 2011). En l'espèce, les obligations découlant pour l'Etat français de sa participation à la CEDH et à la convention d'extradition franco-marocaine s'avéraient donc bien contradictoires.

Face à un tel conflit entre conventions internationales, le Conseil d'Etat ne pouvait par ailleurs pas s'appuyer sur des assurances diplomatiques dans l'affaire commentée. Depuis la jurisprudence *Soering*, la pratique des assurances diplomatiques s'est développée et constitue un moyen commode (parfois trop ?) pour assurer l'articulation des conventions d'extradition et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme (sur ce point, voir not. CE, Ass., 15 oct. 1993, *Joy Davis Aylor*, n° 144590, cette *Revue*, 1994, p. 1009, note D. Alland ; CE, 30 janvier 2015, n° 384545, cette *Revue*, 2015, p. 469 avec notre note). Mais en l'espèce, si de telles assurances avaient été sollicitées par les autorités françaises (voir en ce sens les conclusions du rapporteur public Clément Malverti, diffusées sur la base ArianeWeb du Conseil d'Etat), l'arrêt relève que les autorités

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

marocaines « n'ont pas fourni d'assurances que le requérant ne serait pas condamné à une peine de réclusion à perpétuité » (arrêt, § 6). Un conflit, non solutionné, entre deux conventions internationales se posait donc dans le présent litige.

Pour autant, il n'échappera pas au lecteur attentif de l'arrêt du 18 novembre 2022 que ce conflit entre conventions internationales est totalement passé sous silence par le Conseil d'Etat. L'arrêt relève que « le décret attaqué (…) méconnaît les stipulations de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » et que par conséquent, en vertu de la CEDH, « l'extradition ne pouvait être légalement accordée » (arrêt, § 7). Mais le Conseil d'Etat se garde bien de relever que dans le même temps, en vertu de la convention bilatérale conclue avec le Maroc, l'extradition devait être admise. Du point de vue de l'internationaliste, le silence de l'arrêt sur le conflit de conventions internationales soulevé par le cas d'espèce pourrait s'expliquer par les difficultés insolubles que sont susceptibles de poser de telles situations. Paul Reuter relevait déjà que la question des conflits entre conventions internationales « est généralement considérée comme l'une des plus compliquées et des moins bien résolues du droit international » (P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 127). Quand un Etat est lié par deux traités qui ne lient pas exactement les mêmes Parties et qui commandent des comportements contradictoires, le droit international n'offre parfois aucune solution satisfaisante et ne laisse d'autre choix à l'Etat que de violer un de ses engagements pour respecter l'autre. On pourrait donc comprendre que les juges internes cherchent à éviter d'avoir à se confronter à une telle problématique et en viennent à détourner le regard lorsqu'elle se pose devant eux. Ce n'est toutefois pas l'attitude que retient avec constance le Conseil d'Etat. Par le passé, celui-ci a pu se montrer assez empressé de se frotter à la question des conflits entre conventions internationales, y compris (surtout ?) lorsque celle-ci ne se posait pas véritablement dans les circonstances d'espèce dont il était saisi. En particulier, on se rappelle que dans l'affaire *Kandyrine de Brito Païva*, le Conseil d'Etat s'était réuni en sa formation la plus solennelle afin de dégager une solution de principe aux problèmes de conflits entre conventions internationales alors que les faits de l'espèce ne le nécessitaient pas, les traités concomitamment invoqués devant lui (l'accord franco-russe du 27 mai 1997 visant à mettre un terme au contentieux des emprunts russes, d'un côté, la CEDH, de l'autre) étant considérés comme étant *in fine* compatibles (CE, Ass., 23 déc. 2011, n° 303678 ; cette *Revue*, 2012, p. 210, note J. Matringe). L'arrêt commenté se démarque en tout point de cette jurisprudence passée. Quant à la démarche empruntée, tout d'abord. Alors que par le passé le Conseil d'Etat feignait de devoir se prononcer sur la question des conflits entre traités là où elle ne se posait pas, l'arrêt commenté fait mine d'ignorer un conflit entre conventions pourtant existant. Quant à la solution retenue, ensuite. Car la décision commentée contredit la solution de principe que le Conseil d'Etat avait antérieurement entendu promouvoir.

2. UNE DÉCISION OPPOSÉE À LA SOLUTION DE PRINCIPE PRÉCÉDEMMENT PROMUE

Dans son arrêt *Kandyrine de Brito Païva*, le Conseil d'Etat avait entendu dégager une solution de principe à appliquer dans les hypothèses où un conflit entre conventions internationales ne saurait être résolu ni par l'interprétation des conventions en question (en procédant au besoin à une interprétation « au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public »), ni par application des « principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales ». Dans ces

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

hypothèses de conflits irréductibles, le Conseil d'Etat relevait que lorsqu'une décision administrative avait été adoptée afin de mettre en œuvre une convention internationale mais qu'elle se trouvait contestée au nom d'une autre convention, il convenait de faire application de la première et d'écarter la seconde. Selon les termes de l'arrêt du 23 décembre 2011 : « il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée » (CE, précité).

L'arrêt commenté prend l'exact contrepied de cette solution. En l'espèce, était en cause devant le Conseil d'Etat un décret d'extradition adopté afin de donner application à la convention bilatérale d'extradition franco-marocaine. Ce décret était contesté au motif de son incompatibilité avec la CEDH. Contrairement à la solution préconisée dans l'arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, l'arrêt commenté décide d'écarter l'application de la convention d'extradition (« la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer ») et fait application de la CEDH (« l'autre norme internationale invoquée ») pour annuler le décret.

En substance, il n'est pas question de critiquer ici la solution retenue par le Conseil d'Etat dans le cas d'espèce. Celle-ci, qui revient à appliquer en priorité les obligations découlant des traités de protection des droits de l'homme auxquels l'Etat français est Partie plutôt que ses engagements en matière d'extradition, est surement opportune (même s'il ne faut pas perdre de vue qu'elle engage la responsabilité de l'Etat français au titre de l'inexécution de ses engagements en matière d'extradition). Les observateurs avisés de la jurisprudence du Conseil d'Etat n'avaient pas manqué de relever les effets dévastateurs que la solution proposée dans l'arrêt *Kandyrine de Brito Païva* produirait dans le domaine de l'extradition, dès lors qu'elle appelait le juge administratif à faire systématiquement primer les conventions d'extradition sur la CEDH et les autres engagements de la France en matière de droits de l'homme (voir C. Santulli, « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA*, 2013, p. 417). L'arrêt commenté, qui accepte d'annuler un décret d'extradition assurant l'exécution d'une convention d'extradition au motif de son incompatibilité avec la CEDH signe l'abandon de la jurisprudence *Kandyrine de Brito Païva*. Il confirme, *a posteriori*, le caractère inopportun de la solution qui y avait été proposée.

Sur le plan de la méthode, le manque d'intelligibilité de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de conflits entre conventions internationales pourra néanmoins être regretté. Aux difficultés que soulève intrinsèquement cette question, le juge français ajoute le caractère peu lisible de la jurisprudence qu'il développe en la matière, dégageant des solutions aux conflits entre traités dans des cas où la question ne se pose pas pour passer sous silence l'existence de tels problèmes dans les litiges où ils sont établis, afin de retenir des solutions concrètes opposées à celles officiellement promue comme étant de principe.

3. UNE DÉCISION NE SATISFAISANT AUCUNE DES CONVENTIONS INTERNATIONALES APPLICABLES ?

Ayant identifié un risque pour le requérant d'être exposé à un traitement contraire à l'article 3 CEDH, le Conseil d'Etat décide toutefois de ne pas annuler le décret d'extradition *in toto* mais de l'invalider « en tant seulement qu'il accorde son extradition aux autorités marocaines pour la poursuite des faits qualifiés de tentative d'homicide volontaire » (arrêt, § 8). Ainsi, l'arrêt commenté maintient en vigueur la décision

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'extradition s'agissant de la demande fondée sur les infractions en matière de stupéfiants, et ouvre la voie à la remise de l'individu réclamé aux autorités marocaines. Le raisonnement du Conseil d'Etat, et avant lui de son rapporteur public, repose ici sur le fait qu'en vertu de la règle de la spécialité, une fois que l'individu aura été remis aux autorités marocaines, celles-ci ne pourront pas le poursuivre pour des infractions différentes de celles pour lesquelles l'extradition a été accordée par la France, sauf à obtenir l'accord de cet individu ou le consentement des autorités françaises. Il n'y aurait donc pas de risque que ce ressortissant soit exposé à une peine perpétuelle incompressible. A l'analyse, un tel raisonnement laisse cependant perplexe.

