



**HAL**  
open science

## Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé

Kiara Neri, Gérard Aïvo, Frédérique Lozanorios

► **To cite this version:**

Kiara Neri, Gérard Aïvo, Frédérique Lozanorios. Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé. Les Cahiers de l'EDIEC, n° 2, 138 p., 2020. hal-02968167

**HAL Id: hal-02968167**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02968167>**

Submitted on 15 Oct 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

A large baobab tree stands prominently in the center of the frame. The tree has a thick, textured trunk and a wide, flat canopy of green leaves. The background shows a clear blue sky with scattered white clouds. In the foreground, there is a body of water reflecting the tree and the sky, surrounded by green grass and some bushes.

Actes de la journée en  
hommage au professeur  
Stéphane Doumbé-Billé

Lyon, 13 février 2020

Sous la direction de Kiara Neri,  
Gérard Aïvo et Frédérique Lozanorios

## Dans la même collection

Kiara Neri (dir.), *L'Utopie. Actes de la première Journée de l'EDIEC*, Lyon, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 1, 2020, 96 p.

Kiara Neri, Gérard Aïvo et Frédérique Lozanorios (dir.), *Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé*, Lyon, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 2, 2020, 138 p.

ISSN 2740-3688

**Directrice de publication** : Frédérique Ferrand, Professeure, Directrice de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EDIEC – EA 4185)

**Responsable d'édition** : Véronique Gervasoni, Administratrice de l'EDIEC

## Équipe de droit international, européen et comparé

Adresse physique : Université Jean-Moulin Lyon 3 – Faculté de droit – EDIEC  
15 quai Claude Bernard – 69007 Lyon

Adresse postale : Université Jean-Moulin Lyon 3 – Faculté de droit (Quais) – EDIEC  
1C avenue des Frères Lumière CS 78242 – 69372 Lyon Cedex 08

Courriel : [ediec@univ-lyon3.fr](mailto:ediec@univ-lyon3.fr)

Site web : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

Réseaux sociaux : [Facebook](#) – [LinkedIn](#) – [Twitter](#)

### Citation

NERI Kiara, AÏVO Gérard et LOZANORIOS Frédérique (dir.), *Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé*, Lyon, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 2, 2020, 138 p., [<http://ediec.univ-lyon3.fr/publications/les-cahiers-de-lequipe-de-droit-international-europeen-et-compare/>].

**Illustration de couverture** : Baobab de Grandidier (*Adansonia grandidieri*), photographie prise près de Morondava, Madagascar

© By Bernard Gagnon - Own work, CC BY-SA 3.0, [<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=3646805>]

# **Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé**

Lyon, 13 février 2020

**Sous la direction de Kiara Neri,  
Gérard Aïvo et Frédérique Lozanorios**



**Figure 1 :** Stéphane Doumbé-Billé, par Kokougan Messiga

## Les auteurs

### **Gérard Aivo**

Enseignant-chercheur à la Faculté de droit et de science politique de l'université d'Abomey-Calavi  
Chercheur associé au Centre de droit international, université Jean-Moulin Lyon 3 – faculté de droit –  quipe de droit international, européen et comparé (EA 4185) – Centre de droit international (CDI)  
Spécialiste du droit des conflits armés  
Expert du Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés sur les questions d'apatridie

### **Ibrahima Ly**

Professeur titulaire des Universités  
Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD) – faculté des sciences juridiques et politiques  
Agrégé de droit public et science politique  
Directeur du Laboratoire d'études et de recherches en politiques, droit de l'environnement et de la santé (LERPDES)

### **Paulo Affonso LEME MACHADO**

Docteur en droit  
Docteur *honoris causa* de l'université d' tat J lio de Mesquita Filho – UNESP (Brésil), Vermont Law School ( tats Unis), université de Buenos Aires, université fédérale du Para ba (Brésil)  
Prix Elizabeth Haub (1985)  
Professeur invité à l'université de Limoges (1986-2003)  
Professeur émérite de l'UNESP (Brésil)  
Ancien membre du Ministère public de l'état de S o Paulo – Brésil  
Professeur à la faculté de droit de l'université méthodiste de Piracicaba (Brésil)  
Chevalier de la Légion d'honneur

**Frédérique LOZANORIOS**

Docteur en droit international

Université de Lyon – université Jean-Moulin Lyon 3 – faculté de droit – Équipe de droit international, européen et comparé (EA 4185) – Centre de droit international (CDI)

**Mohamed Ali MEKOUAR**

Centre international de droit comparé de l'environnement

**Kiara NERI**

Maître de conférences HDR en droit public

Directrice du Centre de droit international (CDI)

Université de Lyon – université Jean-Moulin Lyon 3 – faculté de droit – Équipe de droit international, européen et comparé (EA 4185) – Centre de droit international (CDI)

**Laurent SERMET**

Professeur de droit public

Aix-Marseille université – Sciences Po Aix

**Michel PRIEUR**

Professeur émérite à l'université de Limoges

Président du Centre international de droit comparé de l'environnement

**Paul VERMA VERMA**

Doctorant

Université de Lyon – université Jean-Moulin Lyon 3 – faculté de droit – Équipe de droit international, européen et comparé (EA 4185) – Centre de droit international (CDI)

## Remerciements

Cette journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé a eu lieu le 13 février 2020 en présence de sa famille, de ses proches et de ses collègues.

Elle a été organisée par le Centre de droit international, sous la direction scientifique de **Kiara Neri**, et a bénéficié du soutien financier de la **faculté de droit** de l'université Jean Moulin Lyon 3 et de l'**EDIEC**.



## Sommaire

Les auteurs _____	7
Abréviations, sigles et acronymes _____	11
<b>Kiara NERI, Gérard Aïvo et Frédérique LOZANORIOS</b> Avant-propos _____	13
<b>Michel PRIEUR</b> Hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé. Le droit de l'environnement du xxi <sup>e</sup> siècle : progrès et lacunes _____	17
<b>Mohamed Ali MEKOUAR</b> Sur les traces juridiques de Stéphane en forêt _____	29
<b>Paulo Affonso LEME MACHADO</b> Le passé, le présent et le futur du droit de l'environnement au Brésil _____	43
<b>Gérard Aïvo</b> La question des combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés _____	53
<b>Paul VERMA VERMA</b> La Cour pénale internationale et l'Afrique _____	81
<b>Ibrahima LY</b> L'œuvre africaine de Stéphane Doumbé-Billé : la sentinelle du droit public et du droit de l'environnement _____	99
<b>Laurent SERMET</b> La Nation fermée ou la « malga-cité » ? Lecture critique du droit malgache de la nationalité _____	113

## Abréviations, sigles et acronymes

Ann. fr. dr. intern.	Annuaire français de droit international
AUF	Agence universitaire de la francophonie
CADHP	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEI	Communauté des États indépendants
CERD	Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIDCE	Conseil international de droit comparé de l'environnement
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CJUA	Cour de justice de l'Union africaine
COP	Conférence des Parties
CPDH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CRIDEAU	Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme
CSNU	Conseil de sécurité des Nations unies
DIH	Droit international humanitaire
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
Fasc.	Fascicule
IFDD	Institut de la francophonie pour le développement durable
IUHEI	Institut universitaire de hautes études internationales et du développement
JORF	Journal officiel de la République française
JORM	Journal officiel de la République malgache
MIT	Massachusetts Institute of Technology

ODD	objectif de développement durable
OIF	Organisation internationale de la francophonie
ONU	Organisation des Nations unies
PUF	Presses universitaires de France
RADE	Revue africaine de droit de l'environnement
RAFJE	Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil
Rev. intern. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. intern. dr. pén.	Revue internationale de droit pénal
RGDIP	Revue générale de droit international public
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SADE	Société africaine de droit de l'environnement
SFDI	Société française pour le droit international
SMP	Société militaire privée
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UA	Union africaine
UCAD	Université Cheikh Anta Diop
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne



**Figure 2 :** Stéphane Doumbé-Billé, par Kiara Neri

## Avant-propos

Kiara NERI, Gérard Aïvo et Frédérique LOZANORIOS

La journée dédiée au professeur Stéphane Doumbé-Billé, organisée à l'Université Jean Moulin Lyon 3, le 13 février 2020, et dont les actes ont été recueillis au sein du présent ouvrage, a été l'occasion de réunir les personnes qui ont compté dans sa carrière, ses amis de toujours, ses doctorants ou anciens doctorants. Son décès a indubitablement assombri la fête et la joie qui auraient dû entourer la remise de ses *Mélanges*. Néanmoins, la maintenir a été l'occasion de lui rendre hommage, et, plus précisément, de rendre hommage au juriste brillant et atypique qu'il était, et à sa très riche carrière académique.

Le programme a été construit autour des trois axes qui ont servi de colonne vertébrale à ses travaux scientifiques : l'environnement, le droit international général et le droit régional africain.

Ses travaux en matière environnementale ont forgé sa renommée internationale et c'est grâce à ses compétences qu'il a été sollicité comme expert par de très nombreuses organisations internationales, notamment de la famille des Nations unies. Les thématiques environnementales, tels le droit international des changements climatiques, le développement durable et le droit applicable à la protection des forêts ont été au cœur de ses recherches. C'est dans ce cadre qu'il a rencontré certains de ses plus fidèles amis, notamment ceux qui ont coordonné ses *Mélanges* et qui ont participé au présent ouvrage, comme Michel Prieur, Mohamed Ali Mekouar et Paulo Afonso Leme Machado.

Mais Stéphane Doumbé-Billé, fondateur et ancien directeur du Centre de droit international de l'université Jean-Moulin Lyon 3, reste avant tout, comme il se définissait lui-même, un internationaliste. Le droit international général, ses mécanismes, ses sources, ses acteurs, sa théorie et ses différentes branches étaient pour lui un champ d'investigations sans limites. C'est également cette matière qu'il a le plus enseigné tout au long de sa carrière, et nombreux sont

les étudiants auxquels il a su la faire découvrir. Les cours du professeur ne ressemblaient à aucun autre, et réunissaient à la fois la rigueur juridique qui le caractérisait et la spontanéité qui le conduisait toujours vers des anecdotes, des « histoires » issues de sa propre expérience.

C'est aussi principalement dans le domaine du droit international qu'il a exercé le « job de sa vie », tel qu'il le décrivait, celui de directeur de thèse. Grâce à des méthodes parfois très déroutantes pour ses doctorants, il s'est employé à former de nouvelles générations d'internationalistes et d'environnementalistes, pour que ce qu'il a créé subsiste. Le champ des thèses qu'il a dirigées est extrêmement large, du droit international humanitaire au droit de la responsabilité, en passant par le droit international de l'énergie, le droit international des droits de l'homme, le droit des minorités et le droit de la mer. Dans ce cadre, nous, ses plus anciens doctorants, avons à cœur de marquer, par cet ouvrage, l'importance que notre directeur a eu dans nos parcours académiques doctoraux et, par voie de conséquence, dans notre construction intellectuelle. Nul doute que les disciples que nous sommes avons été influencés par les pensées et les démarches méthodologiques de construction et d'analyse du maître. Nous sommes aujourd'hui, parmi d'autres, des héritiers et désormais, des « fructificateurs » de sa riche doctrine.

Enfin, le troisième pilier des travaux de recherche du professeur Stéphane Doumbé-Billé concerne le droit africain. Constitutionnel et administratif, d'abord, régional, ensuite, ce droit a marqué sa carrière. Il lui a également permis d'acquérir une renommée qui force l'admiration sur le continent. La communauté des internationalistes africains lui a d'ailleurs rendu un vibrant hommage à travers les différentes thématiques africaines qui ont été abordées dans les Mélanges qui lui ont été consacrés en février 2020.

Dans le présent ouvrage, qui se veut avant tout un hommage des plus anciens doctorants de Stéphane Doumbé-Billé à leur maître, hommage auquel se sont volontiers associés quelques-uns de ses amis et collègues, les trois domaines des travaux de recherche du dédicataire ont été « labourés ». En effet, en droit de l'environnement, ce sont les professeurs Michel Prieur, Mohamed Ali Mekouar et Paolo Affonso Leme Machado qui ont d'abord largué les amarres : le premier s'est efforcé de faire le bilan du droit de l'environnement au XXI<sup>e</sup> siècle, le second a tenté de restituer les idées de Stéphane sur la « forêt », tandis que le troisième s'est attelé à jauger l'efficacité du droit de l'environnement au Brésil relativement à la protection de l'Amazonie.

En droit international général, ce sont deux disciples du dédicataire, Frédérique Lozanorios et Gérard Aivo qui ont consacré leurs réflexions respectivement à la lutte contre les abus sexuels des casques bleus dans les opérations de maintien de la paix, et à la question des combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés. Enfin, dans le domaine du droit africain, Paul Verma Verma, l'un des plus jeunes doctorants du Centre de droit international, s'est d'abord penché sur les liens entre l'Afrique et la Cour pénale internationale, tandis que Laurent Sermet, professeur à Sciences Po Aix et également membre du Centre de droit international, a mis en lumière les paradoxes du droit de la nationalité à Madagascar. Enfin, Ibrahima Ly, professeur à l'université Cheikh Anta Diop de Dakar, a tenté de restituer l'œuvre africaine du professeur Doumbé-Billé en droit public et droit de l'environnement.

Voilà donc le « menu » de cet ouvrage intime et joyeux, probablement loin d'être à la hauteur du personnage qu'il était, mais qui, sans nul doute, se veut modestement un symbole, du moins un témoignage de respect, d'affection et de souvenirs partagés.

Cher Professeur, cher Maître, cher Stéphane, paraphrasant l'écrivain et poète sénégalais Birago Diop, nous tenons à te dire que les morts ne sont pas morts. Ils sont dans les livres feuilletés dans les bibliothèques, ils sont dans les revues consultées, sur des sites spécialisés. Ils sont dans les débats doctrinaux, dans les conférences et les colloques empreints de leurs idées, de leurs concepts, de leurs écrits, de leur mémoire et de leur héritage académique.



## **Hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé Le droit de l'environnement du XXI<sup>e</sup> siècle : progrès et lacunes**

Michel PRIEUR

On voudrait rendre hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé en retraçant à grands traits les progrès et les lacunes du droit de l'environnement du XXI<sup>e</sup> siècle. En effet, sa vision du monde et des hommes a toujours été d'un grand réalisme. Sa lecture des impressionnants progrès du droit de l'environnement n'occultait pas ses doutes quant à leur effectivité. Sa soif de justice et sa foi dans les hommes de bonne volonté lui ont permis de toujours imaginer un futur meilleur. Il était porteur d'un message prônant un « vrai droit de l'environnement ».

On doit, à cet égard, se référer au discours méconnu du pape François à l'assemblée générale des Nations unies, le 25 septembre 2015. Il déclarait, dans l'esprit de son encyclique fameuse *Laudato Si'*, de mai 2015 :

Il faut proclamer qu'il existe un *vrai droit de l'environnement* parce que les êtres humains font partie de l'environnement et parce que chaque créature a une valeur en elle-même d'interdépendance avec les autres créatures. Tout dommage à l'environnement est un affront à l'humanité.

Mais qu'est-ce qu'un *vrai droit de l'environnement* ? Le pape nous laisse y répondre et Stéphane, toujours inspiré, aurait pu magistralement nous éclairer. Pour moi, cela exige au moins quatre conditions de fond :

- Un droit ayant une finalité précise et constante, à savoir toujours favoriser et accroître la protection de l'environnement, considéré comme notre maison commune et donc comme un bien commun à toute la planète au-delà des souverainetés ;
- Un droit faisant partie des droits de l'homme et organisé de telle sorte qu'il garantisse les besoins essentiels pour tous, sans discrimination, et prenant en compte l'interdépendance entre les êtres humains et la nature ;

- Un droit transgénérationnel qui ne porte pas préjudice, par des actions à court terme, aux droits des générations futures, ce qui implique de ne pas reculer ou régresser dans la protection de l'environnement ;
- Un droit fondé sur les exigences de la solidarité sociale et écologique.

Si tout le monde s'accorde à reconnaître les progrès du droit de l'environnement au début du XXI<sup>e</sup> siècle, on ne peut cacher des lacunes souvent ignorées.

## I. – Les progrès

Contrairement à un discours dominant catastrophiste et pessimiste, selon lequel le multilatéralisme serait mort, il convient de mettre en lumière les progrès existants tant dans le droit des traités, dans la jurisprudence internationale, ainsi que dans la *soft law* dont on connaît l'importance en droit international de l'environnement.

### A. – De nouveaux traités

Sans prétendre ici à l'exhaustivité, on mentionnera des illustrations d'un droit vivant, pour lequel les États continuent de croire, puisqu'ils acceptent de négocier, de signer et de ratifier des traités. L'accord de Paris de décembre 2015, fruit de la COP 21 de la Convention sur les changements climatiques, est l'expression d'un unanimité imprévisible. Il a été signé et est entré en vigueur à une vitesse inédite en droit international : moins d'un an ! En ce qui concerne la pollution chimique par le mercure, révélée en 1949 par le drame de Minamata au Japon, il a fallu attendre 1966 pour que cessent les rejets. C'est seulement en 2013 qu'enfin a été adoptée une convention interdisant le mercure. Elle est entrée en vigueur en 2017. En Amérique, deux nouveaux traités méritent l'attention. La Convention interaméricaine sur les droits des personnes âgées de 2015, en vigueur dès 2017, est la première dans ce domaine. Un article concerne l'environnement. On notera que l'Europe ne dispose pas encore d'un tel instrument. L'Accord régional d'Éscazú sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice, à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes, signé en 2018, a déjà huit ratifications sur onze et va entrer en vigueur, en principe, en 2021. Cet accord reprend le contenu de la Convention d'Aarhus en le modernisant. Il introduit, pour la première fois dans un traité international, le principe de non

régression, dans son article 3, c<sup>1</sup>. Il est certain que Stéphane nous aurait poussés à entreprendre l'élaboration d'un Accord d'Escazú pour l'Afrique. Aussi le Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE) va-t-il s'atteler à entreprendre cette avancée du droit de l'environnement en Afrique.

Un nouveau traité en cours de rédaction officielle prouve l'importance de la dynamique droits de l'homme en matière d'environnement. Il s'agit de l'initiative du conseil des droits de l'homme de l'ONU à Genève qui fait suite aux principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés par une résolution du conseil des droits de l'homme du 16 juin 2011 (Res. 17/4, A/HRC/17/31). Depuis 2014, un travail de négociation d'un instrument juridique contraignant porte sur la régulation des activités des entreprises multinationales et autres entreprises en matière de droit international des droits de l'homme. Dans le projet de texte du 16 août 2020, les droits de l'homme concernés à l'article 1-2 incluent les droits relatifs à l'environnement et les articles 4-c et 6 sur les droits des victimes et la prévention font expressément référence à l'environnement.

### **B. – Des décisions juridictionnelles**

On constate un essor important du contentieux environnemental, tant au plan international que national. Depuis l'*affaire des papeteries*, entre l'Argentine et l'Uruguay, du 20 avril 2010, la Cour internationale de justice a été amenée à quelque peu renforcer sa jurisprudence. À cette occasion, la CIJ a consacré la procédure d'étude d'impact comme une obligation juridique universelle pour les installations transfrontières, s'imposant même en l'absence d'accords écrits bilatéraux ou multilatéraux. Puis, dans son arrêt du 2 février 2018 à l'occasion d'un litige entre le Costa Rica et le Nicaragua, la CIJ a consacré le principe de la réparation du dommage écologique. Son avis du 25 février 2019 a permis d'attirer l'attention sur le sort des déplacés environnementaux dans l'affaire relative aux îles Chagos.