Certes, la convention d'extradition conclue entre la République française et le Royaume du Maroc consacre en son article 8 la règle de la spécialité et stipule que « [l]a personne qui aura été extradée ne sera ni poursuivie, ni jugée, ni détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté, ni soumise à toute autre restriction de sa liberté individuelle, pour un fait quelconque antérieur à la remise, autre que celui ayant motivé l'extradition, sauf (…) lorsque la Partie qui l'a livrée y consent ». Mais il faut alors préciser que la convention bilatérale d'extradition prévoit que dans une telle hypothèse « [c]e consentement sera donné lorsque l'infraction pour laquelle il est demandé entraîne elle-même l'obligation d'extrader aux termes de la présente Convention ». Autrement dit, si après la remise de l'individu aux autorités marocaines celles-ci décidaient d'élargir les poursuites aux faits qualifiés d'homicide volontaire et demandaient aux autorités françaises d'y consentir, ces dernières seraient tenues, en vertu de la convention d'extradition, d'accorder un tel consentement et se retrouveraient, par conséquent, face à la même contradiction que dans l'arrêt commenté : si les autorités françaises décidaient de maintenir leur volonté d'assurer l'exécution des obligations découlant de la CEDH, il leur faudrait refuser d'accorder un tel consentement et violer à nouveau, ce faisant, la convention bilatérale conclue avec le Royaume du Maroc.

Plus fondamentalement, le raisonnement par lequel le Conseil d'Etat, et avant lui son rapporteur public, considèrent que le risque identifié de traitement contraire à l'article 3 CEDH ne s'oppose pas à la remise de l'individu aux autorités marocaines s'avère périlleux. Car on a vu que l'annulation partielle du décret d'extradition décidée par le Conseil d'Etat, qui refuse d'accéder à la demande marocaine fondée sur l'infraction d'homicide volontaire, contrevient aux dispositions de la convention d'extradition. Le Conseil d'Etat se repose ainsi sur le fait que les autorités marocaines seraient liées par une décision qu'il a adopté en violation de la convention bilatérale d'extradition. Autrement dit, l'arrêt suppose que les autorités marocaines se garderont de suivre l'exemple du juge français et respecteront, pour leur part, la convention d'extradition en ce qu'elle énonce la règle de la spécialité. Comment ne pas voir ici que l'arrêt commenté constitue un pari, pour le moins risqué, dont il est loin d'être certain qu'il prémunisse effectivement l'individu réclamé de tout traitement contraire à l'article 3 CEDH ?

En somme, bien que le Conseil d'Etat ait identifié en l'espèce le risque d'exposer le requérant à un traitement inhumain ou dégradant, on peut douter que la décision consistant à annuler partiellement le décret d'extradition suffise à assurer le respect par la France de ses obligations au titre de l'article 3 CEDH. Confronté à un conflit entre la convention bilatérale d'extradition franco-marocaine et la CEDH, le Conseil d'Etat en est peut-être venu à rendre une décision qui n'assure la bonne exécution d'aucune des deux conventions applicables au cas d'espèce.

BAPTISTE TRANCHANT

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE

Sous la direction de

Sébastien TOUZÉ

avec les notules de

Myriam DAHHAN, Victoria DHAISNE,
Cécile GOUBAULT-LARRECQ et Marc SERVANT

BEDORET (GÉRARD), CORTEN (OLIVIER) ET KLEIN (PIERRE). – *Une histoire du droit international*, *De Salamanque à Guantanamo,* 1 vol. broché de 256 p., 2022, Paris (Futuropolis), ISBN : 978 2 233 01007 0 1

S'inscrivant dans la continuité du projet de « décloisonne[ment] [d]es approches académiques et populaires/culturelles du droit international » mené par le Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles (p. 255) – où enseignent deux des auteurs, les professeurs Olivier CORTEN et Pierre KLEIN –, cette bande dessinée constitue un outil captivant de démocratisation du droit international. Elle vise en effet à le rendre accessible à une audience élargie, dont la vie quotidienne en est imprégnée, et qui saura être sensible à cette association soignée de mots et d'images (pp. 2-3). Pour ce faire, tout au long du récit, un couple curieux, animé par un désaccord sur le sens de ce droit, est mis en scène en pleine lecture de l'ouvrage. Leurs précieux échanges soulignent les questions et contradictions pertinentes, contribuent à vulgariser le jargon juridique et à illustrer les propos par des événements récents, permettant ainsi au lecteur de s'interroger, s'étonner ou s'indigner, et de mieux saisir les enjeux.

D'emblée, l'œuvre s'ouvre sur l'horreur des centres de détention secrets utilisés par la CIA, à l'instar de celui de Guantanamo (pp. 6-11). Est alors soulevée la question de la responsabilité internationale des Etats-Unis au regard des traités internationaux de protection des droits de l'Homme, provoquant l'hilarité des présidents américains (pp. 10-13). Surtout, ce prologue pose l'interrogation clé du « sens » du « droit » international et expose la « tension » entre ses conceptions éthique et politique, c'est-à-dire entre un « système de droit universel, référence morale, langage commun » et « un droit qui n'en est pas vraiment un », « efficace que si et dans la mesure où les Etats, spécialement les plus puissants, décident de le mettre en œuvre. » (pp. 13-15). Cette tension, « fil rouge » de l'ouvrage, est explorée du XV^{ème} siècle à nos jours.

Le premier chapitre fait en effet remonter les origines du droit international à la fin du XV^{ème} siècle, les bulles pontificales reconnaissant déjà, lors de la conquête du « Nouveau Monde », des droits à certaines couronnes (pp. 22-29). Dans ce contexte, la question du recours à la force et la notion de « guerre juste » interviennent très tôt (pp. 31-33). Néanmoins, le deuxième chapitre, portant sur le droit naturel, conclut que dès les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, l'action des Etats est davantage justifiée par les concepts flous et

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

malléables de « nature » ou de « raison », notamment défendus par Grotius, que par la religion (pp. 57-60, 65-66). A la suite des guerres de religion, la souveraineté des Etats, pierre angulaire du droit international, fut en effet reconnue par les traités de paix de Westphalie, non sans limites (pp. 49-55).

Il reste que le troisième chapitre révèle qu'au cours du XIX^{ème} siècle, « âge d'or » de la doctrine du droit international, il ne s'applique toutefois encore qu'au « monde civilisé » occidental (pp. 89-90). En effet, vis-à-vis du reste du monde, l'interdiction de l'esclavage fut particulièrement longue et la colonisation du continent africain atroce (pp. 74-87). Entre Etats occidentaux, diverses règles et structures de coopération interétatique voient le jour (pp. 91-94) mais la tension entre les deux conceptions du droit international ne se dissipe pas et ressort singulièrement du droit humanitaire qui n'interdit ni la guerre ni le meurtre de civils, comme l'illustrent sarcastiquement les auteurs (pp. 95-100).

S'intéressant à la première partie du XX^{ème} siècle, le quatrième chapitre constate ensuite une esquisse d'institutionnalisation du droit international, par le biais des conférences de La Haye et de la création de la Société des Nations et de l'Organisation internationale du travail (pp. 110-135). Toutefois, elle est aussitôt contrariée par le traumatisme global né de la Première guerre mondiale et des totalitarismes, face auxquels les instruments de protection des droits et de limitation du recours à la force ne « pèsent pas lourd » (pp. 110-119, 136-145).

Dès lors, le cinquième chapitre interroge logiquement le recours au « droit contre la guerre » à travers le second conflit mondial, l'Organisation des Nations Unies – dont les institutions ne peuvent opérer que si les Etats y consentent –, et la guerre froide, durant laquelle le droit international semblait invoqué pour légitimer les actions des Etats (pp. 155-167). Néanmoins, l'équilibre entre les puissances reste illusoire. Pour s'en convaincre, il suffit de constater la persistance du colonialisme, bafouant l'égalité souveraine des Etats et les droits des peuples, et le relativisme des droits universels de l'Homme, qui se traduit par de nombreuses violations et l'absence d'adhésion ou les réserves de certains Etats à l'égard de conventions essentielles (pp. 172-187). Les auteurs introduisent alors l'approche critique du droit, suggérant qu'il « ne changera et s'appliquera que s'il est soutenu par des mouvements sociaux, des combats et des luttes » et non « en raison des nécessités sociales ou de la volonté des Etats » (pp. 181-183).

Enfin, le dernier chapitre explore le « nouvel ordre mondial », évoqué dès 1990, et introduit par un visuel remarquable quant aux opérations des présidents Bush père et fils en Irak (pp. 190-193). En dépit de quelques progrès du droit international, les auteurs se montrent très alarmants à l'égard de certaines opérations de maintien de la paix et mesures étatiques antiterroristes (pp. 197-214). Aussi, face aux multiples violations du droit, la justice pénale internationale et ses juridictions devaient être examinées, avec pragmatisme et esprit critique (pp. 216-224). Ultime illustration de l'« échec » du droit international, le chapitre se referme sur l'invasion de l'Ukraine par le président Poutine. Condamnée par les institutions internationales, elle n'a toutefois pas entraîné le recours à la légitime défense collective, réanimant les débats sur la réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies (pp. 226-230).

In fine, ce récit réaliste, souvent brutal et satirique de l'histoire du droit international – appréhendé comme un instrument de perpétuation des rapports de force entre les Etats, dont les règles, sitôt établies, sont immédiatement violées – conduit à douter de la pertinence de ce droit, et donc à « mesurer le chemin qui reste à faire » (p. 3). Néanmoins,

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

l'épilogue souligne, avec poésie et à travers l'affaire de l'archipel des Chagos (pp. 235-248), « qu'il y a toujours de la place pour l'espoir » (p. 3). Dès lors, la dernière perspective offerte par les auteurs est celle d'un droit international susceptible de constituer « une arme aux mains des plus faibles » puisqu'il est un « terrain de lutte » apte à aider les humains à « se dégager de cette vieille manie de massacrer leurs semblables et leur environnement » (p. 249).

Particulièrement didactique et fouillée tout en restant accessible, drôle et esthétique grâce au style graphique de Gérard BEDORET, l'œuvre permet, au-delà de l'histoire, de comprendre les rudiments du droit international – y compris de certains régimes spécifiques touchant à la mer, aux changements climatiques, aux « droits humains » (p. 177), pénal et humanitaire. Ainsi, les auteurs expliquent notamment la notion de souveraineté (pp. 52-55), les sources et la codification du droit international (pp. 102-105), quelques jurisprudences fondamentales comme les arrêts *Lotus* et *Wimbledon* (pp. 129-135), ainsi que certains débats, assimilés à des matchs sportifs, tels que ceux relatifs à la notion de « guerre juste », aux approches du droit international ou encore au « devoir d'ingérence humanitaire » (pp. 31-33, 181-183, 206-207).

En refermant la bande dessinée, le lecteur universitaire pourra être déstabilisé par sa rupture avec les canons du genre juridique. En effet, au droit se mêlent des éléments religieux, politiques ou de relations internationales, mais également des prises de position non dissimulées à l'encontre du colonialisme (pp. 79, 244), du capitalisme (pp. 87-88, 199), de la faible participation des femmes et protection de leurs droits (pp. 66, 106, 178) ou encore du traitement actuel de l'urgence climatique (p. 225). Il faut toutefois avouer que ce format et le public visé se prêtaient peu à une stricte rigueur scientifique, notamment quant au recensement des sources et à la justification des choix opérés pour narrer « *une* histoire » du droit international (p. 15). Afin de prolonger l'objectif initial, les auteurs auraient tout au plus pu renvoyer vers d'autres œuvres « populaires » abordant la matière. Il reste que c'est avec brio qu'ils accomplissent leur mission d'« informer, défier [et] provoquer » (p. 3) au cours d'une lecture particulièrement attrayante.

VICTORIA DHAISNE

CLARENC BICUDO (NATHALIE), COUVEINHES MATSUMOTO (FLORIAN), NOLLEZ-GOLDBACH (RAPHAËLLE), ET NORODOM (ANNE-THIDA) (DIR.). – *Un droit international français* ? *Pratiques françaises du droit international*, 1 vol. Broché de 333 p., 2022, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 01027 8 2

A la suite de la tenue, le 15 novembre 2019, de la sixième *Journée du Droit International de l'Ecole Normale Supérieure,* les éditions Pedone publient les actes du colloque organisé conjointement par le Centre de Théorie et Analyse du Droit et le centre Maurice Hauriou l'Université Paris Cité. Enrichi à la faveur de la pandémie, cet ouvrage est le fruit des riches discussions autour d'un sujet relevant, selon l'analyse conclusive du professeur Denis ALLAND, de l'interrogation autant que de l'oxymore : « Un droit international français ? »

En questionnant frontalement la distinction de l'ordre juridique international de son pendant français, l'étude propose de bousculer notre « héritage Kelsenien que le temps a fini par transformer en une série pesante de dogmes » (p. 321). La réponse à cette question est heureusement apportée immédiatement par le sous-titre de l'ouvrage « Pratiques

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

françaises du droit international ». Ainsi, c'est par l'analyse de la mise en œuvre politique, administrative et juridictionnelle de la norme internationale que les auteurs nous proposent de revitaliser une analyse traditionnellement « normative, théorique et fractionnée » (p. 9). Bien au contraire, le principe directeur de l'ouvrage prône une démarche « pratique, descriptive et globale » (p. 9) afin de permettre au lecteur de « contempler le droit international tel qu'il est représenté en droit français » (p. 25). A cette fin, l'ouvrage est également animé d'une approche transdisciplinaire assumée. Dès l'ouverture de l'étude, le choix est fait de confronter les acceptions mêmes de la *pratique* selon que ce droit international français soit saisi d'un point de vue constitutionnel (pp. 27 à 54), interprivatiste (pp. 55 à 64) ou administrativiste (pp. 65 à 82). De ce fait, universitaires et praticiens contribuent à décloisonner l'étude des pratiques des Etats en se demandant « dans quelle mesure l'exercice de leurs fonctions en droit interne contribuent (...) à l'existence, ou pas, d'un droit international français » (p. 11). Dès lors, la structuration de l'étude est permise selon une approche fonctionnelle et non plus selon la traditionnelle (et très française) *summa divisio* des disciplines juridiques. En distinguant, par un mouvement ternaire, la faculté de choix de la fonction exécutive (pp. 83 à 127), des options offertes à un Parlement dont l'on sait la fonction législative fortement rationalisée (pp. 127 à 218), et de la contribution des décisions *des* juges, les discussions questionnent ainsi l'incorporation matérielle de la norme internationale dans l'ordre juridique français.

Ainsi, les analyses introductives permettent intelligemment d'expurger les préalables théoriques nécessaires aux analyses juridiques *in situ*. Le « point de vue d'une internationaliste », en la personne de Nathalie Clarenc Bicudo, ouvre et explicite l'ouvrage en établissant son « intérêt extrinsèque » consistant à s'affranchir du cadre conceptuel opposant éternellement monisme et dualisme des rapports de systèmes juridiques. La recherche commode de traits communs dans des pratiques internes innombrables, bien qu'utile, contribue aussi à masquer la variété des solutions qui font la richesse des interactions entre ordres nationaux et international » (p. 13). C'est alors en proposant une présentation non systématique de pratiques juridiques, qu'il est possible d'intégrer les « nuances de gris qui ne sont pas bien prises en compte dans le tableau noir et blanc dressé à l'aune des théories du monisme et du dualisme » et ainsi, « mettre à distance les présupposés théoriques imprégnant souvent la question de l'application en droit interne du droit international ». (p. 13). « L'intérêt extrinsèque de l'étude » naît de l'analyse de ces traits saillants de la pratique nationale et vise à « évaluer l'existence de glissement dans le système d'application du droit international français » (p. 17). En étendant aux acteurs institutionnels *lato sensu* la grille d'analyse de l'I.L.A. lors de la conférence de Johannesburg de 2016 (qui analysait trois comportements tendanciels du juge interne face au droit international par des postures visant alternativement, à ne pas appliquer le droit international, à procéder à un alignement normatif par la recherche d'une mise en conformité de normes antagonistes ou à contester les obstacles à la pleine application du droit international), l'auteure analyse « la façon dont les agents internes exploitent ces glissements » (p. 21) et font du droit international « un objet de politique publique » (p. 21). En montrant ainsi que le droit international, loin d'être figée dans une lecture rigide des ordres juridiques, se caractérise par son adaptabilité, l'auteure mène à considérer non pas « que le droit international n'est appliqué nulle part, mais au contraire qu'il est appliqué partout » (p. 25). Ainsi, « l'étude des pratiques françaises de droit international français conduit à poser la question de l'existence d'un international français » (p. 25).