Les juridictions régionales compétentes en matière de droits de l'homme ont continué de développer leur jurisprudence sur les relations entre droits de l'homme et environnement déjà élaborée à la fin du xx<sup>e</sup> siècle. L'opinion consultative de la Cour interaméricaine

1. M. PRIEUR et G. SOZZO (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 547 p.; M. PRIEUR, « The principle of non-regression », chap. VI.19, p. 251-259 in L. KRAMER et E. ORLANDO (dir.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, vol. VI, « Principles of Environmental Law », Edward Elgar, 2018, [<https://doi.org/10.4337/9781785365669.VI.19>].

des droits de l'homme, du 15 novembre 2017, est une contribution essentielle et novatrice, allant bien au-delà de ce que ces juridictions considéraient jusqu'alors. Le Centre international de droit comparé de l'environnement a pu déposer devant la Cour un *amicus curiae* qui a été pris en considération, prouvant ainsi que la doctrine académique, en tant qu'acteur non étatique, pouvait contribuer directement au contrôle de l'application du droit de l'environnement au plan international. La Cour européenne des droits de l'homme a poursuivi sa jurisprudence en intégrant le droit de l'homme à l'environnement, par ricochet, en appliquant l'article 8 de la Convention européenne à la suite d'un recours de 116 citoyens italiens (24 janvier 2019, *Cordella c/ Italie*), en traitant de l'information en matière d'environnement (29 janvier 2019, *Cangi c/ Turquie*) et de liberté de réunion en matière d'environnement (18 juin 2019, *Chernega c/ Ukraine*).

Bien entendu, les jurisprudences nationales sont bien plus nombreuses et diversifiées. Un des arrêts les plus significatifs est celui du Conseil d'État français du 15 février 2006, à propos du désamiantage du porte-avions Clemenceau, donnant lieu à une mesure d'urgence obligeant l'armée à faire faire demi-tour au porte-avions. Le 31 janvier 2020, le Conseil constitutionnel français, pourtant jusqu'alors très timide, a tranché en faveur de l'environnement dans un conflit entre la liberté d'entreprendre et les risques causés par les pesticides.

En 2019, deux cours suprêmes étrangères ont aussi contribué aux progrès du droit de l'environnement. En Argentine, le 4 juin 2019, la Cour suprême de justice a validé la loi sur la préservation des glaciers au nom de la protection de l'environnement contre les pressions des entreprises minières. Aux Pays-Bas, le 20 décembre 2019, la Cour suprême a imposé à l'État de prendre des mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre afin de respecter l'Accord de Paris de 2015 et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

### C. – *Des rapports, déclarations et communications*

De nombreux documents internationaux, à portée juridique variable, continuent de nourrir les progrès du droit de l'environnement. À cet égard, on ne soulignera jamais assez le rôle pionnier en la matière de certaines organisations internationales, sans oublier que, derrière ces documents de *soft law*, ce sont bel et bien les États qui les approuvent et qui s'engagent ainsi, en préférant des contraintes politiques et morales à des engagements juridiques formels. Mais l'essentiel n'est-il pas l'engagement, quelle que soit sa nature ?

Le Conseil des droits de l'homme est particulièrement actif depuis qu'il admet et promeut le droit de l'homme à l'environnement avec un rapporteur spécial depuis 2012. Dans son dernier rapport, du 24 janvier 2018, le professeur John. H. Knox a ainsi proposé seize principes-cadres qui préfigurent l'expression de l'état de la pratique internationale en la matière. Deux résolutions du Conseil des droits de l'homme sont à mentionner : celle sur les droits de l'homme et le changement climatique (38/4 de 2018) et celle sur les défenseurs des droits liés à l'environnement de plus en plus menacés dans leur vie (40/11 de 2019).

Au niveau européen, la parution du Plan vert pour l'Europe (COM du 11 décembre 2019) est un signe fort pour l'avenir de l'environnement en Europe, même si, depuis, la pandémie du Covid-19 risque de limiter ses ambitions.

Une attention particulière doit être portée aux décisions d'organes non juridictionnels en matière de droits de l'homme. Bien que ces organes ne soient pas spécialisés en matière d'environnement, ils rendent, depuis peu, de plus en plus de décisions sur l'environnement. Elles démontrent que tous les droits de l'homme sont concernés par l'environnement et que leur interdépendance est devenue une réalité juridique.

Deux comités ont été récemment impliqués, en matière d'environnement, dans trois affaires. Le Comité des droits civils et politiques, dans une importante décision du 25 juillet 2019 (communication n° 2571/2016, *Norma Portillo c/ Paraguay*), a constaté la violation de l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, relatif au droit à la vie, et de l'article 17, sur le domicile et la vie familiale. Il s'agissait de la réclamation de la famille d'un paysan du Paraguay, victime de la contamination par l'usage de pesticides pour la culture intensive du soja. Le Comité, citant la Convention de Stockholm de 2001 sur les polluants organiques persistants et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, a considéré que l'État avait une obligation positive d'agir pour protéger l'environnement et la santé. Le même Comité, dans une décision du 24 octobre 2019 (communication n° 2728/2016, *Ione Teitiota c/ Nouvelle-Zélande*) a rendu un *obiter dictum* de principe, considérant que :

La dégradation de l'environnement, le changement climatique et le développement non durable, peuvent violer le droit à la vie des générations présentes et futures (§ 9.4).

Il s'agissait d'un réfugié climatique venant de Kiribati et expulsé de Nouvelle-Zélande.

Le Comité des droits des enfants a été saisi d'une communication, le 23 septembre 2019, par la jeune Greta, icône des adolescents luttant contre le changement climatique, et quinze enfants contre la France, l'Allemagne, l'Argentine, le Brésil et la Turquie pour avoir violé la Convention de 1989 sur le droit des enfants en ne prenant pas les mesures qui s'imposent. En effet, l'article 24, § 2, c, de cette convention prévoit la garantie du droit à la santé des enfants en lien avec les dangers et risques de pollution du milieu naturel. Si cette Convention est en vigueur pour 196 États, seulement 45 d'entre eux ont accepté, depuis 2014, les communications les mettant en cause.

Parmi les instruments de *soft law*, une place à part doit être faite aux objectifs de développement durable ou ODD. La résolution 70/1 du 25 septembre 2015, de l'assemblée générale des Nations unies, a adopté dix-sept ODD à atteindre d'ici 2030. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un traité international, les engagements volontaires des États, sous le contrôle des acteurs non étatiques, sont bel et bien depuis 2015 les instruments internationaux les plus médiatisés à l'échelle universelle. Ils font l'objet d'un suivi annuel minutieux par le Forum politique de haut niveau qui se réunit au mois de juillet à New York. Parmi les dix-sept ODD, l'environnement est concerné directement ou indirectement dans au moins dix ODD. Il se trouve que l'on assiste à une juridicisation rampante des ODD. En effet, les comportements des acteurs concernés et des résolutions des Nations unies considèrent qu'il s'agit, en réalité, d'engagements quasi juridiques. En effet, la mise en œuvre des ODD nécessite, au plan national et international, l'utilisation de règles de droit et de sanctions. L'ouvrage du PNUÉ sur l'état de droit environnemental montre bien que le droit existant est indispensable pour appliquer les ODD et que, bien souvent, du droit nouveau est nécessaire<sup>2</sup>. Pour être effectifs, les processus d'application des ODD ne peuvent qu'utiliser des actes ou procédures juridiques tirés du droit national ou du droit international existant, notamment grâce à l'application des nombreuses conventions internationales multilatérales sur l'environnement. Il suffit de lire deux résolutions de l'assemblée générale des Nations unies pour comprendre que les ODD deviennent, petit à petit, du

---

2. United Nations Environment Programme, *Environmental Rule of Law. First Global Report*, Nairobi, UNEP, 2019, 306 p., spéc. Figure 6.1, Environmental Rule of Law and the Sustainable Development Goals, p. 227, [[https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental\\_rule\\_of\\_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27279/Environmental_rule_of_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y)].

droit presque dur<sup>3</sup> : A/RES/73/183 et 185 du 17 décembre 2018, *Justice pénale* et ODD ; A/RES/73/207 du 20 décembre 2018, *État de droit aux niveaux national et international*.

## II. – Les lacunes

Il reste encore de nombreuses lacunes en droit de l'environnement. Elles tendent à devenir moins nombreuses, compte tenu du formidable développement de ce droit depuis cinquante ans. Corinne Lepage en a relevé quelques-unes en droit national français dans son article de 2008<sup>4</sup>.

En droit international, le rapport du secrétaire général des Nations Unies du 13 décembre 2018 sur les lacunes du droit international de l'environnement est une source importante de réflexions (A/73/419). Mais ce rapport ignore, selon nous, les lacunes les plus importantes qui sont les suivantes.

### A. – *L'ineffectivité du droit de l'environnement*

Les détracteurs de l'environnement ont beau jeu de critiquer le déferlement des textes juridiques sur l'environnement comme des obstacles au développement. En réalité, la non-application de ces textes ne les gêne pas beaucoup, faute de contrôles et de sanctions effectifs. Les victimes de cette ineffectivité sont les défenseurs de l'environnement et la planète elle-même. Mais que sait-on de cette ineffectivité ? Peut-on la mesurer ? Alors que de plus en plus de déclarations politiques se plaignent de cette situation, aucun instrument scientifique ne permet d'évaluer véritablement les causes de l'ineffectivité du droit de l'environnement. C'est pourquoi le CIDCE a lancé depuis 2017 une recherche en vue de la création de véritables indicateurs juridiques<sup>5</sup>. Le G7, à Bologne en juin 2017, a ré-

3. Voir nos développements dans M. PRIEUR et Ch. BASTIN, *Mesurer l'effectivité du droit de l'environnement, des indicateurs juridiques au service du développement durable*, publication en ligne de la Chaire Normandie pour la paix, CIDCE, MRSN, CNRS, Université de Caen, 2020, [<https://chairepaix.hypotheses.org>].

4. C. LEPAGE, « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 123-133, [<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-4-page-123.htm>].

5. [[www.ifdd.francophonie.org/media/docs/publications/733\\_indicateur-juridique\\_web.pdf](http://www.ifdd.francophonie.org/media/docs/publications/733_indicateur-juridique_web.pdf)]. Voir, également, M. PRIEUR et M. A. MÉKOUAR, « Measuring the effectivity of environmental law through legal indicators in the context of Francophone Africa », in P. KAMERI-MBOTE et C. ODOE (dir.), *Blazing the Trail. Professor Charles Okidi's Enduring Legacy in the Development of Environmental Law*, Nairobi, University of Nairobi, School of Law, 2019, p. 238-256.

clamé de nouveaux indicateurs pour l'environnement. La troisième assemblée des Nations Unies pour l'environnement, à Nairobi, en décembre 2017, a préconisé des indicateurs plus pluridisciplinaires. La Convention d'Éscazú précitée, de 2018, dans son article 6, § 8, exige des États d'Amérique du Sud et des Caraïbes de mettre en place des « indicateurs communs, afin d'évaluer l'efficacité, l'effectivité et le progrès de ses politiques nationales environnementales concernant le respect de ses engagements nationaux et internationaux ». Le CIDCE a proposé à l'assemblée générale de l'IUCN qui aura lieu à Marseille, du 7 au 15 janvier 2021, l'adoption d'une motion pour « mesurer l'effectivité du droit de l'environnement grâce à des indicateurs juridiques ».

Une illustration spécifique de l'ineffectivité peut être donnée avec l'exemple du Protocole de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels en Amérique. Ce traité international de 1988, en vigueur depuis 1999 dans seize États, reste un chiffon de papier en ce qui concerne l'environnement. En effet, si l'article 11 proclame le droit à un environnement sain, l'article 19, § 1, limite les recours à la Commission et à la Cour interaméricaine des droits de l'homme en excluant formellement les recours relatifs à l'application de l'article 11. Certes, l'article 11 est éventuellement justiciable devant les juridictions nationales, mais exclu des réclamations à l'échelle du Protocole lui-même. Pour mettre fin à cette anomalie qui empêche le contrôle du respect de l'article 11, le CIDCE a élaboré une proposition d'amendement au Protocole de San Salvador<sup>6</sup>.

## B. – *Les déplacés environnementaux*

La Convention de Genève sur les réfugiés ne peut s'appliquer aux déplacés environnementaux. En effet ceux-ci ne sont pas juridiquement « persécutés » et, par ailleurs, la majorité d'entre eux ne traversent pas de frontière. Aussi les victimes de catastrophes naturelles et industrielles ne disposent-ils d'aucun statut juridique international de protection garantissant le respect de leurs droits fondamentaux. C'est pourquoi le CIDCE et l'université de Limoges ont élaboré, depuis 2005, un projet de convention pour combler cette lacune<sup>7</sup>. Jusqu'alors, aucun État n'a repris ce projet. Mais la Commission de

6. [[www.cidce.org](http://www.cidce.org)].

7. J.-M. LAVIEILLE, J. BÉTAILLE et M. PRIEUR (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 600 p. M. PRIEUR, *Quel statut pour les déplacés environnementaux ?*, p. 127-156 in A.-M. TOURNEPICHE (dir.), *La protection internationale et européenne des réfugiés*, Paris, Pedone, coll. « Droits européens », 2014, 176 p. ; L. WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Ecological Refugees*, Londres, Earthscan, 2009, 300 p.

droit international, dans son projet d'article de 2016 sur la protection des personnes en cas de catastrophes, a bien fait le lien entre catastrophes et droits de l'homme. De plus, la Convention de Paris commence à se préoccuper du sujet avec la création d'un groupe spécial sur les déplacés. Toutefois, il ne faudrait pas que soit traité isolément le sort des déplacés climatiques en oubliant toutes les autres catégories de déplacés environnementaux<sup>8</sup>.

### C. – *L'indépendance des experts scientifiques*

Les multiples controverses médiatiques sur la validité des expertises scientifiques en matière d'environnement se sont multipliées à l'occasion des décisions prises au niveau national et européen, en ce qui concerne l'usage du glyphosate ou autres pesticides. Il en résulte une méfiance systématique de l'opinion publique face à ces expertises. Le Tribunal de l'Union européenne a mis en avant la nécessité de respecter le droit à l'information sur les études de toxicité du glyphosate dans une décision du 7 mars 2019 (aff. T-716/14). On a alors constaté que peu de conventions internationales imposent une déclaration d'intérêts aux experts qu'elles utilisent. Les experts donnant des avis tant aux pouvoirs publics qu'aux grandes multinationales fabriquant ces produits, comme Monsanto, ne sont pas à l'abri de conflits d'intérêts ignorés ou dissimulés. C'est pourquoi le CIDCE a décidé de lancer une campagne en faveur d'un cadre international permettant de prévenir et de gérer les conflits d'intérêts. À cet effet, une motion doit être adoptée par les États et les ONG lors de l'assemblée générale de l'IUCN, à Marseille, du 7 au 15 janvier 2021.

### D. – *Les limites de la planète et la capacité de charge*

Des scientifiques évaluent régulièrement l'empreinte écologique ou les limites de la planète et alertent l'opinion et les États sur le poids excessif des activités humaines sur le milieu naturel. La capacité de charge d'un milieu donné mesure scientifiquement les limites supportables par ce milieu avant sa détérioration ou destruction irréversibles. Cette alerte sur les limites de la planète avait déjà été faite par le Club de Rome et le MIT, dès 1972, dans le fameux rapport « *Limits to growth* », traduit par « Halte à la croissance ».

Il n'est que temps d'intégrer ce concept dans le droit de l'environnement. Cela a été réalisé ponctuellement par le Protocole sur la gestion intégrée des zones côtières de Madrid en 2008. Ses articles 18,

8. S. BEHRMAN et A. KENT (dir.), « *Climate Refugees* ». *Beyond the Legal Impasse* ?, Oxon/New York, Routledge, 2018, 288 p.

§ 3, et 19, § 3, imposent aux États de prendre en compte la capacité de charge du milieu lors de l'élaboration des plans et programmes côtiers et lors des évaluations environnementales. L'annexe III de la directive européenne 2011/92 sur les études d'impact, fait aussi état de la capacité de charge des milieux naturels.

S'agissant, en réalité, d'un principe général de gestion de l'environnement en bon père de famille pour ne pas épuiser l'héritage à léguer aux générations futures, empreinte écologique et capacité de charge devraient figurer dans les Constitutions comme illustration des comportements à respecter pour ne pas porter atteinte au droit de l'homme à l'environnement. La réforme constitutionnelle en cours en France depuis 2018 a été l'occasion pour certains parlementaires de proposer une telle insertion.

### Conclusion

Il y aurait encore bien d'autres lacunes à combler après l'échec du Pacte mondial sur l'environnement proposé par le président Macron à l'ONU en 2018. Il conviendrait de reprendre ce projet en l'orientant plus directement sur les droits de l'homme en reprenant le projet que le CIDCE avait déposé auprès du Conseil des droits de l'homme en vue de l'adoption d'un troisième Protocole sur le droit de l'homme à l'environnement<sup>9</sup>.

On peut évoquer deux autres pistes de progrès. L'une classique et ancienne, l'autre novatrice.

Depuis longtemps, la communauté internationale essaye de convaincre les États d'ouvrir des négociations pour l'adoption d'une convention internationale sur les forêts. La conférence de Rio, en 1992, avait adopté un document intitulé étrangement « déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts ». En 2020, la forêt est plus que jamais menacée. On sait les ravages des incendies de forêt en Amazonie en 2019 et, depuis l'élection de Jair Bolsonaro, l'augmentation dramatique des défrichements illégaux, qui réduisent gravement la surface de cette forêt tropicale au profit éphémère de la culture de la canne à sucre, de la culture du soja et du travail clandestin des orpailleurs. On doit, à cet égard, faire état du courage des juges brésiliens de Manaus qui, par deux décisions rendues en procédure d'urgence<sup>10</sup>, tentent de stopper ces défrichements qui provoquent un nouveau type de génocide des

9. Voir [www.cidce.org](http://www.cidce.org) et A/HRC/34/NGO/60, 15 février 2017.

10. Décisions du juge fédéral de Manaus des 20 avril et 21 mai 2020.

peuples indigènes vivant dans la forêt du fait qu'ils se trouvent exposés au ravage du Covid-19 depuis février 2020, en raison de la pénétration en forêt des conducteurs d'engins de chantiers, des bûcherons, des orpailleurs et des accapareurs de terre<sup>11</sup>.

L'autre piste, plus novatrice, consiste à ajouter aux principes généraux du droit de l'environnement, une nouvelle interprétation des principes de précaution et de prévention, en considérant que ces principes impliquent que, dans un litige relatif à la nature et à la santé, en cas de doute, celui-ci doit profiter à la nature et à la santé (*in dubio pro natura*). C'est ainsi que le juge de Manaus, dans sa décision précitée du 20 avril 2020, décide d'ordonner des obligations de faire à l'Administration au motif que le décret attaqué «risquait de provoquer un dommage irréversible en ouvrant la forêt au défrichement en raison de l'augmentation de la culture de canne à sucre, ce qui porterait atteinte aux principes de précaution et de prévention qui doivent être respectés et interprétés selon le principe *in dubio pro natura* ou *pro salute* qui milite en faveur de l'environnement et de la santé<sup>12</sup>».

Le « vrai » droit de l'environnement souhaité par le pape François n'est-il pas aussi celui que le fameux anthropologue Claude Lévi-Strauss, grand connaisseur des indiens d'Amazonie, caractérisait ainsi ?

Le droit de l'environnement est un droit de l'environnement sur l'homme et non un droit de l'homme sur l'environnement<sup>13</sup>.

11. M. PRIEUR, « Halte au covid 19 en Amazonie : le juge au secours des indiens et de la forêt », *France Forum* [en ligne], n° 77, juillet 2020, [[www.institutjeanlecanuet.org](http://www.institutjeanlecanuet.org)].