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

C'est ensuite par le concours de Thibaud MULIER, que l'interrogation est poursuivie « du point de vue d'un constitutionnaliste ». En partant du constat que « les champs disciplinaires et doctrinaux du droit international et du droit constitutionnel n'évoluent pas dans deux mondes différents » car « le droit international a parfois besoin de prendre appui sur le droit constitutionnel pour connaître l'organisation interne de l'Etat depuis laquelle son action externe est produite », l'auteur convainc de sa méthode fondée sur une « intra disciplinarité du droit » (p. 29). Ce point de vue constitutionnel se fonde sur une approche normative et institutionnelle des pratiques françaises, la première éclairant « la répartition des compétences entre les organes habilités (...) tout en informant sur l'articulation des normes de droit » (p. 31) et la seconde accordant « une place déterminante à la pratique constitutionnelle des acteurs politiques » (p. 32), pratique qui « déborde largement le texte de la constitution » (p. 33). Dès lors l'auteur propose d'éclairer par « l'appréhension du pouvoir de l'Etat » dans la dialectique constitutionnaliste en distinguant une « souveraineté formelle », d'une « souveraineté substance » modulable au gré de la volonté étatique. Les fondements constitutionnels étant ainsi dévoilés, le constitutionnaliste questionne ensuite la pratique française en opposant la pratique *de* l'Etat (p. 43), par le truchement d'institutions politiques cherchant la préservation de leur puissance, de la pratique *dans* l'Etat (p. 49), où le contrôle de l'applicabilité de la norme internationale occupe une place prépondérante. Ainsi, il apparaît que la pratique française du droit international « protège l'action du gouvernement », *souverain* par représentation, par un contrôle juridictionnel étendu et une faible diffusion de l'applicabilité directe du droit conventionnel.

Le point de vue « privatiste » de la pratique française du droit international est offert par la métaphore printanière du professeur DE VAREILLES SOMMIÈRES invitant le lecteur à le suivre pour cueillir « trois fleurs » et « une belle herbe » dans la « prairie du droit international » (p. 59). Le regard privatiste de l'auteur commence par questionner les nécessaires ambiguïtés du sujet de de l'étude en l'approchant, là encore, de ce qui s'appelait jadis *la politique juridique extérieure,* selon les mots de Ladreit de Lacharrière. Audacieux, l'auteur questionne la notion de pratique française à l'aune de la spiritualité en se demandant si la France se « conforme en bonne pratiquante » (p. 57) du droit produit par l'ordre juridique international. Dans l'examen de la conformité internationale de la pratique de la politique juridique extérieure l'auteur sélectionne ainsi quelques exemples topiques, ses fameuses fleurs, riches d'enseignement. En menant un examen source par source, du rapport de juge judiciaire français au droit international, l'auteur nous fait observer tant l'appropriation de la coutume internationale par la Cour de cassation (p. 60) que l'intégration de la nature spécifique du droit des Nations Unies par la reconnaissance jurisprudentielle d'un ordre public international. Par suite, l'auteur poursuit thématiquement en questionnant d'abord « le caractère flottant » de la jurisprudence judiciaire en matière d'immunité d'exécution des Etats mais également le pouvoir de la Cour de Cassation à qualifier la reconnaissance d'un Etat par la France comme elle l'a fait avec pour l'Etat de Taiwan. Les fleurs cueillies par l'auteur au fil de son analyse convainquent alors le lecteur de la réalité d'une pratique singulière du droit international par dans l'ordre judiciaire. Un dernier regard, administratif cette fois, est finalement porté par la contribution de Jérôme PREVOST GELLA. En identifiant une dynamique duale de *réaction* et d'*intégration* dans les rapports entre le droit international et le droit administratif français. En reprenant la construction prétorienne du contrôle de conventionnalité par le juge administratif, l'auteur expose une construction par réaction à l'amplification du droit conventionnel où l'état de « ce droit jurisprudentiel ne résulte pas

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

d'un plan d'ensemble » (p. 70). Le contrôle *à la française* étant « le fruit d'une suite de décisions hésitantes et confuses, témoignant de l'importance et de la persistance des doutes (...) en la matière » (p. 71). Toutefois l'issue en est tout de même fonctionnelle comme en témoigne tant « l'internationalisation matérielle du droit administratif français » (p. 72), que « l'internalisation formelle du droit international public » (p. 75). Le premier phénomène s'identifiant par une « action administrative [qui] est aujourd'hui largement contrainte, dans plusieurs domaines » par le droit conventionnel, notamment en matière en droit fondamentaux, quand le second phénomène naît quant à lui de ce que « lorsque une autorité interne entend appliquer une norme issue du droit international public, elle ne peut le faire qu'à sa manière particulière et « contamine » la dite norme » (p. 76) au titre d'une incorporation inévitable.

L'ensemble des postulats théoriques étant ainsi posé pour libérer le champ de l'analyse pratique, l'ouvrage propose de revenir à son analyse de la pratique au prisme des fonctions étatique en questionnant la place d'une pratique française dans « les choix de l'exécutif » en matière de droit international. Deux facultés exécutives structurent cette première partie, d'abord celle de déterminer la procédure interne d'engagement international et, d'autre part, celle de contrôler la publicité de tels engagements.

Concernant la faculté de l'exécutif à déterminer la procédure de l'engagement conventionnel de l'Etat, l'analyse est habilement menée par Laurent TRIGEAUD qui, après avoir constaté « l'indifférence du droit international des traités »(p. 86) quant à la détermination de la procédure et de l'instrument d'engagement conventionnel, analyse la distinction française entre la forme solennelle et la forme simplifiée de l'engagement étatique comme l'expression d'une liberté propre à tout Etat (et pouvant répondre à des impératifs de nature politique (p. 88)). Le droit interne se manifeste alors comme un système de contrainte régulant cette liberté, notamment par un régime d'autorisation parlementaire fondé sur un critère *ratione materiae* et non en fonction de la forme de l'instrument sur laquelle « les parlementaires ne s'interrogent jamais « (p. 90). Tout mène à percevoir dans la pratique exécutive une manifestation de « la discrétion du droit public sur les critères de choix », entraînant une forme d'indétermination dont s'empare la fonction exécutive. Ainsi, si l'on perçoit que « la gravité de la matière n'est pas un indice toujours probant » (p. 93) dans la recherche d'une règle de compétence, la pratique pas plus explicite dans la recherche d'un « domaine réservé du Président » (p. 94). L'étendue de ce dernier, à l'exclusion du champ communautaire, ne semble pas se dessiner : « manifestement, nul ne songe à enfermer cette question dans une mécanique irréversible » (p. 94). Par suite, l'examen des pratiques françaises en matière de publication des engagements conventionnels est traité par la professeure Frédérique COULÉE. En prolongement de la logique d'enregistrement des instruments au recueil des traités des nations unies qui « fait en réalité bien plus que lutter contre la diplomatie secrète puisqu'il rendra le traité invocable devant un organe de l'Organisation » (p. 98), la publication dans l'ordre interne répond également à une téléologie. L'étude de la pratique en matière de décret de publication révèle qu'ils « constitue[ent] un ancrage (...) au regard de la lettre de la Constitution comme au regard de la jurisprudence ; les juges (...) s'assurent de la réalité et de la régularité de la publication » en complément de l'examen plus délicat de la réciprocité (p. 104). Le juge administratif apparaît, pour l'auteure, comme l'acteur privilégié dans la création d'une pratique française en matière de publication, par son acquisition prétorienne d'un pouvoir de contrôle étendu bien que relatif (p. 111). Ainsi

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

« la publication des engagements conventionnels (...), décidée aux termes des choix techniques et politiques, joue un rôle crucial pour en assurer leur respect » (p. 124).

Mais au-delà de ces deux compétences qui forment un domaine de choix et d'opportunité pour le seul pouvoir Exécutif, l'ouvrage force à constater un déséquilibre de la pratique institutionnelle du droit international au détriment, classique sous la Vème république, du Parlement. Par la riche analyse de Florian Couveinhes Matsumoto de « l'absence du Parlement dans les procédures conventionnelles françaises » comme signe d'un « déficit démocratique » (pp. 127 à 181), ce dernier file la métaphore d'un « ver » de la rationalisation parlementaire dans la « pomme » (p. 132) d'un modèle démocratique du contrôle du droit conventionnel. Ce « ver insatiable » (p. 140) ayant contribué au problème de représentation né de la « prétendue légitimité de la toute-puissance exécutive » (p. 145). Le sujet est éclairé par les précieuses contributions de Maxine GAYRAUD (pp. 175 à 1821) et Sandrine BARBIER (pp. 183 à 192), respectivement administratrice à la commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale et directrice adjointe des affaires juridiques au quai d'Orsay. Le regard de ces praticiennes en prise avec la réalité diplomatique du droit conventionnel confirme en nuance ce déséquilibre en soulignant notamment la conquête du droit d'amendement parlementaire des engagements soumis à son accord (p. 178) et en éclairant « les marges de manœuvres politiques » (p. 179) qu'offre le temps du débat parlementaire. Toutefois, l'analyse conclut toujours à la prévalence des choix gouvernementaux qui disposent d'une autorité incontestée notamment en matière de réserves et de déclarations interprétatives (p. 189). Le tableau de cette pratique est complété par l'étude de Didier JAMOT qui ordonne la pratique volumineuse par l'étude « des catégories de l'article 53 de la constitution » (pp. 193 à 216) pourtant « [d'] impression très hétéroclites » (p. 195). En identifiant des dynamiques dans les lois des ratifications liées autant « à l'avènement d'une société mondialisée » (p. 198) qu'à l'« apaisement des relations internationales de la France » (p. 200) l'auteur souligne avant tout la sauvegarde du domaine de la loi par la reconnaissance prétorienne du contrôle du Parlement sur chaque engagement relevant de l'article 34 de la constitution. Mais, même au sein de ce champ, le parlement est largement dénué de moyens pour s'opposer de façon constructive à un projet de loi de ratification (p. 208). L'auteur souligne enfin les contraintes temporelles s'imposant au Parlement sous la forme d'une « triple peine » comprimant le temps de débat et d'étude des engagements négociés par l'Exécutif (pp. 212 et 213). L'ensemble des contributions souligne l'acuité de l'analyse produite par Florian COUVEINHES MATSUMOTO, du contrôle renforcé du Parlement britannique ou de la nature démocratique exprimé dans la pratique suisse du droit international. A la recherche d'une voie pour « "parlementariser" les procédures conventionnelles internes » (p. 172), l'auteur synthétise les apports de la seconde partie de l'ouvrage par une véritable ambition prescriptive pour, *in fine,* démocratiser le droit conventionnel.

Ultime facette de la *pratique française du droit international*, c'est sur les juges et leurs décisions que la troisième partie de l'ouvrage conclut les actes ici présentés. La démarche réaliste habitant l'étude justifie que l'ouverture de cette troisième partie soit donnée aux magistrats eux-mêmes. Ainsi, Jean Pierre ANCEL, président honoraire de la première chambre civile de la Cour de cassation, Cécile ISODORO, Conseillère d'Etat et Marie SIRINELLI, maître des requêtes au Palais Royal, fournissent le point de vue interne de la pratique juridictionnelle française du droit international. Dans l'ordre judiciaire, il apparaît que cette pratique apparaît comme « une contribution du juge à l'élaboration de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

la norme internationale » dans la mesure où « le droit international privé français a pour source principale, en l'état actuel, la jurisprudence » (p. 222). Or, dans les « exemples remarquables » choisis par l'auteurs, des spécificités affleurent. En matière d'application du droit étranger, le Cour de cassation a su s'autonomiser des règles de conflits menant à des applications contestables du droit étranger en protégeant les *droits disponibles* par une possibilité consentie d'application de la loi du for (p. 223). Que ce soit par la définition prétorienne de la méthode d'exequatur des jugements étrangers (p. 224) ou la reconnaissance d'un pouvoir arbitral « qui n'est rattaché à aucun ordre juridique étatique » dans son arrêt *Putrabali* de 2007 (p. 227), la juridiction judiciaire suprême a, à l'évidence, créé une pratique française du droit international privé. Du point de vue du droit public, les auteurs soulignent l'antagonisme apparent des ordres juridiques qualifiée ici d'« étrangeté apprivoisée » (p. 230). En s'interrogeant sur ce processus d'incorporation, la lumière est d'abord mise sur la limite fondamentale du juge administratif en ce qu'il ne peut ni ne doit se substituer à la décision politique, expliquant ainsi tant « la frontière » que constituent notamment les actes de gouvernement mais également l'autolimitation du juge en matière de contrôle des réserves (pp. 231 à 235). Si, à la lumière récente de la décision d'assemblée *Super Coiffeur* du 12 octobre 2018, l'on peut conclure que « la solution excluant le contrôle n'était pas synonyme d'injusticiabilité totale » (p. 235) le champ de ce contrôle est strictement calqué « par homothétie avec [le] contrôle relatif aux accords et traités (p. 235). Ainsi, la pratique du juge administratif le pose essentiellement comme juge de l'invocabilité (pp. 235 à 237) mais également comme garant de l'effet direct des engagements internationaux dont l'affirmation *in situ* et le régime contentieux sont au cœur de l'office international du Palais Royal (pp. 239 à 242). Cet office étant finalement examiné sous l'angle des méthodes interprétatives qui le domine (pp. 242 à 245), notamment par les rapports du juge administratif aux fonctions consultatives des juridictions internationales qui « témoignent d'un dialogue des juges très prospère » comme en atteste la pratique naissante du protocole additionnel à la ConvEDH n°16 (p. 245). Ainsi, « la méthode ancienne et classique de l'interprétation solitaire, (...) exercice presque aussi banal que l'interprétation de la loi interne » (p. 246) apparaît redynamisé par l'affirmation d'un office prenant la forme d'un « phénomène d'hybridation (...) devenu aussi central qu'incontournable » (p. 247). Cette hybridation se confirme, par suite, dans l'analyse d'Alexandre HERMET des pratique liées à « l'identification de la coutume internationale par les juges français » (pp. 249 à 272). Au-delà de la question, maintenant résolue, de l'applicabilité contentieuse de la norme coutumière qui opposaient anciennement les pratiques judicaires et administratives (pp. 250 et 251), l'auteur souligne que « la situation de la coutume et de son effet (...) demeure distincte de son identification » (p. 251). Fort d'une méthode analytique éprouvée dans la thèse de doctorat de l'intervenant, l'étude se fonde sur la diversité « des éléments avancés [les juges] pour justifier leurs assertions sur la teneur de ce droit non écrit ». Ainsi il apparaît qu'« une fois passée la mention presque rituelle » des éléments classiques d'*opinio juris* et de la matérialité de la pratique, l'identification se fonde sur un raisonnement plus complexe qu'une simple induction » (p. 253). En démontrant le caractère « souvent implicite » de l'identification de la coutume, par laquelle « les juges français se contente d'en donner le contenu » (p. 255), l'analyse soulignant une méthode fort opportune masquée par un « souci d'économie de motif compréhensible » (p. 257). Au-delà de l'analyse des quatre types « d'éléments de justification invoqués par le juge » recensés par l'auteur (pp. 260 à 267), l'étude souligne la récurrence « du caractère opportuniste dans le recours à la