12. La jurisprudence au Brésil, en Argentine et au Costa Rica, face à des conflits entre principes opposés, utilise le principe d'interprétation selon lequel « le doute doit profiter à la nature » et « le doute doit profiter à la santé ». Ce principe s'inspire du principe classique en droit pénal « le doute profite à l'accusé ». Voir l'article 395-4 de la Constitution de l'Équateur de 2008 ; l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 15 novembre 2017, n° 23/17, § 42 ; M. AHTEENSUU, *IN DUBIO PRO NATURA? A Philosophical Analysis of the Precautionary Principle in Environmental and Health Risk Governance* [Doctoral Dissertation], Turku, Department of Philosophy, University of Turku (Finlande), 2008, 65 p., [[https://www.researchgate.net/publication/267720809\\_IN\\_DUBIO\\_PRO\\_NATURA\\_A\\_Philosophical\\_Analysis\\_of\\_the\\_Precautionary\\_Principle\\_in\\_Environmental\\_and\\_Health\\_Risk\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/267720809_IN_DUBIO_PRO_NATURA_A_Philosophical_Analysis_of_the_Precautionary_Principle_in_Environmental_and_Health_Risk_Governance)].

13. Cl. LÉVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983, p. 371.



**Figure 3.1** : Stéphane Doumbé-Billé, au Jardin botanique de Rio en marge de la Conférence de Rio+20 en juin 2012, par Mohamed Ali Mekouar

# Sur les traces juridiques de Stéphane en forêt

Mohamed Ali MEKOUAR

On l'aura deviné à son titre sans prétention : cette note se voulait légère et frivole. Lorsque j'en ai proposé le titre, en novembre 2019, au début des préparatifs de la journée d'études en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé, je pensais à un témoignage anecdotique plus qu'à un décriptage académique, une sorte de regard rétrospectif sur des pérégrinations partagées avec lui aux confins des forêts et dans les méandres de leur droit. Naturellement, cette balade juridico-ludique n'avait réellement de sens qu'en présence de Stéphane. Et bien qu'il reste parmi nous en pensée après son départ, le cœur n'y est plus sans le miroir jovial de son visage complice.

J'essaierai toutefois, gaieté en moins, de marcher sur les pas de Stéphane en restituant quelques-unes de ces réminiscences forestières. Certaines, puisées dans ma mémoire estompée par le temps, peuvent être entachées d'un flou subjectif. D'autres, corroborées par des écrits, s'appuient sur des sources plus objectives. Pour autant, leur déchiffrement est nécessairement unilatéral, Stéphane n'étant plus là pour authentifier ou rectifier mes impressions fugaces.

Je suivrai Stéphane à travers deux espaces où il était également dans son élément, où il évoluait indifféremment comme un poisson dans l'eau, avec la même aisance et le même brio : le terrain et le campus.

## **I. – Stéphane sur le terrain : l'acteur normatif**

Je commencerai par ses prestations sur le terrain parce que c'est sûrement sur ce plan-là que ses apports sont les moins bien connus, au-delà des petits cercles de fonctionnaires et d'experts avec qui il a travaillé aux cours des missions de consultation qu'il a effectuées pour leur prêter main-forte.

Sur le terrain, les interventions de Stéphane ont principalement consisté à fournir des appuis juridiques à la formulation de textes

législatifs et/ou réglementaires relatifs aux forêts. Son rôle a donc été, pour l'essentiel, centré sur le soutien à la création normative en matière forestière. À ce titre, le qualifier d'acteur normatif ne paraît pas abusif. En effet, les projets de textes qu'il a aidé à élaborer ont, au terme de leur processus formel d'adoption, trouvé *grosso modo* leur aboutissement final dans les *Journaux officiels*, et ce dans des contextes multiples et variés.

### **A. – Diversité des parcours juridico-forestiers explorés**

Ce faisant, Stéphane a cheminé dans des sentiers juridico-forestiers d'une variété frappante, comprenant à la fois :

- des forêts sèches sahariennes et soudano-sahéliennes dans des pays d'Afrique occidentale et centrale, lors de missions effectuées en Mauritanie, en 1995-1996, et au Tchad, en 1998-1999<sup>1</sup> ;
- des forêts subtropicales claires dans des pays d'Afrique orientale, au cours de missions réalisées à Madagascar, en 1997, et aux Comores, en 1999-2001<sup>2</sup> ;
- des forêts tropicales denses humides dans le bassin du Congo, à l'occasion de travaux accomplis en Afrique centrale, en 2007-2008<sup>3</sup>.

Stéphane a ainsi parcouru des écosystèmes boisés, arborés ou arbustifs fort différents, représentatifs d'une bonne partie de la diversité forestière africaine, mais qui reposent néanmoins sur un socle juridique commun : le droit forestier français légué à l'Afrique francophone par son passé colonial, puis largement consolidé par le truchement de ses lois contemporaines<sup>4</sup>.

1. Missions décrites ci-dessous, B.

2. Missions mentionnées dans la biographie de Stéphane, in M. A. MEKOUAR et M. PRIEUR (dir.), *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 18.

3. Travaux évoqués ci-dessous, B.

4. S. GIBSON, *La diffusion du droit forestier français en Afrique subsaharienne*, thèse en droit public, université Paris Sud, 2003, 551 p.

## B. – *Variété des horizons juridico-forestiers appréhendés*

Dans ces contextes écologiquement distincts mais juridiquement semblables, trois exemples peuvent illustrer la typologie des projets d'appui juridique à la mise au point des dispositifs forestiers auxquels Stéphane a collaboré.

En Mauritanie d'abord, Stéphane a participé à un projet conjoint FAO-IUCN pour la réforme des législations forestière et faunique, avec une équipe de quatre experts : trois juristes et un sociologue, ce dernier ayant conduit des enquêtes de terrain visant à étudier les systèmes normatifs endogènes. Les experts juristes, bien que censés focaliser leurs interventions soit sur la forêt, soit sur la faune, ont préféré travailler ensemble afin de concevoir des projets de textes harmonisés. Un dispositif intégré de quatre textes a ainsi été préparé : deux projets de loi, l'une sur les forêts et l'autre sur la faune, ainsi que deux projets de décret d'application de l'une et de l'autre<sup>5</sup>.

Au Tchad ensuite, Stéphane a contribué, dans le cadre d'un projet FAO, à l'élaboration d'une loi portant régime des forêts, de la faune et de la pêche. Là aussi, il a fait équipe avec huit consultants, juristes et techniques, plus nombreux en raison du champ plus vaste des matières à couvrir, puisque le projet de loi devait, outre les régimes des forêts et de la faune, embrasser celui de la pêche<sup>6</sup>, dans le sillage de l'approche législative traditionnelle de certains pays africains enclavés où la pêche, uniquement continentale, relève en général de l'Administration des eaux et forêts<sup>7</sup>.

Enfin, dans le bassin du Congo, sous l'égide d'un projet FAO, Stéphane a aidé à l'élaboration de l'Accord sous-régional sur le contrôle forestier en Afrique centrale, au titre de la mise en œuvre du Traité de 2005 relatif à la conservation et à la gestion durable des écosystèmes forestiers d'Afrique centrale et instituant la Com-

5. *Mauritanie. Réactualisation des législations forestière et faunique. Projets de textes juridiques*, TCP/MAU/4452, FAO/UICN, Rome, juin 1996. Suite à ces propositions, le projet de loi sur les forêts a donné lieu à la loi n° 97-007 du 20 janvier 1997 abrogeant et remplaçant l'ordonnance n° 82-171 du 15 décembre 1982 portant Code forestier, et le projet de loi sur la faune s'est traduit par la loi n° 97-006 du 20 janvier 1997 abrogeant et remplaçant la loi n° 75-003 du 15 janvier 1975 portant Code de la chasse et de la protection de la nature.

6. *République du Tchad. Appui à la révision du code forestier. Rapport final : projet de loi portant régime des forêts, de la faune et de la pêche*, TCP/CHD/8821, FAO, Rome, décembre 1999. Le projet de loi élaboré dans ce cadre s'est plus tard concrétisé par la loi 08/PR/14 du 10 juin 2008 portant régime des forêts, de la faune et des ressources halieutiques.

7. C'est le cas encore, par exemple, du Code forestier burkinabè, qui régit les forêts, la faune, la pêche et même les aires protégées (loi 003-2011/AN du 5 avril 2011 portant Code forestier au Burkina Faso).

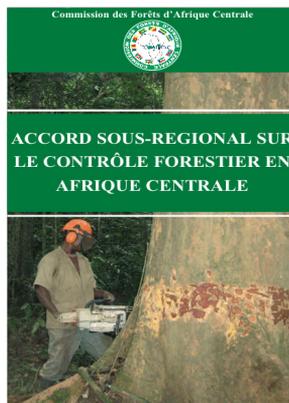
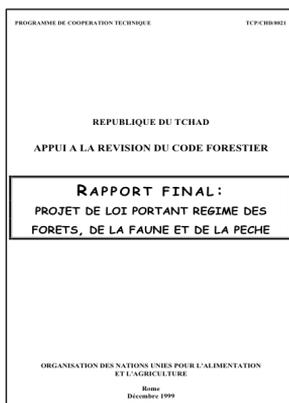
mission des forêts d'Afrique centrale (COMIFAC), qui compte dix États membres : Burundi, Cameroun, Congo, Gabon, Guinée équatoriale, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Rwanda, Tchad, Sao Tome et Principe<sup>8</sup>. Peu après sa formulation, l'Accord a été signé en octobre 2008 dans le but « de promouvoir la coopération entre les États membres de la COMIFAC en vue de renforcer le contrôle de la production et de la circulation commerciale des produits forestiers en provenance de la sous-région » (art. 3-1)<sup>9</sup>. Même si cet Accord n'a pas pour ambition d'encadrer toutes les facettes de la gestion des forêts, son objectif est d'une grande importance en ce qu'il vise à garantir la légalité des produits forestiers provenant de l'ensemble du bassin du Congo, deuxième massif forestier tropical du monde après la forêt amazonienne.

Si les textes forestiers rédigés avec le soutien de Stéphane concernent tous le continent africain et sont généralement de portée nationale (Comores, Madagascar, Mauritanie, Tchad), l'instrument mis sur pied pour le bassin du Congo a, par contre, une dimension sous-régionale. À part l'horizon spatial de ces textes, plusieurs points communs les caractérisent. On peut ainsi relever notamment qu'ils :

- sont issus d'équipes pluridisciplinaires, associant juristes et non juristes ;
- ont été élaborés de façon inclusive, avec la participation des acteurs étatiques et non étatiques concernés, au double plan national et local ;
- reposent sur le principe cardinal de la durabilité des écosystèmes forestiers en termes d'inventaire, de planification, de conservation, d'aménagement, de gestion, de contrôle et d'évaluation ;
- s'efforcent de sauvegarder les intérêts des populations dépendantes des forêts moyennant la reconnaissance et la protection de leurs droits, notamment coutumiers, de jouir des ressources forestières, ainsi que leur implication dans la prise des décisions et la mise en place des projets affectant leur accès à ces ressources. Le souci d'incorporer les normes endogènes dans le droit légiféré constitue ainsi une préoccupation centrale qui traverse ces divers textes.

8. *Projet d'Accord sous-régional sur le contrôle forestier en Afrique centrale (Rapport final et version finalisée de l'Accord valide)*, FAO/COMIFAC, Rome, novembre 2007.

9. [<https://medd.gouv.cd/wp-content/uploads/2019/09/Accord-sous-regional-sur-le-contrôle-forestier-en-AC.pdf>]



### C. – Une singularité normative : les oasis mauritaniennes

Cet « impératif d'endogénéisation<sup>10</sup> » des lois traitant des ressources naturelles en Afrique est particulièrement prégnant dans les textes relatifs à la gestion des oasis en Mauritanie que Stéphane a enfantés à travers un projet FAO<sup>11</sup>. Il s'agit d'une singularité normative qui est plus exactement para-forestière, les systèmes oasiens n'étant pas à proprement parler des formations forestières, même s'ils se nichent dans les mêmes milieux naturels. Les oasis mauritaniennes, jusqu'alors ignorées par le droit légiféré, ont été juridiquement saisies par une loi et un décret, adoptés en 1998-1999<sup>12</sup>, à partir des projets de textes rédigés par Stéphane. Ceux-ci ont créé le cadre institutionnel de la gestion participative des oasis et fixé les règles de protection et de mise en valeur du milieu oasien. Ils représentent une véritable innovation normative, une première mondiale qui demeure aujourd'hui un spécimen rare, aucun autre pays n'ayant encore, semble-t-il, appréhendé légalement les oasis à l'instar de la Mauritanie<sup>13</sup>.

10. M. KAMTO, « L'impératif de l'inculturation ("endogénéisation") du droit de l'environnement en Afrique », *Rev. afric. dr. envir.*, n° 1/2014, p. 153, [[https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/rade\\_ndegl.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/rade_ndegl.pdf)].

11. *Mauritanie. Législation des oasis*, TCP/MAU/3455, FAO, Rome, 1996.

12. Loi n° 98-016 du 19 juillet 1998 relative à la gestion participative des oasis et décret n° 99-059 du 2 juin 1999 portant application de la loi n° 98-016 relative à la gestion participative des oasis.

13. Le Maroc dispose d'une loi concernant le palmier dattier (loi 01-06 du 17 avril 2007 relative au développement durable des palmeraies et portant protection du palmier dattier « Phoenix dactylifera ») et la Tunisie s'est dotée d'une charte non contraignante sur les oasis (Charte nationale de 2013 pour la conservation dynamique et le développement des oasis historiques de Tunisie), mais ces instruments ne sont pas réellement comparables à la législation oasienne de Mauritanie.

Ces quelques illustrations laissent entrevoir la portée des apports de Stéphane, en tant qu'expert, aux processus de création normative concernant les forêts<sup>14</sup>. Mais ils ne permettent pas de mesurer son entregent diplomatique, sa capacité de persuasion et son sens du consensus, entre autres ingrédients intangibles sans lesquels il est malaisé de surmonter les dissensions et de forger les convergences autour des projets législatifs, souvent non dénués d'antagonismes. Grâce à son charisme naturel et son autorité académique, Stéphane avait le don d'emporter l'adhésion dans les situations les plus complexes. Si le mot n'était devenu désuet, on pourrait dire que Stéphane avait l'aura du juriconsulte, au sens classique du mot, celle d'un théoricien éclairé doublé d'un praticien avisé en droit forestier. C'est que l'acteur normatif était aussi, et avant tout, un acteur universitaire.

## II. – Stéphane sur le campus : l'acteur universitaire

Le deuxième versant de cette balade forestière sur les traces juridiques de Stéphane est celui de ses excursions universitaires en droit international et comparé des écosystèmes forestiers.

### A. – *Randonnées doctrinales en droit international et comparé*

Les randonnées doctrinales de l'acteur universitaire sont plus aisément traçables dans la mesure où ses publications sur les forêts sont facilement accessibles et donc mieux connues. À titre illustratif, j'en citerai quatre :

— en premier lieu, un livre codirigé par Stéphane, intitulé *Droit, forêts et développement durable*, publié en 1996. Il s'agit des actes des premières journées scientifiques, tenues à Limoges en 1994, du réseau « Droit de l'environnement » de l'Agence francophone pour l'enseignement supérieur et la recherche, dont Stéphane assurait la coordination à l'époque<sup>15</sup>. Le choix prioritaire de cette thématique est révélateur de toute l'importance accordée alors aux forêts par les éco-juristes francophones ;

14. À signaler, par ailleurs, que Stéphane a été coordonnateur du groupe d'experts de l'UICN sur la gouvernance des forêts. Voir sa biographie, in *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, op. cit., p. 17.

15. M. PRIEUR et St. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *Droit, forêts et développement durable. Actes des 1<sup>res</sup> Journées scientifiques du Réseau « Droit de l'environnement » de l'AUFELF-UREF*, Limoges, 7-8 novembre 1994, Bruxelles, Bruylant/AUF, 1996, 567 p.

— en second lieu, un ouvrage intitulé *Les forêts au XXI<sup>e</sup> siècle. Aspects internationaux*, paru en 2004, qui comprend un article de Stéphane sur « Le cadre forestier international, état de développement<sup>16</sup> ». Il y expose sa vision de cet appareil normatif, dressant le tableau assez sombre d'un dispositif forestier international en « clair-obscur<sup>17</sup> », qui fait figure à ses yeux de « non-régime<sup>18</sup> », même s'il tempère cette appréciation critique en relevant néanmoins qu'il « ressemble à une jeune pousse qui ne demande qu'à croître<sup>19</sup> ». Cette représentation pessimiste sera ensuite confirmée, voire accentuée, dans un rapport inédit portant sur « Le droit forestier international : état de (non-) développement » – par contraste avec le titre précédent : « état de développement » –, que Stéphane a présenté à un colloque sur *Le droit international forestier* qui a eu lieu, à Paris, en octobre 2011<sup>20</sup> ;

— en troisième lieu, une étude datant aussi de 2004 sur les législations forestières de quatorze États d'Afrique centrale (Cameroun, Congo, Gabon, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Tchad) et d'Afrique occidentale (Bénin, Burkina Faso, Guinée, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Togo)<sup>21</sup>. Cette analyse comparée a été menée dans le cadre d'un projet de réforme de la législation forestière ivoirienne, son but étant de mettre en lumière le statut du droit forestier dans des pays voisins et d'en tirer des leçons susceptibles d'éclairer le processus réformateur en Côte d'Ivoire. C'est pourquoi elle est de nature hybride, se situant à mi-chemin entre la réflexion doctrinale et le guide pratique au service de l'action législative ;

— le dernier exemple est le manuel de *Droit international de l'environnement* que Stéphane a cosigné avec quatre collègues de

---

16. St. DOUMBÉ-BILLÉ, « Le cadre forestier international, état de développement », in M. CORNU et J. FROMAGEAU (dir.), *Le droit des forêts au XXI<sup>e</sup> siècle. Aspects internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 121-136.

17. *Ibid.*, p. 121.

18. *Ibid.*, p. 123.

19. *Ibid.*, p. 136.

20. Rapport mentionné dans la bibliographie de Stéphane, in *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, op. cit., p. 22.

21. St. DOUMBÉ-BILLÉ, *Le droit forestier en Afrique centrale et occidentale : analyse comparée*, Rome, FAO, Étude juridique en ligne n° 41, décembre 2004, 38 p., [[http://www.fao.org/fileadmin/user\\_upload/legal/docs/lpo41.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/lpo41.pdf)].

l'université Jean Moulin Lyon 3<sup>22</sup>. Quelques pages y sont consacrées à l'examen des instruments juridiques épars traitant des forêts, cumulativement qualifiés de « cadre juridique minimal<sup>23</sup> »<sup>24</sup>. Le jugement négatif antérieurement formulé à l'encontre d'un tel cadre est réitéré, à savoir l'inexistence d'un « régime juridique intégré qui appréhende les forêts de manière globale, prenant en considération toute la gamme de biens et de services qu'elles procurent<sup>25</sup> »<sup>26</sup>.

---

22. St. DOUMBÉ-BILLÉ, C. MIGAZZI, K. NERI, Fr. PACCAUD et A. M. SMOLINSKA, *Droit international de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, coll. « Masters Droit », 2013, p. 110-112.

23. *Ibid.*, p. 110.

24. *Ibid.*, p. 110.

25. *Ibid.*, p. 112.

26. Un autre ouvrage aurait pu être mentionné ici, mais il n'est pas encore sorti : M. MONTEDURO (dir.), *Definitions of "Forest" and the Law: A Global Comparison* (à paraître prochainement chez Springer). Stéphane avait coordonné les chapitres sur les pays africains de ce livre collectif en deux volumes consacré aux définitions de la forêt en droit international et comparé.