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

coutume internationale », exemplairement dans la jurisprudence judiciaire en matière de légalisation d'actes étrangers et d'immunités (p. 269 à 271). Conséquemment, la question de « l'interprétation de la règle internationale par le juge français » apparaît centrale dans la constitution d'une *pratique française* et justifie l'étude menée par le professeur FLEURY GRAFF (pp. 273 à 290). Bien qu'étant « un sujet sans fond et intraitable en tant que tel » (p. 272), le choix de l'auteur d'ériger l'étude de la jurisprudence de la CNDA, par sa décision de *grande formation* du 25 juin 2019, en exemple d'une pratique française international permet d'illustrer le concours d'éléments de normativité hétérogène dans la formation de l'interprétation. Ainsi l'auteur atteste par sa démonstration que « le droit mou a assurément droit de cité à la Cour » (p. 281) et « révèle la souveraineté du juge dans le choix des éléments qu'il dit mobiliser » dans ses interprétations, souveraineté qui « s'arrête là où l'Etat s'empare de [la sienne] pour la contraindre » (p. 289). C'est enfin à Hélène RASPAIL qu'il revient de formuler la dernière analyse d'une pratique juridictionnelle française en matière de conflit de normes d'origine internationale (pp. 291 à 314). En partant des « lacunes des principes de résolution » donné par un droit international laconique en matière de conflit de norme (p. 293), dont des renforcements sont à trouver les clauses conventionnelles nées en matière de droit international de droit de l'homme (p. 294), l'auteure convainc « qu'aucune solution objective » ne transparaît des différentes hypothèses engendrées par la convention de Vienne (pp. 295 et 296). Toutefois, c'est par l'examen de «la compétence des juges français pour d'un connaître d'un conflit » entre des instruments de même nature, qu'une pratique nationale se dessine. Exemplairement, l'auteure relève la cristallisation constitutionnelle d'un contrôle s'effectuant par l'engagement de la responsabilité de l'Etat et non sur celui de la validité des instruments. Ainsi, le Conseil se pose en gardien de « la liberté de la France », et de son exécutif, « en matière de conclusion d'engagements » (p. 300). Toutefois, l'auteure note que « considérer que la responsabilité de l'Etat serait une règle de conflit serait à peu près comme assimiler l'accident de voiture à une règle du code de la route » (p. 310), qui ne sert finalement qu'à orienter l'office du juge pour « identifier des critères de choix pragmatiques » (p. 310). Or la tentative de trouver des méthode claires (comme à travers la règle de l'efficacité maximale (p. 309)) apparaît malheureusement infructueuse hors du champ si spécifique du droit communautaire (pp. 311 et 312). L'étude propose, en réaction, une conception audacieuse visant à « faire prévaloir les obligations *erga omnes* sur toute obligation réciproque incompatible » (p. 312) afin de renforcer et d'affirmer une pratique française qui pourrait s'élever *per se* « en pratique internationalement pertinente (...) susceptible de concourir à la formation d'une règle coutumière nouvelle » (p. 313). La pratique française du droit international se cofonderait alors vertueusement avec l'internationalisation de la pratique française.

De la consécration des choix de l'exécutif au questionnement des options du législateur, ces actes de colloque assument leur démarche pratique où « la réflexion trop abstraitement orientée a été comme mise de côté, incapable à des solutions » (p. 323) comme le relève les vifs propos conclusifs du professeur Denis ALLAND. En effet, en se passant des « abstractions hiérarchiques » trop présentes dans l'étude des rapports de systèmes, cet ouvrage d'une richesse incontestable parvient à convaincre le lecteur de la réalité et de l'intérêt des pratiques françaises du droit international.

MARC SERVANT

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

TRIBOLO-FERRAND (JULIE) (DIR.). – *La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales*, 1 Vol. broché de 250 p., 2022, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 01023 0 3

Cet ouvrage rassemble les actes du colloque organisé en 2021 à l'Université Côte d'Azur sur la confiance dans les procédures devant les juridictions internationales. Les contributions y sont réparties en trois temps, étudiant le rapport que la confiance entretient avec le double-héritage procédural des juridictions internationales dans un premier temps, avec la bonne administration de la justice dans un deuxième temps et avec le formalisme dans un troisième et dernier temps.

La notion de « confiance » n'y fait pas l'objet d'une contribution à part entière. Cependant, les auteurs semblent s'accorder sur le fait qu'elle consiste en la manifestation d'une croyance qui, produit de la qualité du système juridictionnel, conditionne le choix des sujets de droit d'y avoir recours et d'accorder aux décisions qu'il génère l'autorité souhaitée (J. TRIBOLO-FERRAND, p. 11 ; P. COUVREUR, p. 59 et 61 ; H. BEN MAHFOUDH, p. 148 et 149 ; K. KOWALIK-BANCZY, p. 209 et 222).

La confiance recherchée n'est pas seulement celles des parties au litige, que sont les Etats à titre de principe, les individus trouvant toutefois leur place dans l'arbitrage d'investissement et dans le contentieux des droits de l'homme, mais aussi les participantes, à l'instar des victimes devant la Cour pénale internationale (H. BEN MAHFOUDH, p. 152), et les parties prenantes, que sont par exemple les entreprises et les organisations non-gouvernementales dans les litiges portés devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (M. YILMAZ).

Tout l'enjeu est alors d'identifier les facteurs concourant à l'établissement de cette confiance (P. COUVREUR, p. 60 et 63 ; M. YILMAZ, p. 115 ; A. PELLET, p. 239). Si telle est bien l'ambition de l'ouvrage, le titre pourrait toutefois paraître trompeur. Il semble indiquer que les procédures seraient les destinataires de cette confiance. Or, un sujet de droit *confie* son litige, non pas à une procédure, mais à un organe de règlement des différends. La confiance s'établit donc à l'égard des juridictions (A. PELLET, p. 246). La procédure est l'ensemble des actes et des normes qui, en ce qu'ils définissent la manière dont chaque juridiction procède pour trancher un litige, concourt à la construction de la confiance que les personnes, qui y sont soumises, lui témoigneront. Dans la procédure se trouve donc un ensemble de facteurs de construction et de préservation de la confiance. Les contributeurs ne s'y sont d'ailleurs pas trompés. Tous ont envisagé la procédure non pas comme ce en quoi la confiance peut être placée, mais comme ce dont elle peut procéder.

La lecture de l'ensemble de leurs contributions laisse alors transparaître l'idée que la procédure permettrait de nourrir deux sentiments qui, complémentaires, serait source de confiance dans les juridictions internationales pour les acteurs : premièrement, le sentiment d'*être* compris par la juridiction saisie et, deuxièmement, le sentiment d'*avoir* compris les décisions qu'elle rend.

Premièrement, le sentiment d'être compris par la juridiction suppose de cette dernière qu'elle donne l'impression, d'une part, d'être familière de la culture juridique de chaque partie au litige et, d'autre part, de saisir les positions défendues. D'une part, la culture juridique, qui imprègne les règles de procédure et caractérise les juges qui siègent, influe sur leur manière de raisonner. L'imprégnation de plus en plus grande des règles de

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

procédure par la culture de la *common law*, au détriment de celle de la *civil law* (Y. DAUDET, p. 19 et 25 ; A. PELLET, p. 245), et la logique plus nettement régionale de l'élection des juges de la Cour internationale de justice, aucun juge hispano-américain n'y ayant été élu depuis plusieurs années (P. COUVREUR, p. 65), risquent d'amoindrir la confiance de ceux se sentant laissés-pour-compte. Bien que la pratique des juges *ad hoc* permette qu'un juge national de chaque Etat partie au litige siège dans la formation de jugement en étant saisie, et soit ainsi familier de son système juridique (P. COUVREUR, p. 81), ces juges sont pour la plupart issus du *small world* du droit international – anciens juges de la Cour ou d'autres juridictions –, ce qui risque de donner prise à des conflits d'intérêts et d'influences préjudiciables pour la confiance portée à la Cour internationale de Justice (J.-M. SOREL, p. 190).

D'autre part, les positions des parties conditionnent le choix de la juridiction devant laquelle le litige sera porté (P. COUVREUR, p. 61). Les divergences de jurisprudence, à l'instar de celle entre la Cour internationale de Justice et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, issue de l'arrêt de la première relatif à l'*Application de la Convention internationale pour toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. EAU)* (E. DECAUX, p. 228), risque d'entraîner une perte de confiance dans le second. Au contraire, l'alignement des positions jurisprudentielles, à l'instar du Tribunal international du droit de la mer qui a pris l'avis de la Cour internationale de justice sur la question de la souveraineté sur l'archipel des *Chagos* pour référence, constitue un facteur d'amplification mutuelle de la confiance placée en eux (T. TREVES, p. 207). Encore faut-il que la procédure permette effectivement aux juridictions d'entendre les prétentions des parties. La dissociation, en deux phases, de l'examen des exceptions préliminaires et du fond, tel que cela existe devant la Cour internationale de Justice et la Cour pénale internationale, peut donner l'impression, lorsque la procédure s'arrête après la première phase, que les prétentions n'ont pas été entendues, bien que le manque d'étanchéité entre les questions de recevabilité, de compétence et de fond suggère le contraire (P. COUVREUR, p. 99 ; H. BEN MAHFOUDH, p. 158). La même difficulté ressort du rejet anticipé des prétentions manifestement mal fondées (J. CAZALA, p. 38). Ces mécanismes concourent toutefois à l'efficacité de la justice, défi pour les juridictions internationales eu égard à la complexité et au nombre d'affaires soumises (H. BEN MAHFOUDH, p. 158 ; K. KOWALIK-BANCZYK, p. 217). En matière de confiance, tout est question d'équilibre.