## B. – *Soutiens à la recherche en droit international et africain*

S'agissant de la recherche universitaire en droit forestier, Stéphane y a contribué spécialement à travers les travaux qu'il a impulsés ou accompagnés. À ma connaissance, il a personnellement encadré une thèse et un mémoire à l'université Jean-Moulin Lyon 3 et il a été membre d'un jury de thèse à Paris XI :

— la thèse qu'il a dirigée a été soutenue en 2011 par Cécile Ott-Duclaud-Monteil et avait pour titre : *Exploitation forestière et droits des populations locales et autochtones en Afrique centrale* – une étude approfondie de cette thématique en droit international et comparé axée sur quatre pays de la sous-région : le Cameroun, le Gabon et les deux Congo<sup>27</sup> ;

— le mémoire de master 2 que Stéphane a encadré en 2008-2009 avait pour thème : *Forêts et droit international : les aspects juridiques de la protection internationale des forêts* – une analyse détaillée des instruments internationaux régissant les forêts, exposant aussi la question irrésolue d'une éventuelle Convention forestière mondiale<sup>28</sup>. Son auteur a remercié Stéphane pour lui avoir « confié l'étude d'un sujet aussi passionnant<sup>29</sup> », signifiant par-là que le choix du thème a été déterminé par Stéphane ;

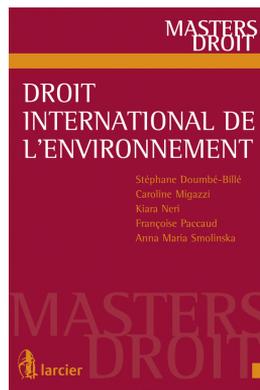
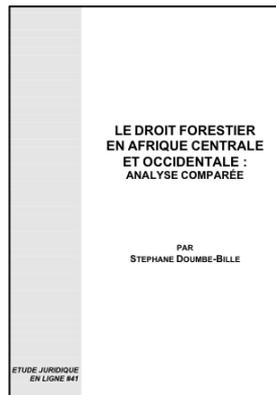
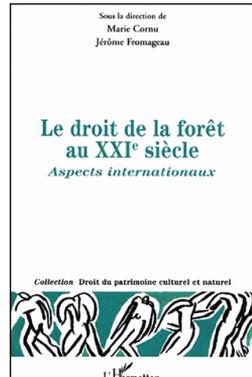
— la thèse dans le jury de laquelle Stéphane a siégé a été soutenue en 2003 par Sandra Gibson et portait sur *La diffusion du droit forestier français en Afrique subsaharienne* – une étude très fouillée sur la transplantation, la réception et l'adaptation de l'Administration et de la législation forestières françaises dans les pays de l'Afrique francophone au sud du Sahara, qui aurait mérité d'être publiée, mais est restée inédite<sup>30</sup>.

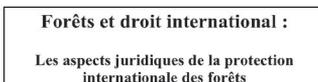
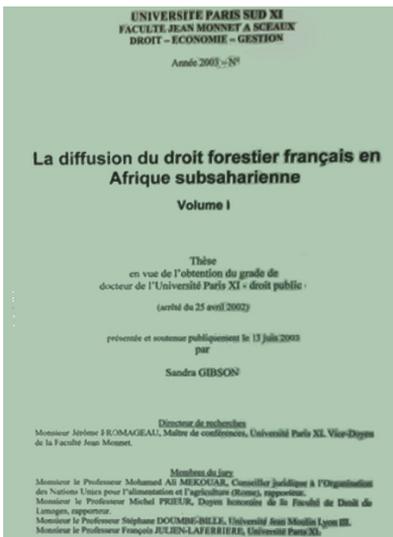
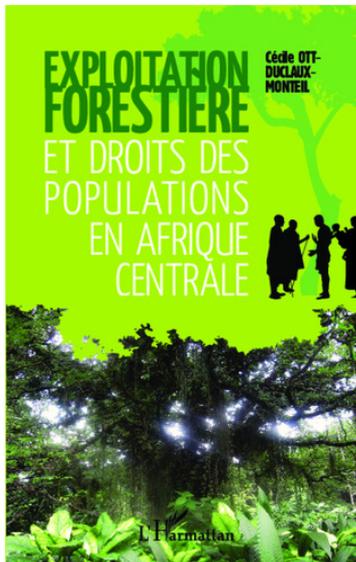
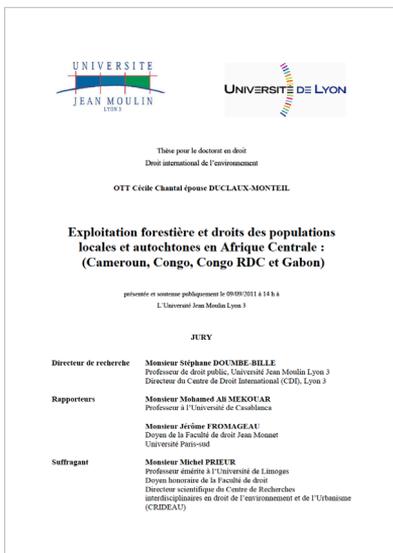
27. C. OTT-DUCLAUX-MONTEIL, *Exploitation forestière et droits des populations locales et autochtones en Afrique centrale (Cameroun, Congo, Congo RDC et Gabon)*, thèse en droit de l'environnement, université Jean-Moulin Lyon 3, 2011, 572 p.

28. A. CHATENET, *Forêts et droit international. Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts*, mémoire de master 2 recherche en droit de l'environnement, université Jean Moulin-Lyon 3, 2009, 102 p., [[https://edpl.univ-lyon3.fr/medias/fichier/a-chatenet-n14\\_1478267031100-pdf](https://edpl.univ-lyon3.fr/medias/fichier/a-chatenet-n14_1478267031100-pdf)].

29. *Ibid.*, p. 3.

30. S. GIBSON, *La diffusion du droit forestier français en Afrique subsaharienne*, *op. cit.*





Mémoire Master 2 Recherche  
2008/2009

Tuteur de Mémoire : Mr. Stéphane Doumbé-Billé,  
Professeur de Droit Public à l'Université Jean Moulin, Lyon 3



Cette promenade forestière n'était pas en quête d'épilogue. Elle se voulait simplement un moment furtif de communion avec Stéphane, pour être à son écoute, en sa compagnie. Puisse alors dans ses propres mots quelques considérations finales sur la forêt et son droit, par le biais des trois phrases qui suivent :

— « La question de la gestion forestière [...] m'est chère, particulièrement sous l'angle des aspects juridiques et politiques. Bien qu'assez largement débattue aujourd'hui, elle conserve encore pourtant ses "trous noirs" ». Extraites de la préface de Stéphane à la thèse précitée de Cécile Ott-Duclaud-Monteil, publiée en 2013<sup>31</sup>, ces paroles attestent de son fort attachement au droit forestier, et les « trous noirs » qu'il y décèle restent d'une grande actualité<sup>32</sup> ;

— « Difficile à toucher du doigt », « insaisissable », « aride », le régime international des forêts est un « désert juridique », un « non-régime<sup>33</sup> », au mieux « un cadre juridique minimal<sup>34</sup> ». Ces formules parlantes résumant de manière très explicite l'amertume de Stéphane face aux lacunes persistantes du cadre juridique forestier international, précédemment évoquées ;

— L'enseignement se nourrit des leçons du terrain, « indispensables pour qui veut, non pas pressentir de manière abstraite l'évolution des forêts, mais au contraire s'attacher à en éprouver épidermiquement les battements profonds<sup>35</sup> ». Cette savoureuse expression imagée, également tirée de la préface de Stéphane à l'ouvrage de Cécile Ott-Duclaud-Monteil, certifie joliment la centralité du terrain dans son approche intellectuelle de l'étude et

31. St. DOUMBÉ-BILLÉ, « Préface », in C. OTT-DUCLAUX-MONTEIL, *Exploitation forestière et droits des populations en Afrique centrale*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 13.

32. Le penchant prononcé de Stéphane pour les questions forestières est rappelé par Parfait Oumba, contributeur à ses *Mélanges*, qui a dédié son article par ces mots : « Un clin d'œil à Stéphane pour notre passion commune pour la protection des forêts du bassin du Congo ». Voir P. OUMBA, « Planification forestière et équilibre climatique dans le bassin du Congo : les expériences du Cameroun et de la République du Congo », in *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, op. cit., p. 429. Soit dit en passant, trois contributions à ces *Mélanges* portent spécifiquement sur des thèmes forestiers ; en outre, les termes « forêt », « forestier » ou « bois » reviennent très souvent dans les *Mélanges* : quelques 750 occurrences.

33. St. DOUMBÉ-BILLÉ, « Le cadre forestier international, état de développement », op. cit., p. 121-136.

34. St. DOUMBÉ-BILLÉ, C. MIGAZZI, K. NĒRI, Fr. PACCAUD et A. M. SMOLINSKA, *Droit international de l'environnement*, op. cit., p. 110.

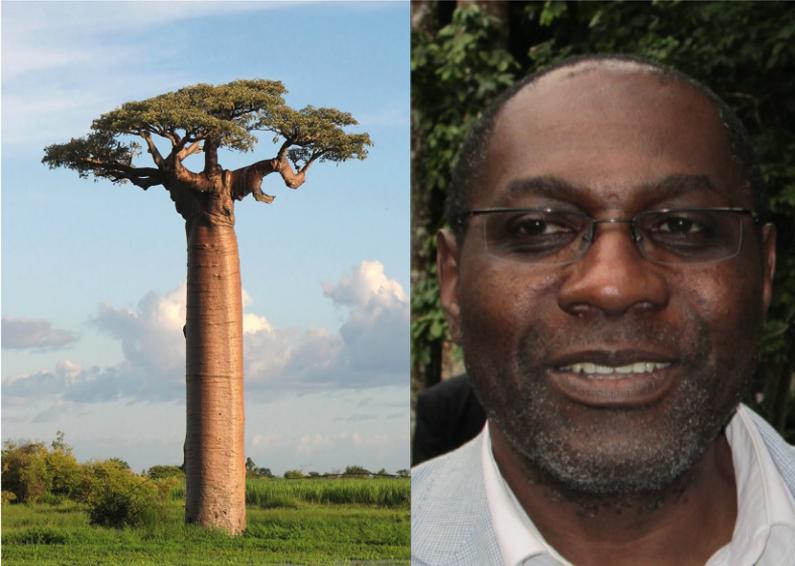
35. St. DOUMBÉ-BILLÉ, « Préface », in C. OTT-DUCLAUX-MONTEIL, *Exploitation forestière et droits des populations en Afrique centrale*, op. cit., p. 15.

de l'enseignement du droit forestier.

Dans divers messages de condoléances émanant de membres du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement, en janvier 2020, une métaphore affligée a résonné comme un écho dans la savane : « Un baobab s'est effondré », « un baobab est tombé ». Emblématique de l'Afrique, arbre sacré, arbre à palabres, le baobab est communément vénéré pour ses atouts écologiques, ses vertus nutritives et ses propriétés médicinales. C'est dire combien Stéphane, ainsi incarné par le baobab, jouissait de l'estime et de l'admiration des éco-juristes africains. Le qualifier de baobab et lui conférer sa majesté, n'est-ce pas aussi, métaphoriquement, saluer son apport indéniable au droit forestier africain ?

Mais, au-delà de ces rapprochements symboliques, Stéphane était singulier en tous points, unique à maints égards. Il a tout fait à sa manière, avec son style inimitable, y compris dans ses périples juridiques en forêt.

Pour paraphraser Frank Sinatra chantant *My Way*, Stéphane *did it his way, it was his way*.





# **Le passé, le présent et le futur du droit de l'environnement au Brésil**

Paulo Affonso LEME MACHADO

## **I. – La trajectoire législative et la jurisprudence du droit de l'environnement depuis 1972**

On traitera de la loi de la politique nationale de l'environnement, de la loi de l'action civile publique, de la Constitution de la République du Brésil de 1988 et de la Conférence de Rio/92.

### **A. – *La loi de la politique nationale de l'environnement***

Après la Conférence de Stockholm de 1972, sur l'environnement, le Brésil a créé le Secrétariat spécial de l'Environnement – SEMA, faisant partie du ministère de l'Intérieur. Ce Secrétariat a préparé un avant-projet de loi sur l'environnement, auquel j'ai pu collaborer.

Le Brésil a promulgué la loi de politique nationale de l'environnement le 31 août 1981. C'est une législation qui innove profondément.

Cinq aspects y sont abordés :

- premièrement, la création d'un conseil avec fonctions de consultation et de délibération ;
- deuxièmement, les autorisations environnementales deviennent totalement ouvertes au public ;
- troisièmement, le financement bancaire devrait prendre en compte la probabilité de l'occurrence de pollution ;
- quatrièmement, le ministère public fédéral et le ministère des États fédérés sont légitimes à agir dans le domaine civil environnemental ;
- cinquièmement, la loi a institué la responsabilité civile envi-

ronnementale sans faute. La responsabilité objective civile est la plus importante innovation de la loi 6.938 de 1981, car elle élimine l'obligation de présenter la preuve de l'intention ou de prouver la faute du pollueur ou du défricheur.

Le projet a été approuvé totalement par le Congrès national, mais le président de la République a donné son veto à l'introduction de la légitimité d'action en justice des associations.

Un accident dans un oléoduc de l'entreprise publique Petrobrás a occasionné une grave fuite d'huile, avec une pollution dangereuse de la plage et de l'environnement de Bertioga, État de São Paulo.

Le Ministère public, deux ans après l'approbation de la loi de la politique nationale de l'environnement, en 1983, a proposé, de manière novatrice, au pouvoir judiciaire et contre l'entreprise étatique de pétrole, une action pour la collecte de preuves du dommage écologique dans le milieu marin.

### **B. – *La loi de l'action civile publique de 1985***

La loi 7.347 du 24 juillet 1985 a structuré l'action civile publique. Dans son article 10, elle a créé le crime de refus, de retard ou d'omission de données techniques indispensables à l'exercice de l'action civile lorsque le ministère public le demande. En tant que membre du ministère public de l'État de São Paulo, j'ai utilisé les prérogatives de cette loi pour entamer une action civile publique contre une sidérurgie qui polluait l'atmosphère.

La loi 7.347/1985 a autorisé les associations, avec plus d'un an d'existence et avec des finalités environnementales, à agir en justice. Cela mérite des éloges. Toutefois, la même loi a créé des peines contre les dirigeants des associations qui agissent de mauvaise foi. À mon avis, seules les sanctions civiles contre les associations étaient justes et non contre les dirigeants. Peut-être sans cette réprimande les associations auraient-elles été plus actives.

Il faut souligner le rôle des associations.

Une société démocratique », écrivait Tocqueville, « est une société individualiste où chacun, avec sa famille, tend à s'isoler des autres. Mais il n'en résulte pas que la société démocratique et individualiste soit vouée au despotisme, car certaines institutions peuvent prévenir le glissement vers ce régime corrompu. Ces institutions sont les associations librement créées par l'initiative des individus qui peuvent et doivent s'interposer entre l'individu solitaire et l'État tout-puissant<sup>1</sup>.

D'un autre côté, une nouveauté de la loi 7.347 est l'institution de « l'enquête civile », faisant partie des attributions du ministère public. Au Brésil, « l'enquête criminelle » est une attribution de la police judiciaire.

### **C. – La prévention valorisée grâce à l'étude d'impact sur l'environnement**

La Constitution brésilienne a été la première à inscrire l'étude d'impact dans une Charte constitutionnelle (art. 225, § 1-IV). Plusieurs points méritent d'être soulignés.

#### *1. – Le caractère préalable de l'étude d'impact*

L'étude d'impact sur l'environnement devra être préalable à l'autorisation de l'ouvrage ou de l'activité et ne pourra donc être ni concomitante, ni postérieure à l'activité. Le terme préalable, inséré dans la Constitution, met fin à toute controverse quant au moment de produire l'étude d'impact. On évite la fausse prévention quand l'entreprise a déjà commencé ses activités.

L'exigence de l'antériorité de l'étude n'empêche pas que soit demandée à nouveau une autre étude en cas de renouvellement ou de modification du projet initial.

#### *2. – L'étude d'impact est exigée sans exception*

La Constitution a utilisé le verbe « exiger » pour l'étude d'impact, cela signifie que l'Administration n'a pas de pouvoir discrétionnaire pour décider ou non d'une étude d'impact.

Le Tribunal fédéral suprême – *Supremo Tribunal Federal*, STF – a rendu à cet égard une décision de principe sur les études d'im-

1. R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967 (impression 2016), p. 257.

pact environnementales. L'État de Santa Caterina avait, dans sa Constitution, introduit une dispense d'étude d'impact dans les forêts et les aires de reboisement. Le ministre Ilmar Galvão a considéré que « la norme attaquée impose une restriction qui nuit à la protection de l'environnement, c'est pour cela qu'elle est contraire à la Constitution de l'Union qui exige, sans aucune exception, une étude d'impact préalable rendue publique pour tout ouvrage ou installation pouvant entraîner une dégradation significative de l'environnement ».

Le Tribunal fédéral suprême s'est également prononcé définitivement dans une autre action en confirmant sa décision antérieure.

Selon le ministre Sepúlveda Pertence, « la Constitution fédérale a exigé l'étude préalable d'impact environnemental en tant que norme absolue. La Constitution de l'État ne peut donc pas introduire d'exception ou dispenser de cette règle même si elle a une compétence pour imposer des règles plus strictes et non pour créer des mesures plus souples ou permissives ».

### 3. – *L'étude d'impact et le droit à l'information*

Une des caractéristiques de l'étude d'impact environnementale est son caractère public à travers l'exigence de publicité. « La publicité est le caractère de ce qui est public, ce qui n'est pas maintenu secret, ce qui est connu ». La Constitution n'a pas aboli le secret industriel et commercial, mais a exclu tout secret dans l'étude d'impact. Tout le contenu de l'étude est public, c'est-à-dire qu'il n'y a pas une partie publique et une partie secrète.

Rendre publique l'étude d'impact ne consiste pas seulement à permettre sa lecture par le public. Les pouvoirs publics ont aussi le devoir d'organiser et de faciliter l'accès du public à l'étude d'impact. L'organisation d'audiences publiques environnementales prévue dans huit Constitutions des États, est dans l'esprit de l'article 225, même si cette forme d'information n'a pas été expressément prévue dans la Constitution fédérale.

### 4. – *Les aires protégées*

La Constitution innove profondément dans la protection des espaces territoriaux comme, par exemple, les unités de conservation, les aires de préservation permanentes et les réserves légales forestières. Ces espaces pourront être créés par la loi, le décret ou une ordonnance. La protection constitutionnelle n'est pas limitée à des catégories particulières d'espaces protégés ; ils pourront tous tomber

dans le champ de l'article 225, § 1-III, une fois qu'aura été reconnue la nécessité d'une protection spéciale pour un espace donné.

Les pouvoirs publics doivent définir les espaces territoriaux qui doivent être spécialement protégés ; cela implique leur localisation et leur délimitation. C'est alors que la protection constitutionnelle intervient. Ces espaces ne seront pas éternels du seul fait de la Constitution, c'est pourquoi celle-ci ne permet leur modification ou leur suppression qu'en vertu d'une loi. Cette exigence garantit un minimum de publicité et donne des délais pour mobiliser l'opinion publique et tenter de convaincre le législateur.

La Société brésilienne de droit de l'environnement – SOBRADIMA – qui a proposé cette règle constitutionnelle, s'est inspirée de la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles d'Alger de 1968 (art. 3).

Le Tribunal fédéral suprême a mis en pratique cette exigence procédurale de conservation des aires protégées ne permettant de modifier un parc que par une loi. Il a annulé un décret du gouverneur de l'État de São Paulo qui permettait la modification d'un parc en exigeant une étude d'impact environnementale mais sans vote préalable d'une loi<sup>27</sup>.

La Constitution interdit expressément toute forme d'utilisation d'un espace protégé qui menacerait les caractéristiques ayant justifié la protection. Les éléments à prendre en compte sont notamment la faune, la flore, les eaux, le sol, l'air, le sous-sol et le paysage. Ils doivent être pris en considération non pas isolément, mais tous ensemble. Si la Constitution ne prévoit pas les zones tampons ou zones périphériques des aires protégées, la loi fédérale n° 9.985 du 18 juillet 2000 prévoit la possibilité d'instituer autour de certains espaces protégés des zones tampons ou couloirs écologiques.

*D. – La Conférence internationale des Nations unies sur l'environnement et le développement de juin 1992, à Rio de Janeiro*

La Déclaration de Rio de Janeiro de la Conférence de l'Organisation des Nations unies sur l'environnement et le développement, de 1992, avec vingt-sept principes, a apporté une nouvelle vision sur la gestion de la Planète Terre. Presque la totalité des pays ont été représentés à cette réunion.