Deuxièmement, la confiance reposerait également sur le sentiment d'avoir compris la décision rendue, ce qui suppose d'adhérer, d'une part, à la manière dont les règles de droit sont maniées et, d'autre part, à la pondération des intérêts en présence réalisée par la juridiction. D'une part, le maniement des règles doit être relativement prévisible, qu'il s'agisse des règles de procédure ou des règles de fond. En matière procédurale, les juridictions internationales disposent d'une très grande liberté qui a pu les mener établir leurs propres standards d'appréciation de la preuve (P. COUVREUR, p. 91) et à adopter un Règlement de procédure (J.-M. SOREL, p. 180 ; K. KOWALIK-BANCZYK, p. 212). Là où certains ont estimé que l'adoption de telles règles, et leur modification, hors de tout consentement étatique étaient « scandaleux » (A. PELLET, p. 243), d'autres y ont vu l'explicitation d'« orientations découlant du bon sens » assurant la prévisible de la procédure, sans que leurs modifications, peu nombreuses, n'en remettent en cause la stabilité (P. COUVREUR, p. 92 ; J.-M. SOREL, p. 180 ; K. KOWALIK-BANCZYK, p. 212). En matière de fond, la prévisibilité des décisions repose sur deux éléments : le premier est

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

la stabilité jurisprudentielle (J.-M. SOREL, p. 186) et le second est la publication des décisions de justice (D. PAVOT et A. DA SILVA, p. 144). Les règles de droit ne sont toutefois pas maniées dans le vide, mais afin de résoudre un conflit.

Ainsi, et d'autre part, l'adhésion à la pondération des intérêts en présence, qu'il s'agisse de ceux des parties au litige ou des participants et des parties prenantes, par la juridiction est essentielle. Pour les parties au litige, leur traitement doit être égal. Cela explique que les juridictions aient, en matière de procédure, preuve de retenue dans l'adoption de mesures d'instruction (J. CAZALA, p. 42 ; J.-M. SOREL, p. 191 et 192). Quant au traitement du fond, si certains célèbrent la pratique des opinions individuelles, en ce qu'elles garantiraient la prise en compte de tous les arguments et préciseraient le raisonnement (J.-M. SOREL, p. 185 ; E. DECAUX, p. 234), d'autres s'y opposent (K. KOWALIK-BANCZYK, p. 212). Pour les parties prenantes, la prise en compte de leurs intérêts a pu orienter la manière dont la juridiction applique et interprète le droit. L'exemple des mesures conservatoires est parlant, dès lors que la Cour internationale de Justice paraît en indiquer plus volontiers lorsque des vies humaines sont en jeu (P. COUVREUR, p. 101). Quant à l'interprétation des règles, sa modulation est possible lorsque le libellé laisse une « marge d'expérimentation » suffisante à la juridiction (H. BEN MAHFOUDH, p. 164 ; voir l'exemple de la confidentialité des documents dans M. YILMAZ, p. 121 et 131) ou si un vide existe dans l'espace normatif. Tel a été le cas de la question de la participation de tiers à la procédure à titre d'*amicus curiae*. Alors que devant la Cour internationale de Justice les intérêts en présence, principalement étatiques, ont justifié qu'elle en rejette la possibilité (P. COUVREUR, p. 107 ; J.-M. SOREL, p. 197), ceux donnant prise aux litiges portés devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC, que sont les intérêts d'entreprises privées, explique qu'il ait retenu la solution opposée (M. YILMAZ, p. 125).

En toute hypothèse, la prévisibilité de la décision et la pondération des intérêts en présence sont le produit d'équilibres fragiles et face auxquels l'absence de moyens de recours pourrait laisser, à ceux n'ayant pas trouvé gain de cause dans la solution retenue, le sentiment d'être démunis. L'absence de voie de recours permettant de contester la décision d'une juridiction internationale risque de diminuer la confiance qui lui est témoignée (J.-M. SOREL, p. 134 ; E. DECAUX, p. 236), là où leur existence semblerait concourir au phénomène inverse (K. KOWALIK-BANCZYK, p. 215).

Ce faisant, le présent ouvrage propose une analyse subtile des nombreux équilibres qui, fragiles et difficilement perceptibles, doivent être préservés par les juridictions internationales, tout au long de la procédure, pour ne pas remettre en cause la confiance dont leur témoignent différents acteurs, tantôt en les saisissant de leur litige, tantôt en participant ou s'intéressant à la procédure. Il enrichit, ainsi, la doctrine d'une étude approfondie de la notion de la confiance dans la justice, qui lui faisait défaut jusqu'alors (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La "confiance du public" dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », dans *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre. Les droits de l'homme à la croisée des droits*, Paris, Lexis Nexis, 2018, p. 11).

CÉCILE GOUBAULT-LARRECQ

RGDIP 2023/1
© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

ALEXIS MARIE (DIR.). – *Asile et nouvelles conflictualités : colloque RefWar du 18 et 19 mars 2021, université de Reims Champagne-Ardenne*, 1.vol. broché de 244 p., 2022, Paris (Pedone), ISBN : 978 2 233 01020 9 4

Cet ouvrage n'est autre que la consécration d'un colloque tenu sous la direction du Professeur Alexis MARIE, les 18 et 19 mars 2021 et qui rassemble les communications produites à l'occasion d'un projet de recherche RefWar porté par les Professeurs Julian FERNANDEZ et Thibault FLEURY GRAFF. Dans un contexte post-guerre froide, de nouvelles formes de conflits ne répondant plus aux logiques traditionnelles interétatiques par leur asymétrie et leur extension *ratione loci* sont apparues (p.8). Sur un fond géopolitique de conflit syrien et ukrainien, ce colloque « Asile et nouvelles conflictualités » avait pour objet principal d'examiner les éventuelles spécificités des déplacements massifs afin d'interroger la pertinence du cadre juridique applicable et de proposer des solutions adéquates (p.7). Si la nécessité de garantir une protection aux demandeurs d'asile s'articule à travers le prisme de deux critères, la mise à l'abri et les conditions de l'obtention d'une protection internationale, il n'en demeure pas moins que ces deux critères restent soumis au pouvoir discrétionnaire des Etats (p.8). La mise à l'abri s'en trouve par conséquent contingente (pp.9-14) et la complexité des conditions d'obtention de l'asile présente une dissonance manifeste eu égard à l'objectivité du besoin de protection des exilés de guerre (pp.15-28).

L'ampleur et la constance du phénomène. Les conflits armés contemporains présentent des critères de forme similaires : ils sont globalisés, privatisés, sécuritisées et surtout médiatisés (pp. 31-32). Depuis 1946, les conflits interétatiques se trouvent remplacés par des conflits asymétriques menés par des groupes armés organisés (p.33). Favorisés par des facteurs ethniques (pp. 35-37) et catalysés par des considérations économiques (pp. 37-38), ces conflits contemporains ont pour conséquence d'utiliser la violence à l'encontre des civils de manière stratégique et délibérée. Parallèlement à cette transformation des conflits, se sont mis en place des domaines juridiques nouveaux dont le droit de la guerre et le droit international des réfugiés (p. 46) qui n'ont eu cesse d'évoluer à travers le temps afin de mieux répondre aux besoins des conflits. Le déploiement du passeport Nansen (pp.47-50), la rédaction de la Convention relative au statut des réfugiés (pp. 51-58) ou encore la transition de l'asile territoriale vers la protection subsidiaire (pp. 58-64) témoignent de l'évolution de ces mécanismes de protection. Dès lors, un demandeur d'asile fuyant un conflit armé peut bénéficier de la protection subsidiaire de type 3, la protection de type 1 et 2 étant respectivement consacrées à l'exposition d'une exécution ou d'un traitement inhumain et dégradant (p. 66). Le demandeur doit toutefois présenter la qualité de civil, fuir un conflit armé et que découle de ce conflit une situation de violence aveugle (pp. 68-69).

L'accès au territoire et vulnérabilité des exilés de guerre. Les situations de violence aveugle, situations de violences s'étendant à des personnes sans considération de leur situation personnelle (p. 68) ont pour conséquences des syndromes physiques (pp. 112-115) et psychiques complexes (pp. 115-118). Face à cette vulnérabilité des exilés de guerre, des mécanismes de protection ont été déployés pour faciliter l'accès au territoire à l'échelle nationale, européenne et universelle. En France, un dispositif des visas délivrés au titre de l'asile a été mis en place et se veut être une manifestation de solidarité envers les personnes en besoin de protection (p. 84). Toutefois, si ce mécanisme paraît souple, il n'en demeure pas moins à la discrétion de l'Etat et n'a pour l'heure été activé qu'à

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

destination des populations irakiennes et syriennes (p. 87). Au niveau européen, une convergence des jurisprudences défavorables à la délivrance des visas humanitaires est identifiable dès lors que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme se sont respectivement prononcées pour l'inapplicabilité d'une part, de l'article 25§1 du code des visas (pp. 98-100) et, d'autre part, de la Convention en lien avec les demandes de visas humanitaires déposées dans les ambassades et consulats des Etat européens (pp. 101-102). Une position qui peut paraître préjudiciable aux droits de la personne dès lors qu'il parait nécessaire d'atteindre les territoires des Etats membres, avec tous les risques que cela implique, afin de bénéficier de façon éventuelle d'une protection. Au niveau universel, les statuts du Haut-commissariat des Nations unies prévoient un dispositif de réinstallation consistant en un transfert des réfugiés vers un autre Etat qui accepte de les admettre sur son territoire en tant que réfugiés afin de leur accorder une réinstallation permanente (p. 89). Dissonance entre la théorie et la pratique oblige, la majorité des réfugiés présents sur le territoire de leur premier Etat d'accueil se trouve dans des situations de précarité prolongées, sans aucune perspective de solutions effectives (p. 94) dépendants des volontés ou plutôt du manque de volonté d'engagement des Etats. Précarité, qui fut renforcée lors de la pandémie de Covid-19 durant laquelle les opérations de réinstallation ont temporairement été suspendues (p.105).

La protection à travers le prisme de l'appréhension du contexte. L'importance du contexte revêt un intérêt particulier lors du choix du fondement de protection ou plutôt de son articulation. Une analyse des conflits soudanais (pp. 129-130), syrien (pp.130-131) et afghan (pp. 131-132) révèle que le fondement de la protection dépend des particularités du contexte sécuritaire de l'Etat d'origine (p. 132). La Convention de Genève n'intégrant pas l'ensemble des risques générés par un conflit armé, le mécanisme de protection subsidiaire, plus particulièrement de type 3, demeure être « un outil indispensable » à l'heure actuelle (p. 132). De plus, l'analyse des méthodes d'individualisation de la crainte témoigne d'une adaptabilité manifeste de l'octroi d'une protection internationale. L'individualisation de la crainte tend dès lors à « jalonne[r] la prise en compte des nouvelles conflictualités dans le contentieux de l'asile tant en matière de protection conventionnelle que subsidiaire » (p. 155). Enfin, ces nouvelles conflictualités tendent à rendre nébuleuse la détermination de l'Etat de rattachement (pp. 160-167). Il en va de même des agents de persécution et des agents de protection (p. 168). Si dans certains cas, la confusion de ces deux acteurs est inévitable du fait de la « volatilité des violences » ne répondant plus aux logiques traditionnelles (p. 168) dans d'autres cas, il en devient même impossible d'identifier l'acteur de protection (p. 170).

La protection à travers le prisme de l'appréhension des acteurs et des victimes. La forme de ces nouvelles conflictualités semble avoir transcendé l'architecture traditionnelle des classifications civils-combattants dès lors qu'elles suscitent une nouvelle qualification des acteurs (p. 191). En somme, « les nouvelles conflictualités dessinent de nouvelles catégories d'adversaires » tant et si bien que les juridictions souffrent à trouver une cohérence « face à la réalité mouvante, instable qui défie l'ordonnancement juridique » (p. 205). Au surplus, le critère même de l'appartenance à un groupe social, qu'il soit combattant ou civil, souffre d'un manque de mobilisation dans la pratique des Etats parties à la Convention de Genève eu égard à une interprétation prétorienne restrictive. Les exigences de cohésion et de visibilité s'en trouvent être la cause et bien qu'elles semblent contre-intuitives aux règles interprétatives des traités, il s'agit

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023

principalement un manque manifeste de volonté administrative et juridictionnelle qui semble être à l'origine de ce manque de mobilisation. Par conséquent, de nombreuses victimes de conflits armés ayant été oubliées par les rédacteurs de la Convention de Genève en 1951 ne peuvent prétendre à la reconnaissance de leur statut de réfugié (p. 190). Enfin, ces nouvelles conflictualités mettent en exergue les cas des personnes qui fuient leur Etat, refusant de servir les forces militaires et policières (p. 207) et qui risquent par conséquent de subir au mieux, des traitements inhumains et dégradants, au pire une condamnation à mort. Il est regrettable de constater que si le conflit syrien a pu faciliter la preuve du lien de causalité entre les motifs de conscience et les persécutions, le demandeur, qu'il soit insoumis ou déserteur devra tout de même établir la plausibilité de ce lien (p. 222). Le système demeure donc point changé.

Exclusion, menace pour l'ordre public et poursuites pénales. Les nouvelles conflictualités ont révélé un nouveau type d'acteur, celui des personnes suspectées de terrorismes et de nouvelles questions, dont notamment la poursuite des demandeurs non protégés. La menace terroriste, « fruit d'une funeste conjecture entre certains conflits et la commission d'attentats terroristes en Europe » ont toutes deux dressé les personnes suspectées en « figure(s) singulière(s) du droit des réfugiés » (p. 225). Prépondérante dans le débat public, la menace terroriste a suscité une appréhension de la part des Etats d'accueil redoutant d'accorder la protection internationale à des personnes susceptibles de représenter une menace pour la Nation (p. 226). Si ce contexte a suscité un durcissement prévisible du cadre réglementaire applicable aux exilés de guerre suspectés d'activités terroristes (pp. 226-230), la mise en application de cadre réglementaire à quant à elle engendré des questions épineuses de distinction entre qualité et statut de réfugié (pp. 231-235) et de maintien du principe de non-refoulement (p. 235). En France, les poursuites des demandeurs non protégés sont opérées par le pôle crime contre l'humanité, crimes et délits de guerre. Sont concernées par ces mesures les personnes constituant une « menace grave pour la sureté de l'Etat » ou ayant été condamnés pour crimes ou délit constituant un acte de terrorisme par exemple (p. 238). En l'état, aucun procès n'a été tenu sur la base d'une procédure initiée par un signalement de l'OFPRA et l'absence de coopération avec la CNDA semble constituer un « angle mort » (p. 242). Ce système de poursuite qui n'en est qu'à ses débuts tend encore à se développer afin de lutter contre l'impunité.

En somme, la lecture de cet ouvrage riche par la diversité des profils de ses intervenants et fort de leurs expériences permettra au lecteur un aperçu global et précis des enjeux soulevés par les nouvelles conflictualités et l'impact immédiat de ces dernières sur les exilés de guerre. Tant les théoriciens que les praticiens s'en trouveront enrichis, que cela soit par la remise en cause d'une lecture classique de la guerre, ou par les développements techniques et cartésiens des mécanismes de protection. En tout état de cause, ce n'est autre qu'un phénomène global et contemporain que l'on retrouve dans d'autres thèmes que l'on décèle en filigrane, celui d'une reconnaissance globale d'un phénomène par la communauté internationale, et d'une dissonance manifeste regrettable de coopération et de coordination de la part des Etats.

MYRIAM DAHHAN

© Editions A. PEDONE – PARIS – 2023