Deux ans auparavant – 1990 –, l'Italie a coordonné une réunion internationale avec pour objectif de connaître les tendances et les opinions de plusieurs pays sur l'environnement global et aussi régional. Cette réunion a été réalisée dans la ville de Sienne. Des juristes

et des diplomates ont participé de cette conférence, comme le professeur Tullio Scovazzi et moi-même.

Il y a eu un nouvel épanouissement du droit avec l'adoption de plusieurs principes qui pourront vraiment aider la gestion de l'environnement : le développement durable (principes 4, 5, 7, 8 et 9) ; le droit à l'information ; le droit à la participation et le droit à l'accès à la justice (principe 10) ; le principe de précaution (principe 15) ; le principe pollueur-payeur (principe 16) et le principe de l'étude d'impact environnementale (principe 17).

## **II. – Le moment environnemental actuel : la situation des barrages miniers dans l'État de Minas Gerais**

Le pape Benoît XVI – Joseph Aloisius Ratzinger – a fait un discours devant le Parlement allemand, en septembre 2011, où il proclame la dignité de la terre :

Des personnes jeunes s'étaient rendu compte qu'il y a quelque chose qui ne va pas dans nos relations à la nature ; que la matière n'est pas seulement un matériel pour notre faire, mais que la terre elle-même porte en elle sa propre dignité et que nous devons suivre ses indications. [...] L'importance de l'écologie est désormais indiscutée. Nous devons écouter le langage de la nature et y répondre avec cohérence<sup>2</sup>.

Nous sommes habitués à écouter des références à la dignité des êtres humains, mais il est rare d'écouter l'affirmation de la dignité de la Terre.

Donner la dignité à une chose signifie attribuer le respect, la considération, l'estime à cette chose.

Dans le district de Bento de Freitas, qui appartient à la ville de Mariana, État de Minas Gerais, la rupture d'un barrage de produits miniers, le 5 novembre 2015, a causé la mort de dix-neuf personnes. Les dommages à l'environnement causés par cette rupture sont arrivés jusqu'à l'État voisin – l'état d'Espírito Santo.

Le 25 janvier 2019, le barrage de la Mina Córrego do Feijão, propriété de l'entreprise Vale do Rio Doce, a rompu. La rupture a causé la mort de 237 personnes et, jusqu'à aujourd'hui, beaucoup de personnes sont portées disparues.

La loi 12.334/2010 règle le contrôle des barrages. La sécurité des

2. Discours de Benoît XVI devant le *Bundestag*, *La Croix*, 23 septembre 2011, [[https://www.la-croix.com/Archives/2011-09-23/Benoit-XVI-propose-a-l-Allemagne-sa-vision-de-la-politique-Comment-distinguer-entre-le-bien-et-le-mal-entre-le-vrai-droit-et-le-droit-seulement-apparent-\\_NP\\_-2011-09-23-715243](https://www.la-croix.com/Archives/2011-09-23/Benoit-XVI-propose-a-l-Allemagne-sa-vision-de-la-politique-Comment-distinguer-entre-le-bien-et-le-mal-entre-le-vrai-droit-et-le-droit-seulement-apparent-_NP_-2011-09-23-715243)].

barrages est entendue comme la condition visant à maintenir leur intégrité structurelle et opérationnelle et à préserver la vie, la santé, les biens et l'environnement (art. 2, § III). L'organisme de contrôle est défini comme l'autorité de puissance publique responsable des actions d'inspection de la sécurité du barrage de sa compétence (art. 2, § V). La gestion des risques est définie comme des actions de caractère normatif, ainsi que l'application de mesures de prévention, de contrôle et réduction des risques (art. 2, § VI).

Sur les questions des inspections sur la sécurité des barrages, la loi 12.334/2010 dispose : « L'inspection de sécurité régulière sera effectuée par l'équipe de sécurité du barrage » (art. 9, § 1). Cela constitue le point principal de la faiblesse de la loi.

John Kenneth Galbraith a écrit : « Il n'y a pas de doute que l'influence de l'entreprise s'amplifie jusqu'à ceux qui font ses règles. Il est nécessaire une réglementation indépendante, honnête, professionnellement compétente, une chose difficile – répétant – dans un monde dominé par les entreprises. Ceci doit être reconnu et pris en compte. Il n'y a pas d'alternative pour la surveillance efficace<sup>3</sup>. Ceci doit être reconnu et pris en compte. Il n'y a pas d'alternative pour la surveillance efficace.

C'est une faille totale dans la gestion du risque qu'un barrage soit contrôlé par la propre entreprise propriétaire. Cette gestion du risque, comme le détermine l'article 2 de la loi 12.334/2010 doit prévenir, contrôler et réduire les risques. La loi devrait confier l'inspection de sécurité des barrages aux spécialistes indépendants sous la supervision des pouvoirs publics.

Le fait pour la puissance publique de diminuer sa présence dans la vérification de la sécurité des barrages est très grave et signifie une violation frontale de la Constitution de la République.

La Constitution dispose qu'il appartient à la puissance publique de « contrôler la production, la commercialisation et l'emploi de techniques, de méthodes ou de substances qui comportent un risque pour la vie, la qualité de la vie et l'environnement » (art. 225, § 1, V, de la Constitution de la République)

À mon avis, en considération de cet article 225, § 1, la règle selon laquelle le dernier mot est laissé à l'entreprise pour surveiller les barrages est inconstitutionnelle.

3. J. K. GALBRAITH, *A Economia das fraudes inocentes – Verdades para o nosso tempo*, Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 2004.

### III. – L’avenir du droit de l’environnement au Brésil : la protection de la forêt amazonienne

La forêt amazonienne brésilienne fait l’objet de normes, dans la Constitution de 1988 et dans la loi forestière de 2012.

La Constitution a choisi cinq écosystèmes classés, chacun d’eux, comme « patrimoine national ». La forêt amazonienne a été classée comme patrimoine national.

La Constitution a voulu donner un régime spécial à des aires où l’environnement est plus fragile et où il y a une plus grande diversité biologique (art. 225, § 4). Le texte est pédagogique en qualifiant certains espaces de « patrimoine national », pour éviter que le régionalisme n’interfère avec les intérêts nationaux liés à l’environnement. Mais ces territoires constitutionnellement protégés n’en ont pas pour autant un statut particulier différent du reste du territoire national.

Le Tribunal fédéral suprême a considéré que ces espaces n’étaient pas devenus pour autant des biens du domaine de l’Union malgré leur qualification de patrimoine national. De plus, la Constitution « n’a pas institué d’obstacles à l’usage des ressources naturelles de ces régions par leurs propriétaires dans la mesure où les normes légales et les conditions permettant de préserver l’environnement sont respectées ».

Virgílio Viana a écrit : « On doit actualiser le concept d’intérêt national à la lumière de la science. La plus grande menace à l’intérêt national est le risque de déboisement de l’Amazonie résulter dans l’échec du régime des pluies au Brésil, avec dommages sérieux pour la production d’élevage et de l’agriculture, la génération d’énergie électrique et l’approvisionnement urbain de l’eau. On ne doit pas défendre le droit de déboiser comme le principal axe de notre souveraineté »<sup>4</sup>.

La loi forestière 12.651 de 2012 a prévu que tout immeuble rural doit maintenir une couverture végétale native (autochtone) appelée réserve légale. Pour un immeuble localisé dans l’Amazonie légale, la réserve légale sera de 80 % pour une propriété située en zone forestière ; elle sera de 35 % pour une propriété située dans une zone de « *cerrado* » (végétation dense et fermée) ; elle sera de 20 % pour une propriété située dans une zone de « *campos gerais* » (champs d’herbacées prédominantes).

La réserve légale a pour fonction d’assurer l’usage économique

4. V. VIANA, Caminhos para uma Amazônia Sustentável. Jornal *O Estado de São Paulo*, Espaço Aberto. 25 de novembro de 2019, p. A2. Virgílio Viana a été Secrétaire d’État à l’Environnement de l’État d’Amazonie.

d'une manière durable des ressources de l'immeuble rural, de contribuer à la conservation et à la réhabilitation des processus écologiques, de promouvoir la conservation de la biodiversité et de soutenir la protection de la faune sauvage et de la flore native.

« *A reserva legal não fica obrigatoriamente sem exploração, ainda que haja regras para essa exploração* ». La réserve légale ne reste pas obligatoirement sans exploitation, qui peut être faite à travers l'obéissance à des règles. « *Ademais, a existência da reserva legal dá oportunidade de o proprietário receber por serviços ambientais* » (art. 41, I). En plus, l'existence de la réserve légale donne l'opportunité au propriétaire d'être payé pour des services environnementaux rendus (art. 41, I).

## Conclusion

Dans plusieurs parties du monde, les jeunes ont marché pour un environnement sain et libre de pollution, défendant la Planète Terre comme une maison commune à tous. Le pape François a parlé au corps diplomatique – « *La custodia del luogo che ci è stato donato dal Creatore per vivere non può dunque essere trascurata, né ridursi ad una problematica elitaria* » (« La protection du lieu qui nous a été donné par le Créateur pour vivre ne peut donc pas être négligée, ni se réduire à une problématique élitiste<sup>5</sup> »).

Pierre Dansereau, ancien professeur d'écologie à l'université du Québec à Montréal, nous a laissé cette leçon :

La nature, la campagne, l'usine, la ville, les réseaux ne maintiendront leur santé que grâce aux règlements et à la législation. Mais ce que les écologistes peuvent inviter les juristes et législateurs à faire, c'est bien appréhender dans un premier temps l'état actuel des divers secteurs : l'intégrité de la nature, la renouvelabilité de l'agriculture, la santé de l'industrie, l'harmonie de la ville, l'authenticité de l'information. Dans un deuxième temps, toutefois, c'est l'inter-relation des secteurs qui appelle des décisions conformes au bien public à long terme<sup>6</sup>.

5. Discorso del Santo Padre Francesco ai membri del Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede per la presentazione degli auguri per il nuovo anno, Sala Regia, 9 janvier 2020, [[http://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2020/january/documents/papa-francesco\\_20200109\\_corpo-diplomatico.html](http://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2020/january/documents/papa-francesco_20200109_corpo-diplomatico.html)].

6. P. DANSEREAU, « Protection de l'environnement et développement : lois de la nature et lois humaines », p. 99-105 in N. DUPLÉ (dir.), *Le droit à la qualité de l'environnement : un droit en devenir – un droit à définir*, Québec, 1988, 507 p.



## La question des combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés

Gérard Aïvo

Le professeur Émile Giraud disait avec perspicacité que « le juriste qui n'a pas d'action sur les données mêmes du problème fournies par la technique scientifique et par la politique, doit rechercher des solutions pragmatiques. Pour saisir ces données il faut comparer la guerre du type ancien à la guerre d'aujourd'hui<sup>1</sup> ». Cette comparaison des conflits armés anciens avec les conflits actuels permet d'en saisir les mutations structurelles relativement aux moyens et méthodes de la guerre, mais aussi à l'évolution de la physionomie des acteurs qui y participent et des victimes. Dans cette optique, le professeur Maurice Bourquin a fait le constat, dans le *Recueil de l'Académie du droit international de La Haye* de 1934, que « la guerre [...] a cessé, dans la plupart des cas, d'être une procédure qui se déroule entre quelques Puissances pour trouver sa conclusion dans un traité de paix. Elle apparaît plutôt aujourd'hui comme une sorte de cataclysme, ne laissant après lui que des ruines, où vainqueurs et vaincus, belligérants et neutres se débattent dans une même faille et dans une même angoisse<sup>2</sup> ». Cette triste réalité, observée déjà dans les années 30, a empiré au lendemain de la Seconde Guerre mondiale avant de trouver son apogée après la fin de la guerre froide en 1989. Selon le rapport d'information de l'Assemblée nationale française du 4 décembre 2019, les civils représentent jusqu'à 90 % des victimes dans certains conflits contemporains<sup>3</sup>.

Il est vrai que, pendant longtemps, la guerre a été considérée comme l'affaire des États. Ces derniers disposent à cet effet d'une armée régulière chargée de les protéger contre un État ennemi

1. É. GIRAUD, « Le respect des droits de l'homme dans la guerre internationale et dans la guerre civile », *RDP*, 1958, p. 638.
2. M. BOURQUIN, « Le problème de la sécurité internationale », *RCADI*, vol. III, 1934, p. 475.
3. M. BROTHERTON et J. F. MBAYE, *Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits*, synthèse du rapport d'information, commission des Affaires étrangères, *JORF*, Documents, Assemblée nationale, n° 2484, 4 décembre 2019, p. 50.

ou de défendre leurs intérêts. La guerre apparaissait alors, selon Carl von Clausewitz, comme la continuation de la politique par d'autres moyens. En effet, avant la Seconde Guerre mondiale, la plupart des conflits étaient interétatiques. Les conflits armés internes étaient marginaux et volontairement ignorés par le droit des conflits armés qui réglementait seulement les conflits armés internationaux. Ainsi, de la Convention de Genève de 1864 sur la protection des forces armées en campagne, à la Convention de Genève de 1929 sur la protection des prisonniers de guerre, en passant par les Conventions de La Haye de 1899 et 1907, notamment celles portant sur les lois et coutumes de la guerre, elles étaient toutes consacrées aux conflits internationaux.

Mais les mutations des conflits armés au fil du temps, qui se sont traduites par une multiplication des conflits armés internes, ont induit une adaptation du droit des conflits armés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Cette adaptation s'est opérée par la prise en compte des conflits armés internes par le droit international humanitaire (DIH). C'est à partir des quatre Conventions de Genève de 1949 et, par la suite, des deux protocoles additionnels de 1977, que les conflits armés non internationaux seront formalisés et les acteurs qui y interviennent, clairement protégés. Mais cette prise en compte fut progressive et limitée. En effet, alors que les quatre Conventions de Genève sont toutes consacrées aux conflits armés internationaux, seul l'article 3, commun à ces Conventions, est dédié aux conflits armés internes. Il a fallu attendre 1977 pour qu'un des deux protocoles additionnels aux Conventions soit entièrement consacré à ce type de conflit armé. Il s'agit du Protocole II, applicable aux conflits armés internes.

Pour mieux saisir les éléments de la mutation des conflits armés et l'évolution des belligérants ou des combattants qui y participent, notamment les combattants irréguliers, il convient de définir sommairement les différents types de conflits armés saisis par le DIH.

Le conflit armé international est défini par l'article 2, § 1, commun aux Conventions de Genève, comme « tout conflit surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». Selon l'article 2 du Règlement annexe à la Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, de 1907, et l'article 4A, § 6, de la Convention III de Genève de 1949, le conflit armé international comprend également le soulèvement de 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 force armée régulière<sup>4</sup>. Le Protocole I additionnel de 1977 a élargi cette définition aux « conflits 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<sup>5</sup> ». Ainsi les conflits armés internationaux sont des conflits interétatiques, les guerres de libération nationale.

Si les conflits armés internationaux sont assez bien définis, ce n'est pas le cas des conflits armés non internationaux qui étaient initialement appréhendés de manière négative par rapport aux conflits internationaux. En effet, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, applicable aux conflits armés non internationaux, les définit laconiquement comme des conflits « ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes ». Il s'agit donc d'un conflit circonscrit au territoire d'un État. La définition donnée par le Protocole II additionnel de 1977, qui développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève, est un peu plus précise car elle mentionne, en outre, les acteurs de ce type de conflit : il s'agit des conflits armés « qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés<sup>6</sup> ». Cette définition ne prend pas en compte toutes les formes de conflits internes, tels que les conflits entre groupes armés organisés. Ce n'est qu'en 1998 que l'article 8, § 2, f), du Statut de la Cour pénale internationale a élargi la définition aux conflits armés entre groupes armés<sup>7</sup>.

Par ailleurs, il y a aussi les conflits armés internes internationalisés. Il convient de préciser que la qualification de « conflits armés internes internationalisés » n'est pas consacrée par le droit des conflits armés.

---

4. Art. 2 du Règlement annexe à la Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907, art. 4A, § 6, de la Convention III de Genève de 1949.

5. Art. 1<sup>er</sup>, § 4, Protocole I.

6. Art. 1<sup>er</sup>, § 1, Protocole II.

7. L'article 8, § 2, f), du Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 définit les conflits non internationaux comme étant des « conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux ».

Elle est d'origine doctrinale<sup>8</sup> et se traduit notamment par l'enchevêtrement des acteurs des conflits internationaux et des conflits non internationaux. C'est la transformation d'un conflit armé interne en un conflit international<sup>9</sup>. Cette qualification peut découler de deux facteurs non cumulatifs : la reconnaissance des groupes armés rebelles par le gouvernement de l'État en conflit comme partie belligérante (internationalisation en bloc), et l'intervention d'un ou de plusieurs États tiers ou d'une organisation internationale dans un conflit interne (internationalisation partielle ou conflit mixte). Il faut retenir que ces conflits armés internes internationalisés sont considérés par les promoteurs du DIH, notamment le Comité international de la Croix-Rouge et l'Organisation des Nations unies, comme des conflits internationaux<sup>10</sup>. Ce qui implique l'application de l'ensemble du droit international humanitaire, notamment le droit international humanitaire coutumier, à ce type de conflit. Toutefois, en principe, il ne devrait y avoir internationalisation du

8. Voir, entre autres, M.-C. DJIENA WEMBOU, D. FALL, *Droit international humanitaire. Théorie générale et réalités africaines*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000, p. 80-81 ; M. SASSOLI et A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ?*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, Genève, CICR, 2003, p. 262 ; É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 157-209 ; R. KOLB, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, Bâle/Bruxelles, Helbing-Lichtenhahn/Bruylant, 2003, p. 85-94 ; A. BIAD, *Droit international humanitaire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Ellipses, coll. « Mise au point », 2006, p. 30 ; J. G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *International Review of the Red Cross*, n° 850, 2003, p. 313-350 ; R. GOY, « Quelques accords récents mettant fin à des guerres civiles », *Ann. fr. dr. intern.*, vol. 38, 1992, p. 123-124. D'autres auteurs parlent de « conflits mixtes », voir J.-M. HENCKAERTS, « Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier : objet, caractéristiques, conclusion et pertinence », in P. TAVERNIER et J.-M. HENCKAERTS (dir.), *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, « collection du CREDHO », 2008, p. 9.
9. Sur l'internationalisation des conflits armés internes, voir S. NEVEU, *L'internationalisation des conflits internes*, thèse, université de Poitiers, 2005, 501 p.
10. Notamment à travers les résultats de l'étude du CICR sur le « droit international humanitaire coutumier » dont l'essentiel s'applique aussi bien aux conflits armés internationaux que non internationaux, comblant ainsi, dans une certaine mesure, le déséquilibre entre les règles conventionnelles (très abondantes) applicables aux conflits internationaux et celles (dérisoires) applicables aux conflits non internationaux. Voir J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1, Bruxelles/Genève, Bruylant/CICR, 2006, p. 3 et suiv. Voir également les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 (art. 2 à 5) et pour le Rwanda du 8 novembre 1994 (art. 2 à 4), le Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (art. 5 à 8), le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone du 16 janvier 2002 (art. 2 à 4), qui étendent notamment les incriminations de crime de guerre, crime contre l'humanité et crime de génocide aux conflits armés non internationaux.

conflit armé interne que lorsque les forces armées de l'État étranger ou de l'organisation internationale interviennent dans le conflit, soit aux côtés des groupes rebelles contre les forces gouvernementales, soit de manière indépendante des deux parties belligérantes, pour la protection de leurs ressortissants ou de leurs intérêts économiques ou stratégiques, comme on a pu le voir dans le conflit en République démocratique du Congo où plusieurs États voisins sont intervenus<sup>11</sup>. En revanche, si une force étrangère intervient dans un conflit armé interne aux côtés des forces gouvernementales, à la demande des autorités de ce pays, pour lutter contre des groupes rebelles, alors le conflit ne peut être considéré comme internationalisé. Au contraire, il conserve son caractère interne.

Au regard des éléments qui précèdent, il convient de se demander comment se caractérisent les nouvelles tendances de conflits armés. La physionomie des combattants irréguliers qui y participent a-t-elle évolué ? Et comment le DIH les appréhende-t-il ?

Les mutations des conflits armés s'observent sur quatre plans, à savoir, la nature des conflits, les moyens et les méthodes de guerre, les acteurs participant aux hostilités armées et la nature des victimes qui sont aujourd'hui essentiellement des civils. Ce qui nous intéresse ici, c'est celle concernant les combattants irréguliers aussi bien dans les conflits armés internationaux (I) que dans les conflits armés non internationaux (II) en pleine évolution.

### **I. – Les combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés internationaux**

Avant la chute du mur de Berlin, en 1989, les conflits internationaux classiques étaient essentiellement l'affaire des États. Dans ce type de conflits, seuls les membres des forces armées étatiques y participaient. Rares sont les combattants irréguliers qui prenaient part à ces conflits interétatiques considérés comme des conflits armés classiques (A). En revanche, à la fin de la guerre froide, on a assisté à une nouvelle forme de conflits armés internationaux dont la plupart sont des conflits armés internes internationalisés auxquels participent massivement des combattants irréguliers, notamment des mercenaires et des terroristes (B).

11. Les groupes rebelles dénommés *Rassemblement congolais pour la démocratie* (RCD) et le *Mouvement pour la libération du Congo* (MLC) étaient soutenus par le Rwanda, l'Ouganda et le Burundi, tandis que les forces armées gouvernementales étaient soutenues par le Zimbabwe, l'Angola et la Namibie.

### A. – *La rareté des combattants irréguliers dans les conflits armés internationaux classiques*

L'apparition de l'État moderne en Europe vers le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle a entraîné progressivement la construction de grandes armées de métier au service de l'État<sup>12</sup>. Celles-ci n'ont plus rien à voir ni avec les armées composites et diffuses de l'Antiquité et du Moyen Âge, ni avec les premières armées permanentes rudimentaires qui étaient apparues à partir du XV<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup>. C'est ainsi que l'armée perdit son caractère privé et devint un organisme de l'État<sup>14</sup>. Dès lors, les États s'arrogent le monopole de la guerre et la concentrent au niveau de leurs armées, contrairement aux siècles précédents où les empires et royaumes se livraient une guerre totale, celle de « tous contre tous », où tout le peuple de l'adversaire était traité en ennemi, cible militaire légitime. Depuis l'avènement de l'État moderne suite au Traité de Westphalie<sup>15</sup>, qui mit fin à la guerre de Trente Ans, l'assimilation du combattant avec le militaire prend corps au fur et à mesure de la consolidation des structures étatiques, du perfectionnement des moyens militaires et de la professionnalisation de l'armée.

Le droit moderne des conflits armés a consacré cette assimilation du combattant avec le membre des forces armées étatiques ou régulières<sup>16</sup> et, par là même, le principe de distinction entre les combattants et les populations civiles désormais protégées juridiquement

12. R. KOLB, *Le droit relatif au maintien de la paix internationale. Évolution historique, valeurs fondatrices et tendance actuelle*, Paris, Pedone, 2005, p. 17.

13. Sur l'apparition des premières armées permanentes au XV<sup>e</sup> siècle, voir Ph. CONTAMINE, *La guerre au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1980, p. 296-306.

14. A. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Droit humanitaire et droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales et du développement, 1980, p. 23.

15. Le Traité de Westphalie de 1648 a non seulement mis fin à la guerre de Trente Ans entre les souverains européens, mais a aussi et surtout reconnu leur indépendance vis-à-vis de l'Empereur et du Pape. Voir L. BELY, J. BÉRENGER et A. CORVISIER, *Guerre et paix dans l'Europe du XVII<sup>e</sup> siècle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Société d'édition d'enseignement supérieur, coll. « Regards sur l'histoire », 1991, p. 177-185.

16. Art. 1<sup>er</sup> du Règlement annexe à la Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907.

contre les attaques directes des parties belligérantes<sup>17</sup>.

Le principe de distinction établi par le droit international humanitaire signifie que les personnes civiles et les biens civils (objectifs civils) doivent être distingués des combattants et des biens militaires (objectifs militaires) : les deux premiers sont juridiquement protégés contre les attaques directes des belligérants, ce qui n'est pas le cas des seconds. Mais, pour jouir d'une telle immunité contre les attaques, les personnes civiles n'ont pas le droit de participer directement aux hostilités. En revanche, les combattants ont le droit de participer aux hostilités et de tuer les soldats ennemis si nécessaire, sans être coupables du simple fait de leur participation aux hostilités. Au contraire, en cas de capture par les forces armées ennemies, les combattants bénéficient du statut de prisonnier de guerre et doivent être libérés à la fin du conflit<sup>18</sup>.

Le droit applicable aux conflits armés internationaux établit clairement cette distinction entre objectifs civils et objectifs militaires, notamment à travers les articles 1<sup>er</sup> et 25 du Règlement annexe à la Convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre

17. Les Conventions sur le droit de la guerre ont pour objectif non seulement de protéger les populations civiles, mais aussi d'améliorer le sort des combattants, qui doivent être soignés en cas de blessure ou de maladie et bénéficier du statut de prisonnier de guerre en cas de capture. La première Convention de Genève a été adoptée en 1864 suite à la bataille de Solferino du 24 juin 1859, où Henry Dunant, témoin horrifié par les effets de la guerre et le manque de secours pour les blessés et les malades, a décidé de plaider auprès des États pour la mise en place d'une Convention en vue de la protection des victimes de guerre. C'est ainsi qu'avec l'aide de quelques amis (notamment Gustave Moynier, le Général Dufour, les Docteurs Maunoir et Appia), il créa le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et fit adopter par les États la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, le 22 août 1864 (voir F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, CICR, 2000, p. 6-30). Cette protection fut élargie à la guerre maritime avec la Convention de La Haye de 1899 pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève du 22 août 1864. Suite à la Première Guerre mondiale, la Convention de Genève sur les prisonniers de guerre a été adoptée en 1929 pour améliorer leur sort. À cause des effets importants de la Seconde Guerre mondiale sur les populations civiles, une Convention entière leur fut consacrée en 1949 (la Convention IV de Genève). Il faut également mentionner la Convention de La Haye de 1899 (Convention II), révisée en 1907 (Convention VI), et son Règlement annexe sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, qui visent à limiter les moyens et méthodes de guerre et éviter ainsi les maux superflus. Dans leur ensemble, ces textes ont pour but, non pas d'interdire la guerre, mais de « l'humaniser » dans la mesure du possible.

18. Sur le régime juridique des prisonniers de guerre, voir la Convention III de Genève sur la protection des prisonniers de guerre. Sur l'analyse de ce régime, voir D. CUMIN, *Manuel de droit de la guerre*, Bruxelles, Larcier, collection « Masters Droit », 2014, p. 216-219.

sur terre, l'article 4 de la Convention IV de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles, et les articles 48 et suivants du Protocole I de 1977, additionnel aux Conventions de Genève. Dans la pratique, cette distinction est facilitée dans les conflits armés internationaux par le fait que les combattants sont membres des forces armées des États belligérants et portent les signes distinctifs de leur appartenance à ces forces armées, notamment l'uniforme et les armes. Ces signes distinctifs permettent aux forces adverses de les distinguer des non combattants et d'attaquer uniquement les combattants. Cela facilite la protection des populations civiles et, par conséquent, limite les effets néfastes de la guerre.

Au regard de ce qui précède, dans les conflits armés classiques, le combattant régulier apparaît avant tout comme un militaire, membre des forces armées étatiques. Il faut préciser que la violation grave du DIH a une incidence sur le statut des combattants. Par exemple, les combattants réguliers faisant usage de la perfidie<sup>19</sup>, telle que l'usage des insignes de la Croix-Rouge ou le déguisement en personnes civiles, ne perdent pas leur statut de combattant mais ne peuvent prétendre au statut de prisonnier de guerre en cas de capture<sup>20</sup>. Ils seront jugés pour violation grave du DIH, plus précisément de crime de guerre. Mais ils bénéficient des garanties judiciaires<sup>21</sup>.

De même, les membres des forces armées qui se livrent à l'espionnage (recherches clandestines de renseignements sans uniforme) conservent leur statut de combattant, mais perdent leur statut de prisonnier de guerre. Mais s'ils portent leur uniforme au moment des faits, cela n'est pas considéré comme de l'espionnage<sup>22</sup>.

Toutefois, les personnes civiles (combattants irréguliers) ou des combattants réguliers qui participent directement aux hostilités armées dans le cadre d'une guérilla ou d'un soulèvement populaire contre l'occupation étrangère ou de guerre de libération nationale, doivent respecter les conditions prévues à l'article 44, § 3, du Protocole I qui dispose : « Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Étant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut

19. Art. 37 du Protocole I.

20. Art. 44, § 4, du Protocole I.

21. Art. 75 du Protocole I.

22. Art. 46 du Protocole I.

de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement : a) pendant chaque engagement militaire ; et b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer ». Les combattants qui ne respectent pas ces critères n'ont pas droit au statut de combattant, ni à celui de prisonnier de guerre. Ils seront considérés comme des combattants irréguliers. Mais le constat est que les combattants irréguliers sont plutôt rares dans les conflits armés internationaux classiques. En revanche, dans les conflits internationaux actuels, les combattants irréguliers sont de plus en plus nombreux. Il s'agit notamment des mercenaires et des terroristes.

### ***B. – L'amplification de la participation des mercenaires et des terroristes dans les nouveaux conflits armés internationaux***

L'une des mutations que l'on constate au niveau des conflits armés internationaux, c'est qu'aujourd'hui les conflits armés internationaux classiques, c'est-à-dire interétatiques, sont en nette diminution. Les conflits armés internationaux actuels sont, en réalité, essentiellement des conflits armés internes internationalisés tels que les conflits au Kosovo, en Somalie, en Syrie, au Yémen, en République démocratique du Congo, en République centrafricaine, en Côte d'Ivoire, au Mali, etc. Il s'agit donc d'un conflit armé interne au départ, mais qui s'est internationalisé par l'intervention d'un certain nombre de facteurs.

Il y a deux cas d'internationalisation d'un conflit interne. Dans le premier cas, « l'État victime d'une insurrection reconnaît les insurgés comme des belligérants ; en accordant à un parti insurgé la reconnaissance de ses droits de belligérance, l'État victime crée un nouveau sujet de droit international dont les droits et les devoirs se limitent strictement au domaine du droit de la guerre à l'exclusion de tous les autres domaines du droit des gens<sup>23</sup> ». Par cette reconnaissance de belligérance, l'État entend traiter les insurgés non pas comme des criminels ou des délinquants de droit commun, mais comme des sujets à qui il reconnaît le droit de faire la guerre et, par conséquent, accepte de leur appliquer le droit des conflits armés comme

23. M.-C. DJIENA WEMBOU, D. FALL, *Droit international humanitaire. Théorie générale et réalités africaines*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000, p. 80.

il le ferait vis-à-vis d'un État ennemi<sup>24</sup> : d'où l'internationalisation du conflit<sup>25</sup>. De même, en cas de sécession réussie au cours d'un conflit armé interne se traduisant par la reconnaissance de cette sécession par l'État en conflit<sup>26</sup>, ou par l'admission de la partie sécessionniste comme nouvel État membre des Nations unies<sup>27</sup>, ou tout simple-

24. Par exemple, lors de la guerre civile cubaine (1956-1959) où les révolutionnaires furent opposés au Gouvernement de Fulgencio Batista, le comportement des groupes rebelles fut relativement exemplaire. Une trêve fut signée entre belligérants les 23 et 24 juillet 1958. Le 10 janvier 1959, le nouveau Président de la République, Manuel Urrutia, s'engage à respecter les dispositions des Conventions de Genève relatives au traitement des prisonniers de guerre. Ce fut le cas dans les conflits au Nigeria (1967), en Angola (1975), au Salvador (1980), au Nicaragua (1980) et en République fédérale socialiste de Yougoslavie (1991), pour ne citer que ceux-là, où des accords spéciaux ont été signés entre le gouvernement et les groupes armés rebelles. Sur les accords spéciaux conclus dans d'autres conflits non internationaux, voir la liste sélective de F. BUGNION, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, 2<sup>e</sup> éd., Genève, CICR, 2000, p. 1205-1220 ; G. AÏVO, « Le rôle des accords spéciaux dans la rationalisation des conflits armés non internationaux », *Rev. québ. dr. intern.*, vol. 271, 2014, p. 1-30. Voir également quelques-uns de ces accords dans R. GOY, « Quelques accords récents mettant fin à des guerres civiles », *Ann. fr. dr. intern.*, vol. 38, 1992, p. 112-135 ; R. MONACO, « Les conventions entre belligérants », *RCADI*, vol. 75, 1949, p. 13-17 ; C. SMITH, « Special Agreements to Apply the Geneva Conventions in Internal Armed Conflicts: The Lessons of Darfur », *The Irish Yearbook of International Law*, vol. II, 2007, p. 91-101.

25. Il faut préciser que le mécanisme de la reconnaissance de belligérance n'est plus utilisé de nos jours.

26. La République fédérative de Yougoslavie a fait une déclaration formelle le 27 avril 1992, dans laquelle elle s'engage à assurer la continuité de l'État yougoslave et qu'elle respectera tous les engagements internationaux pris par celui-ci. Cette déclaration apparaît implicitement comme une reconnaissance de la sécession de la Slovénie, de la Croatie et de la Bosnie qui ont proclamé leur indépendance respectivement les 25 juin, 8 octobre 1991 et 6 mars 1992. On peut également citer, dans le cadre de l'éclatement de l'ex-URSS, le Mémoire de Moscou du 6 juillet 1992, portant sur la succession par les États de la CEI (Communauté des États indépendants) aux traités conclus par l'ex-URSS, qui leur laisse le choix de la succession audits traités. Voir É. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit international », 2008, p. 202.

27. R. KOLB, *op. cit.*, p. 87. L'auteur cite l'exemple de l'admission par les Nations unies de la Slovénie, de la Croatie et de la Bosnie comme membres de l'Organisation des Nations unies le 22 mai 1992, suite à l'éclatement de l'ex-Yougoslavie.

ment en cas de sécession de fait<sup>28</sup> où les sécessionnistes disposent d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement, alors il devrait y avoir une internationalisation du conflit.

Dans le deuxième cas, l'internationalisation du conflit est due à l'intervention d'un ou de plusieurs États ou d'une organisation internationale dans un conflit interne. Pour que cette intervention extérieure constitue un facteur d'internationalisation du conflit, il faut que, soit l'État ou les États intervenants envoient des troupes militaires sur le territoire de l'État en conflit en soutien à l'une ou l'autre des parties belligérantes<sup>29</sup> ou qu'une organisation internationale envoie des troupes dans le cadre des missions d'imposition de

28. Lorsqu'il y a une sécession de fait que l'État amputé refuse de reconnaître, et que les Nations Unies n'ont pas (encore) accepté la partie sécessionniste comme membre, l'ensemble du droit des conflits armés peut néanmoins être appliqué au nom du principe de l'effectivité. À ce propos, le professeur Éric David affirme que c'est au nom des critères de l'effectivité et de la primauté de l'intérêt des victimes sur les considérations de pure technique juridique « que peut se justifier l'obligation pour les parties à une guerre de sécession d'appliquer l'ensemble du droit des conflits armés même si le gouvernement de l'État amputé ne reconnaît pas la sécession » : É. DAVID, *op. cit.*, p. 206-207. Dans la même optique, voir également R. KOLB, *op. cit.*, p. 87.

29. Ce fut le cas notamment lors du conflit en République démocratique du Congo en 1998 où au moins six États voisins ont envoyé des troupes pour soutenir les groupes rebelles dénommés *Rassemblement congolais pour la démocratie* (RCD) et *Mouvement pour la libération du Congo* (MLC) (soutenus par le Rwanda, l'Ouganda et le Burundi) ou les forces armées gouvernementales, c'est-à-dire les Forces armées congolaises (soutenues par le Zimbabwe, l'Angola et la Namibie). Le premier groupe rebelle s'est scindé en deux factions : *RCD/Goma* et *RCD/Mouvement de libération* (installé à Kisangani, puis à Bunia). Tous ces groupes rebelles ont occupé 60 % du territoire congolais. Le caractère à la fois interne et international du conflit est clairement reconnu dans le préambule de l'Accord de paix de Lusaka du 23 juillet 1999, signé par les différentes parties au conflit. Pour plus de détails au sujet de ce conflit, voir M. SASSÓLI et A. A. BOUVIER, *Un droit dans la guerre ?*, vol. II, Genève, CICR, 2003, p. 1692-1716 ; C. BRAECKMAN, « La "première guerre mondiale africaine" », *Le Soir*, 20 janvier 2001, [<https://www.lesoir.be/art/la-premiere-guerre-mondiale-africaine-t-20010120-Z0K566.html>]

la paix<sup>30</sup>, soit l'État ou les États tiers exercent un contrôle effectif<sup>31</sup> sur les opérations militaires des groupes rebelles, en participant par exemple à la planification des opérations militaires, à la sélection des cibles et en donnant des consignes dans le cadre de l'exécution des opérations militaires. En revanche, une simple aide logistique, financière ou technique aux rebelles ne peut suffire à internationaliser le conflit, sinon la presque totalité des conflits armés internes modernes seraient des conflits internationalisés.

Cette appellation de « conflits armés internes internationalisés » est critiquée, à juste titre, par certains auteurs qui y voient un élément supplémentaire de complexification de la qualification juridique des conflits armés, dans la mesure où elle implique une double qualification juridiques (interne et internationale) du conflit

30. Par exemple, les interventions armées des casques bleus de l'ONU dans le conflit en Somalie en décembre 1992, des forces de maintien de la paix de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) appelées ECOMOG au Liberia en août 1990 et en Sierra Leone en février 1998, et des Forces de l'OTAN au Kosovo le 24 mars 1999.

31. Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ États-Unis)*, du 27 juin 1986, la Cour internationale de justice affirme que, « même prépondérante ou décisive, la participation des États-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des *contras*, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même, d'après les informations dont la Cour dispose, pour que puissent être attribués aux États-Unis les actes commis par les *contras* au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. Toutes les modalités de participation des États-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par les membres de la force *contra* en dehors du contrôle des États-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites », § 115, *Rec.*, 1986, p. 14. Voir, également, l'affaire *Tadić* (Chambre d'appel) du 15 juillet 1999 où le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a assoupli un peu le critère de « contrôle effectif », en affirmant qu'un « contrôle global » (*overall control*) serait suffisant (§§ 122 et 145). Ainsi une simple aide logistique, financière ou, dans le domaine du renseignement, à l'une des parties à un conflit interne ne suffit pas à internationaliser le conflit.

en question et l'application d'un double standard normatif<sup>32</sup>, aggravant ainsi les difficultés d'application des règles juridiques pertinentes<sup>33</sup>. Or l'efficacité du droit des conflits armés dépend, entre autres, de la simplification de la qualification juridique des conflits auxquels il s'applique. Ainsi il convient de qualifier tout simplement de « conflit armé international » un conflit interne dans lequel le degré d'intervention étrangère est important<sup>34</sup>, de sorte de lui appliquer l'ensemble du droit international humanitaire applicable aux conflits internationaux<sup>35</sup>. C'est dans cette démarche de simplification que se sont inscrits les promoteurs du droit international humanitaire, tels que le Comité international de la Croix-Rouge et l'Organisation des Nations unies, ainsi que les juridictions pénales internationales chargées de son application. On constate même une convergence progressive des champs d'application des règles applicables aux conflits armés internationaux et des règles qui régissent

32. Certaines juridictions internationales ont même procédé à cette double qualification et à l'application d'un double standard normatif : CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ États-Unis)*, du 27 juin 1986, où la Cour affirme que « le conflit entre les forces *contras* et celles du gouvernement du Nicaragua est un conflit armé "ne présentant pas un caractère international". Les actes des *contras* à l'égard du gouvernement du Nicaragua relèvent du droit applicable à de tels conflits, cependant que les actions des États-Unis au Nicaragua et contre lui relèvent des règles juridiques intéressant les conflits internationaux », § 219, *Rec.*, 1986. Voir, également, le TPIY, *Kordić et Čerkez*, du 17 décembre 2004, où le Tribunal estime que « l'internationalité du conflit devra être examinée au cas par cas, c'est-à-dire qu'il faudra dans chaque cas s'attacher aux faits de l'espèce. Partant, on ne saurait déduire du fait qu'un conflit interne a été reconnu comme international dans une zone donnée de Bosnie, qu'un autre conflit interne se déroulant dans une autre zone était aussi international », § 320, [[https://www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/acjug/fr/aj-041217fpdf](https://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/fr/aj-041217fpdf)].

33. J. G. STEWART, « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *Rev. intern. de la Croix-Rouge*, n° 850, vol. 85, 2003, p. 313-350 ; R. KOLB, *op. cit.*, p. 88-93 ; E. DAVID, *op. cit.*, p. 173-176.

34. Voir l'exemple des conflits en République démocratique du Congo et en Libye.

35. Telle est la position prise par le TPIY dans l'affaire *Mladen Naletilić et Vinko Martinović*, du 31 mars 2003, § 194, [[https://www.icty.org/x/cases/naletilic\\_martinovic/tjug/fr/tj030331fpdf](https://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331fpdf)].

les conflits internes<sup>36</sup>. Dans ces nouveaux conflits armés internationaux, on note la participation de plus en plus importante des combattants irréguliers, tels que les mercenaires, les terroristes et les personnes civiles, et l'augmentation exponentielle du nombre de victimes civiles<sup>37</sup>.

Il faut préciser d'emblée que les mercenaires n'ont droit ni au statut de combattant ni au statut de prisonnier de guerre<sup>38</sup>. Ce sont des combattants irréguliers. Les mercenaires sont intervenus dans de nombreux conflits. C'est le cas des conflits en République démocratique du Congo<sup>39</sup>, en Lybie, en Irak<sup>40</sup>, en Syrie<sup>41</sup>. Le recours régulier aux sociétés militaires privées (SMP) et donc aux mercenaires, par les États, afin de minimiser non seulement les coûts financiers et humains pour les armées étatiques, entraîne une externalisation, sinon une privatisation de nombreux conflits armés actuels<sup>42</sup>. Selon François d'Alañon, il y a par exemple des centaines de mercenaires

36. Notamment à travers les résultats de l'étude du CICR sur le « droit international humanitaire coutumier » dont l'essentiel s'applique aussi bien aux conflits armés internationaux que non internationaux, comblant ainsi, dans une certaine mesure, le déséquilibre entre les règles conventionnelles (très abondantes) applicables aux conflits internationaux et celles (dérisoires) applicables aux conflits non internationaux. Voir J.-M. HENCKAERTS et L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Bruxelles/Genève, Bruylant/CICR, 2006, p. 3 et suiv. Voir, également, les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 (art. 2 à 5) et pour le Rwanda, du 8 novembre 1994 (art. 2 à 4), le Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 (art. 5 à 8), le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone du 16 janvier 2002 (art. 2 à 4), qui étendent notamment les incriminations de crime de guerre, crime contre l'humanité et crime de génocide aux conflits armés non internationaux.

37. En 2016, l'ONU a recensé plus de 26 000 civils tués ou blessés lors d'attaques – ce qui n'intègre donc pas les victimes indirectes des conflits armés – sur les six zones suivantes : Afghanistan (10 000), Irak (8 000), Somalie (2 600), Yémen (2 600), République centrafricaine (1 100), RDC (2 000). En 2017, 42 972 personnes ont ainsi été tuées, dont 31 904 civils, en hausse de 38 % par rapport à l'année précédente, et, tout particulièrement, en Afghanistan, en Irak et en Syrie : M. BROTHERRSON et J. F. MBAYE, *Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits*, synthèse du rapport d'information, commission des Affaires étrangères, JORF, Documents, Assemblée nationale, n° 2484, 4 décembre 2019, p. 50.

38. Art. 47 du Protocole 1 additionnel aux Conventions de Genève.

39. Par exemple, les troupes de Bob Denard et de Mike Hoare dans les années 60-80.

40. On y trouve les membres des SMP américaines *Blackwater* (devenue *Academi*), *Military Professional Resources* (MPR) et britanniques *Aegis* et *Erinyes*.

41. La SMP russe *Wagner*.

42. G. Aïvo, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, thèse, université Jean-Moulin Lyon 3, 2011, p. 224 (publiée, Bruxelles, Bruylant, 2013).

tchadiens, soudanais (les *Janjawids*) et russes<sup>43</sup> en Lybie, aux côtés du Maréchal Khalifa Haftar<sup>44</sup>. De même, selon Anastassia Iakoreva et Svetlana Reuter, il y a aussi des centaines de mercenaires russes en Syrie<sup>45</sup>. Il convient de préciser qu'il y a aussi des mercenaires américains et britanniques en Irak et en Afghanistan.

Par ailleurs, concernant les terroristes qui participent aux hostilités armées sans appartenir formellement aux forces armées des États, ils sont aussi des combattants irréguliers qui ne jouissent pas des droits et privilèges attachés au statut de combattant. En cas de capture, ils doivent subir la rigueur de la loi pénale de l'État détenteur pour les crimes qu'ils auront commis, sauf s'ils respectent un certain nombre de règles du DIH sur lesquelles nous reviendrons *infra*. On note, par exemple, la présence de nombreux terroristes dans les conflits armés internes internationalisés en Syrie, en Irak (le Front Al-Nosra ; Al-Qaida et l'EI<sup>46</sup>) au Yémen (l'EI et AQPA<sup>47</sup>), en Lybie (AQMI<sup>48</sup> et l'EI) et au Mali (les groupes Al-Mourabitoune ; GSIM<sup>49</sup> ; MUJAO<sup>50</sup> ; EIGS<sup>51</sup> ; AQMI ; Ansar Dine ; la Katiba Macina)<sup>52</sup>.

Depuis les années 90, il y a, de plus en plus, sur le théâtre des hostilités, un mélange entre les méthodes de guerre et les méthodes du terrorisme. Il ne s'agit plus seulement du recours à la terreur dans les

43. Les mercenaires russes sont fournis par la société militaire et de sécurité privée *Wagner* appartenant à un oligarque russe. Il y aurait entre 600 et 800 mercenaires russes en Lybie : « Qui sont les mercenaires russes engagés dans la guerre civile libyenne ? », *Euronews*, 20 décembre 2019 [<https://fr.euronews.com/2019/12/19/qui-sont-les-combattants-russes-engages-dans-la-guerre-civile-libyenne>], consulté le 1<sup>er</sup> février 2020.

44. F. d'ALANÇON, « Le conflit en Lybie profite aux trafiquants et aux terroristes », *La Croix*, 30 juillet 2019 [<https://www.la-croix.com/Monde/Afrique/Le-conflit-Libye-profite-trafiquants-terroristes-2019-07-30-1201038408>], consulté le 4 février 2020.

45. En 2016, entre 1 000 et 1 600 mercenaires de *Wagner* se trouvaient en permanence en Syrie suivant le niveau de tension du conflit. Voir A. IAKOREVA et S. REUTER, « Enquête. Les mercenaires en Syrie, une armée russe fantôme », *Courrier international*, 9 mars 2018, [<https://www.courrierinternational.com/article/enquete-les-mercenaires-en-syrie-une-armee-russe-fantome>], consulté le 3 février 2020.

46. L'État islamique en Irak et au Levant.

47. Al-Qaida dans la péninsule arabique.

48. Al-Qaida au Maghreb islamique.

49. Le Groupe de soutien à l'islam et aux musulmans.

50. Le Mouvement pour l'unicité et le jihad en Afrique de l'Ouest.

51. L'État islamique au Grand Sahara.

52. G. AÏVO, « Les formes de développement du terrorisme en Afrique », *Bulletin Ex-Cathedra*, n° 39, mars 2013, p. 2-3.

conflits armés, avec des massacres aveugles contre les populations civiles et des destructions massives des biens civils ; car cela n'est pas nouveau. Il s'agit plutôt aujourd'hui, au cœur des conflits armés intermittents et diffus, du recours par les groupes rebelles, qui sont des groupes terroristes, aux méthodes classiques du terrorisme, à savoir la pose de bombes dans des bâtiments, voitures, marchés, mosquées ou églises ; le port de ceinture explosive par un *kamikaze* afin de faire des victimes militaires, et surtout civiles, dans le but ultime de semer la terreur au sein de la population, de déstabiliser le gouvernement établi et instaurer un islamisme radical (la *charia*). Concomitamment, ils ont aussi recours à des méthodes de guerre, c'est-à-dire des opérations militaires coordonnées dans le but de contrôler une partie ou la totalité du territoire national, afin d'aboutir à la création d'un « califat », un État islamique où serait appliquée la *charia*.

Il faut dire qu'à l'origine, en raison des actions sporadiques et dérobées de violence qui leur permettaient de mener des attentats *kamikazes* et de disparaître, le terroriste était un acteur invisible d'une menace réelle et de dommages matériels, humains et psychologiques non négligeables. Cette méthode dérobée a l'avantage de garantir l'invisibilité et l'invincibilité des groupes terroristes, mais a la faiblesse de ne pas leur permettre de contrôler une partie ou la totalité du territoire national pour y imposer leur idéologie liberticide. Pour remédier à cette faiblesse, les groupes terroristes vont changer de tactique.

La nouveauté depuis les années 90, c'est la volonté des groupes terroristes d'exercer un contrôle territorial. Cela les amène inéluctablement à recruter massivement des djihadistes<sup>53</sup> et à élargir leur méthode opératoire, c'est-à-dire à ajouter, à leur méthode terroriste classique, les méthodes et moyens des conflits armés consistant en des opérations militaires coordonnées à visage découvert avec l'usage de mitraillettes, de *pick-up* munis de fusils d'assaut, de chars, de tanks, de missiles, et des lignes de front clairement identifiées entre eux et les forces armées gouvernementales ainsi que des forces armées étrangères, comme on a pu l'observer récemment en Libye, au Yémen, en Irak et en Syrie. Cette technique nouvelle a, en effet, permis non seulement au groupe terroriste « Al-Qaida » de contrô-

53. En Irak et en Syrie, le groupe « État islamique » disposerait de plus de 31 000 combattants, selon l'agence de renseignement américaine *CIA*, dont un grand nombre de recrues proviennent de l'étranger. Le Centre international d'études des radicalisations et violences politiques (ICSR) évoque 20 000 combattants originaires de quatre-vingts pays. Voir B. MANENTI, « Cartes. L'implacable progression de l'État islamique en Irak et en Syrie », *L'Obs*, 19 mai 2015, [<https://www.nouvelobs.com/monde/20150519.OBS9171/cartes-l-implacable-progression-de-l-etat-islamique-en-irak-et-en-syrie.html>], consulté le 10 mai 2020.

ler une partie du territoire afghan en affrontant les forces armées gouvernementales du pays soutenues par les troupes américaines, mais aussi au groupe terroriste « État islamique » de contrôler, à un moment donné (2014-2017), près du tiers du territoire irakien et de la moitié du territoire syrien<sup>54</sup>, face aux forces américaines (en Irak) et russes (en Syrie) avant d'être considérablement affaiblis en novembre 2017<sup>55</sup>. Sur le terrain, la combinaison des méthodes de guerre et de terrorisme transforme finalement les hostilités armées en une forme de guerre de guérilla où les opérations militaires offensives alternent avec des opérations kamikazes dérobées.

Concernant le régime juridique applicable, en principe, c'est le droit international humanitaire qui s'applique aux conflits armés, tandis que le droit international des droits de l'homme régit les situations de terrorisme. Mais, en raison de l'enchevêtrement des deux champs d'application dans les situations de « conflit armé-terrorisme », l'application convergente des deux corps de règles s'impose comme une nécessité pratique<sup>56</sup>. Toutefois, les personnes civiles, terroristes ou non, qui participent directement aux hostilités armées dans le cadre d'une guérilla ou d'un soulèvement populaire contre l'occupation étrangère ou d'une guerre de libération nationale, sans respecter les critères fixés par l'article 44, § 3, du Protocole I addi-

54. Boris Manenti affirme à ce propos que, « lors de l'annonce de sa volonté de créer un califat, en juin 2014, Daech a évoqué cet "État islamique" comme s'étendant de la ville d'Alep (en Syrie) jusqu'à la province de Diyala (à l'Est de l'Irak, à côté de Bagdad) » : B. MANENTI, préc. Allant dans le même sens, le journal *Le Parisien* précise que, avec la prise de Palmyre, qui ouvre sur le grand désert syrien frontalier de l'Irak, le groupe « État islamique » contrôlait, en 2015, plus de 95 000 kilomètres carrés en Syrie, soit 50 % du territoire du pays, devenant ainsi maître de la quasi-totalité des champs pétroliers et gaziers de Syrie après la prise de deux champs gaziers près de Palmyre. Voir *Le Parisien*, « Syrie : après Palmyre, Daech a pris le contrôle de la frontière avec l'Irak », 21 mai 2015, [<https://www.leparisien.fr/international/avec-palmyre-les-jihadistes-de-daech-controlent-la-moitie-de-la-syrie-21-05-2015-4790043.php>], consulté le 10 mai 2020.

55. Selon l'agence France-Presse (AFP) et *Le HuffPost*, en 2014, Daech régnait sur un territoire de sept millions d'habitants, aussi grand que l'Italie, à cheval sur la Syrie et sur un tiers de l'Irak, avant d'être presque totalement défait en novembre 2017. Voir « Cartes. Les (rares) territoires encore contrôlés par Daech en Irak et en Syrie », *Le HuffPost*, 17 novembre 2017, [[https://www.huffingtonpost.fr/2017/11/17/les-rares-territoires-encore-controles-par-daech-en-irak-et-en-syrie\\_a\\_23280783/](https://www.huffingtonpost.fr/2017/11/17/les-rares-territoires-encore-controles-par-daech-en-irak-et-en-syrie_a_23280783/)], consulté le 10 mai 2020.

56. G. Aïvo, « Convergences entre droit international humanitaire et droit international des droits de l'homme : vers une assimilation des deux corps de règles ? », *RTDH*, n° 82, avril 2010, p. 341-370.

tionnel<sup>57</sup>, n'ont pas droit au statut de combattant. Si la participation des combattants irréguliers pose un certain nombre de problèmes dans les conflits armés internationaux, ces problèmes deviennent presque inextricables dans les conflits armés non internationaux.

## **II. – Les combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés internes**

Le sort des combattants irréguliers dans les conflits armés non internationaux est déjà plus ou moins scellé. Car, selon les règles applicables à ce type de conflit, les membres des groupes rebelles n'ont pas droit au statut de combattant et encore moins à celui de prisonnier de guerre en cas de capture. Mais présenter les choses ainsi serait assez simplificateur, car l'absence du statut juridique de combattant dans les conflits armés non internationaux génère un certain nombre de problèmes complexes liés à la difficulté de distinction entre les personnes participant directement aux hostilités et les populations civiles protégées (A). Ce problème se pose particulièrement dans les nouvelles tendances de conflits armés internes, où l'on observe une participation massive des enfants-soldats, des terroristes et des mercenaires (B).

### ***A. – L'absence du statut de combattant pour les rebelles dans les conflits armés non internationaux***

Ignorés pendant longtemps, ce sont les conséquences désastreuses de la guerre civile russe (1917-1921) et surtout de la guerre civile espagnole (1936-1939) qui ont fait prendre conscience des horreurs que peut générer un conflit armé non international et de la nécessité de réglementation au plan international, afin d'y imposer quelques principes d'humanité à travers l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le Protocole II additionnel de 1977. L'article 3 commun vise les conflits armés internes de basse intensité exigeant un minimum d'organisation militaire, alors que le Protocole II s'applique plutôt aux conflits internes de haute inten-

57. L'article 44, § 3, du Protocole I dispose : « Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque. Étant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement : a) pendant chaque engagement militaire ; et b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer ».

sité dans lesquels les groupes armés sont bien organisés, contrôlent une partie du territoire national et mènent des opérations militaires continues sous un commandement responsable. Il y a donc deux degrés de conflits armés internes. Si, en raison de son seuil d'application plus bas, l'article 3 peut s'appliquer aussi dans le champ d'application du Protocole II, l'inverse n'est pas vrai. Il en ressort donc que le champ d'application du Protocole II est plus restreint que celui de l'article 3 commun.

Par ailleurs, il faut préciser que les deux dispositions étant applicables aux conflits armés internes, les troubles intérieurs et les tensions internes n'entrent pas dans leurs champs d'application<sup>58</sup>. À ce propos, l'article 1<sup>er</sup>, § 2, du Protocole II dispose que « le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés ». Bien que le seuil d'application de l'article 3 commun soit bas, il ne s'applique que « dès le moment où une lutte armée à l'intérieur d'une entité étatique prend des formes telles qu'elle cesse d'être une simple affaire de maintien d'ordre<sup>59</sup> ». Selon le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), les troubles intérieurs sont des « situations où, sans qu'il y ait à proprement parler de conflit armé non international, il existe cependant, sur le plan interne, un affrontement qui présente un certain caractère de gravité ou de durée et qui comporte des actes de violence<sup>60</sup>. Ces derniers peuvent revêtir des formes variables, allant de la génération spontanée d'actes de révolte à la lutte entre des groupes plus ou moins organisés et les autorités au pouvoir. Dans ces situations qui ne dégènerent pas nécessairement en lutte ouverte, les autorités font appel à de vastes forces de police, voire aux forces armées, pour rétablir l'ordre intérieur. Le nombre élevé des victimes a rendu nécessaire

58. Les troubles intérieurs et tensions internes sont soumis au droit national de l'État qui y est confronté, et au droit international des droits de l'homme.

59. D. BINDSCHEDLER, *Cours introductif*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales et du développement (IUHEI), 1975-1976, cité par A. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Droit humanitaire et droits de l'homme. La protection de la personne en période de conflit armé*, Genève, IUHEI, 1980, p. 93.

60. Cette définition est reprise par Jean Salmon : J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1110.

l'application d'un minimum de règles humanitaires<sup>61</sup> ». De même, « il y a tensions internes lorsque, sans qu'il y ait troubles intérieurs, l'emploi de la force est une mesure préventive pour maintenir le respect de la loi et de l'ordre <sup>62</sup>». Les troubles et tensions internes ne sont donc pas concernés par la présente étude.

Dans les conflits armés non internationaux, le principe de distinction entre combattants et non combattants reste flou, en raison, non seulement des lacunes normatives, mais aussi de la pratique des belligérants, plus précisément de la nature des acteurs et de la manière dont ils participent aux hostilités<sup>63</sup>. En effet, l'article 3 commun et le Protocole II désignent les « personnes civiles » comme des « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités », sans préciser ce que l'on doit entendre par « participation directe aux hostilités ». L'article 13 du Protocole II ajoute :

1. La population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires. En vue de rendre cette protection effective, les règles suivantes seront observées en toutes circonstances.
2. Ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne devront être l'objet d'attaque. Sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile.
3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordées par le présent Titre, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation.

Avec une telle formulation, l'on serait tenté de déduire que les personnes qui participent directement aux hostilités sont des « combattants ». Mais une telle déduction serait inexacte au regard de l'article 3 commun et du Protocole II qui disposent clairement que l'application de ces dispositions « n'a pas d'effet sur le statut ju-

61. *La Ligue et le Rapport sur la réévaluation du rôle de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1979, p. 26-27. Cette définition est reprise dans le commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole II additionnel, Y. SANDOZ, Ch. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 1379. Les révolutions populaires en Tunisie et en Égypte en février 2011 sont des troubles intérieurs car il n'y a pas d'affrontements armés.

62. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels, op. cit.*, p. 1380. Ces mesures préventives se traduiraient séparément ou cumulativement par des arrestations massives, des mauvais traitements, la suspension de garanties judiciaires à cause éventuellement de la promulgation d'un état d'urgence, nombre élevé de détenus politiques, des allégations de disparitions. *Ibid.*, p. 1379.

63. G. AÏVO, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux, op. cit.*, 585 p.

ridique des Parties au conflit<sup>64</sup> ». Cela signifie que l'application de ces dispositions n'implique pas la reconnaissance de la qualité de belligérants aux Parties au conflit. Or, sans cette qualité de « parties belligérantes<sup>65</sup> », on ne peut qualifier leurs membres de « combattants<sup>66</sup> », car pour être combattant, il faut appartenir à une partie belligérante.

Ainsi, contrairement au droit applicable aux conflits armés internationaux qui détermine deux grandes catégories juridiques de personnes en période de conflit armé international, c'est-à-dire les civils et les combattants, l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole II additionnel ne reconnaissent pas le statut juridique de combattant, donnant ainsi l'impression qu'il n'existe qu'une seule catégorie juridique de personnes en période de conflit non international : les civils.

De plus, dans la pratique, les conflits armés non internationaux modernes n'opposent pas toujours les forces armées gouvernementales aux forces armées dissidentes composées essentiellement d'une partie des membres des forces armées de l'État. Les forces armées gouvernementales sont souvent confrontées à des groupes armés rebelles constitués majoritairement de personnes civiles, y compris d'enfants-soldats et de mercenaires ne portant généralement pas de signes distinctifs pouvant permettre de les distinguer des civils non combattants. Il arrive même que, pour combattre la rébellion<sup>67</sup>, les autorités gouvernementales s'appuient sur des groupes de miliciens, des groupes paramilitaires ou des sociétés militaires et de sécurité

64. Voir le dernier alinéa de l'article 3 commun. Cela implique que l'application aux insurgés de l'article 3 et du Protocole II par le gouvernement, ne limite pas son droit de répression et de poursuite pénale conformément à sa législation nationale. Voir J. PICTET, *Commentaire de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, Genève, CICR, 1952, p. 65 ; Y. SANDOZ, C. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels*, op. cit., p. 1420-1421.

65. Le statut de « partie belligérante » est un statut collectif qui désigne l'ensemble d'une force armée ou d'un groupe armé organisé participant à un conflit armé. Ce statut confère des droits et obligations aux Parties au conflit de manière égale, notamment le droit de faire la guerre.

66. Contrairement au statut de « partie belligérante », le statut de « combattant » est un statut individuel et permet de jouir du statut de prisonnier de guerre en cas de capture.

67. Selon l'article 133 du Code pénal de la République démocratique du Congo du 30 janvier 1940, « est qualifié de rébellion toute attaque, toute résistance avec violences ou menaces envers les dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publique, agissant pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, jugements ou autres actes exécutoires ». Voir une définition semblable à l'article 433-6 du Code pénal français.

privées (SMSP), contribuant ainsi à la confusion générale.

En tout état de cause, il n'y a pas de doute que, eu égard à l'état actuel du DIH, les membres des groupes armés rebelles n'ont pas droit au statut de combattant. Ils sont considérés comme des combattants irréguliers, même s'ils sont bien organisés. Il en est ainsi parce que, d'une part, les États ne souhaitent pas traiter sur un pied d'égalité les membres de leurs forces armées et les membres des groupes rebelles et, d'autre part, ils craignent que l'octroi du statut de combattant aux rebelles dans des conventions de droit humanitaire, n'apparaisse finalement comme un encouragement à la rébellion et donc à la déstabilisation de leur pays. Ce sont là les raisons principales qui justifient l'absence du statut de combattant dans les conflits armés non internationaux. Mais cet état du droit présente l'inconvénient de ne pas inciter les rebelles à respecter le droit international humanitaire, dans la mesure où, même s'ils se conformaient au droit des conflits armés, ils ne bénéficieraient pas du statut de combattant et seraient, par conséquent, pénalement jugés du simple fait de leur participation aux hostilités armées, sauf en cas d'accord spécial signé à cet effet entre eux et les autorités gouvernementales. C'est l'une des raisons qui expliquent le caractère anarchique, voire apocalyptique, des conflits armés internes où sont commis presque systématiquement les crimes les plus graves dont les auteurs sont parfois des enfants-soldats.

### ***B. – La participation massive des enfants-soldats, des terroristes et des mercenaires aux conflits armés internes diffus***

L'observation de l'évolution des conflits armés fait constater que les conflits armés internes sont devenus plus nombreux que les conflits armés internationaux. Ces conflits armés internes sont de moins en moins organisés, de plus en plus anarchiques, et de plus en plus diffus. Ils se transforment généralement en guerre totale, c'est-à-dire la guerre de tous contre tous où le principe de distinction entre « personnes civiles protégées » et « personnes participant aux hostilités » devient inopérant.

Selon Michel Deyra, « la multiplication des conflits armés non internationaux dans la seconde moitié du vingtième siècle est due, à la fois, au blocage stratégique induit par la dissuasion nucléaire, et à la montée sans précédent des pulsions communautaires dans les États multinationaux, qui sont devenus alors victimes de pulsions de morcellement, de conflits identitaires, de guerres civiles<sup>68</sup> ». Allant

68. M. DEYRA, *L'essentiel du Droit des conflits armés*, Paris, Gualino, coll. « Carrés Rouge », 2002, p. 19.

dans le même sens, le rapport d'information de l'Assemblée nationale française du 4 décembre 2019, précise que, « depuis 1949, les conflits ont sensiblement évolué. Ils sont tendanciellement plus longs, et s'inscrivent dans des cycles de violence où les conflits à proprement parler succèdent à des phases de tensions plus sporadiques. Ils sont devenus en majorité non internationaux et, surtout, leurs victimes sont désormais majoritairement des civils<sup>69</sup> ». Il est vrai qu'en dehors des deux guerres mondiales<sup>70</sup>, les conflits armés non internationaux sont devenus plus longs, plus chaotiques, et plus meurtriers que les conflits armés internationaux<sup>71</sup>. En effet, les conflits armés internes atteignent rapidement des centaines de milliers de morts. Certains d'entre eux avoisinent ou dépassent les deux millions de morts tandis que la guerre civile en République démocratique du Congo a même atteint les cinq millions de mort<sup>72</sup>. Le spectacle qu'ils offrent

69. M. BROTHERTON et J. F. MBAYE, *Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits*, synthèse du rapport d'information, commission des Affaires étrangères, *JORF*, Documents, Assemblée nationale, n° 2484, 4 décembre 2019, p. 9.

70. Les pertes en vies humaines de la Première Guerre mondiale sont estimées à environ 9,5 millions, essentiellement des militaires, C. LESTIENNE, *Le Figaro*, 11 novembre 2014, [<https://www.lefigaro.fr/histoire/centenaire-14-18/2014/11/11/26002-20141111ARTFIG00038-la-premiere-guerre-mondiale-en-10-chiffres.php>], consulté le 4 mai 2020. Le nombre de morts de la Seconde Guerre mondiale est situé entre 40 et 60 millions, dont plus de la moitié était des civils, *L'Obs*, 1<sup>er</sup> septembre 2019, [<https://www.nouvelobs.com/monde/20190901.OBS17813/80-ans-apres-le-declenchement-de-la-guerre-le-president-allemand-demande-pardon-aux-polonais.html>], consulté le 4 mai 2020.

71. Par exemple, la première guerre du Golfe contre l'Irak (août 1990 à février 1991) n'a fait que 450 morts, du côté de la coalition, et entre 30 000 et 100 000 victimes directes irakiennes, *Le Monde diplomatique*, Manière de voir, n° 120, décembre 2010-janvier 2011, [<https://www.monde-diplomatique.fr/mav/120/A/46973>]. La guerre russo-géorgienne d'août 2008 aurait fait 1 008 morts, *Courrier international*, 14 août 2009, [<http://www.courrierinternational.com/breve/2009/08/14/bilan-humain>], consulté en février 2020.

72. C'est le cas des génocides rwandais et cambodgien et des conflits au Soudan et en République démocratique du Congo. D'après l'enquête diligentée en 2000 par le gouvernement rwandais et dont les résultats ont été publiés en 2001, le nombre de morts est estimé à 1 074 017, *La Croix*, 20 décembre 2001, [[https://www.la-croix.com/Archives/2001-12-20/Le-chiffre-1-074-017-tel-est-le-nombre-des-victimes-du-genocide-de-1994-au-Rwanda-\\_NP\\_-2001-12-20-147515](https://www.la-croix.com/Archives/2001-12-20/Le-chiffre-1-074-017-tel-est-le-nombre-des-victimes-du-genocide-de-1994-au-Rwanda-_NP_-2001-12-20-147515)]. Les victimes du génocide cambodgien sont estimées à 2 000 000 morts, *La Croix*, 24 novembre 2009, [[https://www.la-croix.com/Actualite/Monde/Du-genocide-aux-proces-des-Khmers-rouges-\\_NG\\_-2009-11-24-569201](https://www.la-croix.com/Actualite/Monde/Du-genocide-aux-proces-des-Khmers-rouges-_NG_-2009-11-24-569201)]. Le conflit au Soudan aurait fait 2 millions de morts environ, *Courrier international*, 11 février 2011, [<https://www.courrierinternational.com/breve/2011/02/11/des-combats-font-16-morts-au-sud-soudan>]. Le conflit en République démocratique du Congo aurait fait, entre août 1998 et avril 2007, plus de 5 400 000 morts selon le rapport 2007 de l'*International Rescue Committee* (IRC) : « *Mortality in the Democratic Republic of Congo* », [<https://www.rescue.org/country/democratic-republic-congo>], consulté le 6 mai 2020.

est souvent effroyable : le massacre d'hommes, de femmes, d'enfants et de vieillards est souvent généralisé pour des raisons politiques, économiques ou identitaires (ethniques, culturelles ou religieuses).

L'une des caractéristiques majeures des conflits armés internes actuels est la participation massive des personnes civiles, dont notamment des enfants-soldats, mais aussi des terroristes et des mercenaires.

Concernant la participation massive des populations civiles aux hostilités armées, on observe particulièrement l'implication des enfants-soldats. On peut citer les cas des conflits en République démocratique du Congo, au Soudan, au Soudan du Sud, en Sierra Leone, au Libéria. Toutefois, le phénomène n'est pas une spécificité africaine. On les retrouve un peu partout dans le monde : aux États-Unis lors de la guerre de Sécession<sup>73</sup>, en France lors de la Première Guerre mondiale<sup>74</sup>, dans l'ex-Union soviétique<sup>75</sup> et en Allemagne national-socialiste<sup>76</sup> lors de la Seconde Guerre mondiale, en Afghanistan (1979-1988), en Algérie (1954-1960), en Colombie (1948-2010), en Sierra Leone (1991-2002), au Libéria (1989-2003), en Tchétchénie (1994-2000), au Liban (1975-1990), au Tchad (1966-1987), au Kosovo, en ex-Yougoslavie (1990-2000), etc.<sup>77</sup> Il y a quelques 300 000

73. D. M. KEESEE, *Too Young to Die. Boy Soldiers of the Union Army 1861-1865*, Huntigton, Blue Acorn Press, 2001 ; É. C. BISHOP, *Ponies, Patriots and Powder Monkeys: A History of Children in America's Armed Forces, 1776-1916*, Del Mar, Bishop Press, 1982.

74. St. AUDOIN-ROUZEAU, *La guerre des enfants. 1914-1918. Essai d'histoire culturelle*, Paris, Armand Colin, 1993 ; du même auteur, *L'enfant de l'ennemi. 1914-1918*, Paris, Aubier, 1995.

75. O. KUCHERENKO, *Little Soldiers. How Soviet Children Went to War. 1941-1945*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2011, 266 p.

76. G. KNOPP, *Hitlers Kinder*, Munich, Bertelsmann, 2000 ; N. STARGARDT, « Jeux de guerre. Les enfants sous le régime nazi », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2006/1, n° 89, p. 61-76.

77. Sur l'épineuse question des enfants-soldats, voir l'imposante étude pour le compte des Nations-Unies de G. MARCHEL, « *Promotion et protection des droits des enfants. Impact des conflits armés sur les enfants* », Doc. off. AG. NU, 51<sup>e</sup> session, Doc. NU. A/51/306 (1996) ; G. DHÔTEL, *Les enfants dans la guerre*, Paris, Milan, 1999.

enfants-soldats dans le monde<sup>78</sup> dont plus de 120 000 en Afrique<sup>79</sup>. Selon l'article 1<sup>er</sup> de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable<sup>80</sup> ». Or l'interdiction de l'enrôlement des enfants de moins de quinze ans dans les groupes armés ou forces armées et de leur participation aux conflits est consacrée aussi bien par les Conventions de Genève<sup>81</sup> et les Protocoles additionnels<sup>82</sup>, que par la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989<sup>83</sup>. La violation de ces dispositions est constitutive de crime de guerre<sup>84</sup>.

Par ailleurs, on observe aussi la participation accrue des terroristes aux conflits armés comme on a pu le constater en Lybie, en Syrie, au Yémen, au Mali, avant même l'internationalisation de ces conflits. Or les actes de terrorisme<sup>85</sup> sont interdits par le droit des

78. Rapport A/55/442 du Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU, chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, 3 octobre 2000, p. 4. Selon le rapport A/61/275 du 17 août 2006 du Représentant spécial pour les enfants et les conflits armés, il y a plus de 2 millions d'enfants tués dans les situations de conflit armé, 6 millions qui se retrouvent handicapés à vie et plus de 250 000 encore exploités dans les conflits armés (p. 4). Le rapport de 2009 n'a pas noté d'améliorations significatives. Les rapports sont disponibles à cette adresse : <https://childrenandarmedconflict.un.org/virtual-library/>.

79. M. MALAGARDIS, « Enfants-soldats, le mal africain », *Libération*, 20 juin 2001, p. 8.

80. Autrement dit, un enfant est une personne âgée de moins de dix-huit ans. Toutefois, cela n'empêche pas les États de fixer dans leurs lois nationales, un seuil supérieur ou inférieur à celui fixé par la Convention. La définition d'un « enfant » peut donc varier d'un pays à un autre.

81. Art. 14, § 1, de la Convention IV de Genève.

82. Art. 77, § 2, du Protocole I additionnel et art. 4, § 3, du Protocole 2 additionnel.

83. Art. 38, §§ 2 et 3.

84. Art. 8, § 2, e), vii), du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) et art. 4, c), du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. C'est sous le chef de crime d'enrôlement d'enfant de moins de quinze ans dans le conflit congolais que Thomas Lubanga a été condamné par la CPI à quatorze ans de prison le 10 juillet 2012. Voir G. AÏVO, « La protection des femmes et des enfants dans les conflits armés », in St. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *Justice et solidarité dans la société internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 99-122.

85. Jean Salmon définit le terrorisme comme un « fait illicite de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus, agissant à titre individuel ou avec l'approbation, l'encouragement, la tolérance ou le soutien d'un État, contre des personnes ou des biens, dans la poursuite d'un objectif idéologique, et susceptible de mettre en danger la paix et la sécurité internationales », J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1081.

conflits armés, aussi bien dans les conflits internationaux<sup>86</sup> que non internationaux<sup>87</sup>. De tels actes sont qualifiés d'infractions graves au droit des conflits armés<sup>88</sup>, c'est-à-dire de crimes de guerre, par les Statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda de 1994<sup>89</sup>, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone de 2002<sup>90</sup> et de la Cour pénale internationale de 1998<sup>91</sup>.

Enfin, quant aux mercenaires, il convient de rappeler qu'ils sont définis par l'article 47, § 2, du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève comme suit :

- 2) Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne :
  - a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;
  - b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ;
  - c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang ou une fonction analogue dans les forces armées de cette Partie ;
  - d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ;
  - e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et
  - f) qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.

Il ressort de cette définition que le mercenaire est caractérisé par trois éléments : la motivation financière de sa participation aux hostilités, le caractère privé et personnel de son engagement et l'absence de lien de nationalité avec les parties au conflit. On a pu observer que les mercenaires sont présents dans les conflits en Sierra Leone<sup>92</sup>

86. Art. 51, § 2, du Protocole I.

87. Art. 4, § 2, d) et art. 13, § 2, du Protocole II.

88. Pour une analyse approfondie du terrorisme dans les situations de conflit armé, voir H. TIGROUDJA, « Quels droit(s) applicable(s) à la "guerre au terrorisme" ? », *Ann. fr. dr. intern.*, vol. 48, 2002, p. 81-102 ; Y. SANDOZ, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes », in J.-Fr. FLAUSS (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 41-77 ; J.-C. MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; D. CUMIN, « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, p. 11-30.

89. Art. 4, § 1, d).

90. Art. 3, § 1, d).

91. Art. 8, § 2, b), i) et c), i).

92. La SMP sud-africaine *Executive Outcomes*.

et en Lybie<sup>93</sup>.

Le statut de combattant n'existant pas dans les conflits armés non internationaux, alors ces différentes catégories de participants à ces conflits peuvent être considérées comme des combattants irréguliers, c'est-à-dire des combattants de fait et non de droit. Toutefois, l'article 3 commun et le Protocole II additionnel applicables à ces types de conflits accordent un minimum de protection humanitaire et de garanties judiciaires aux personnes qui y participent<sup>94</sup>.

Mais, en réalité, dans ces conflits diffus, anarchiques et intermittents, les autorités gouvernementales refusent souvent d'appliquer les dispositions de l'article 3 commun et du Protocole II, en déniaient la réalité de la situation de conflits armés internes<sup>95</sup>. Elles préfèrent appliquer leurs lois pénales en traitant tous les membres des groupes rebelles comme des criminels, des mercenaires ou des terroristes, qui doivent être sévèrement réprimés. Cela contribue à la radicalisation des positions des groupes rebelles, à l'exacerbation de la crise et à la difficulté de conclure un accord de paix.

---

93. La SMP russe *Wagner*.

94. L'article 3 commun aux Conventions de Genève dispose à cet effet que « les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue ». Voir, également, les articles 4, 5 et 6 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève.

95. Y. SANDOZ, Ch. SWINARSKI et B. ZIMMERMANN (dir.), *op. cit.*, p. 1349.

## Conclusion

En somme, les nouvelles tendances de conflits armés sont caractérisées par l'apparition de nouveaux acteurs et de nouvelles méthodes. Ces conflits sont plus diffus, plus intermittents et plus meurtriers, avec la banalisation de la pratique de la guerre totale et de la terreur, faisant plus de victimes civiles et affectant durablement le développement socioéconomique des pays affectés<sup>96</sup>.

Dans ces types de conflits, le respect et l'application du droit international humanitaire par les parties belligérantes relève d'un défi pour les États, les organisations internationales et le Comité international de la Croix-Rouge. Il apparaît donc nécessaire que des solutions innovantes soient trouvées aux problèmes que pose la participation des combattants irréguliers aux conflits armés, notamment dans les conflits armés internes internationalisés et les conflits armés non internationaux. Outre les solutions relatives aux accords spéciaux entre belligérants et à la promotion de l'amnistie, il est essentiel de trouver une alternative au refus catégorique du statut de combattant dans les conflits armés non internationaux. Et l'auteur des présentes lignes a déjà eu l'occasion de proposer, au bénéfice des combattants irréguliers qui respectent le DIH, le statut de « combattant irrégulier légal<sup>97</sup> » comme un moyen de combler l'absence du statut de combattant dans les conflits armés internes et de rationaliser de tels conflits, sans pour autant mettre sur le même piédestal juridique les membres des groupes armés rebelles et les membres des forces armées étatiques.

---

96. G. Aïvo, « Le développement à l'épreuve des conflits armés en Afrique », in *SFDI, Colloque de Lyon. Droit international et développement*, Paris, Pedone, 2015, p. 291-304 ; G. Aïvo, « L'impact des conflits armés et du terrorisme sur le développement socio-économique de l'Afrique », *Ann. afric. dr. intern.*, vol. 21, 2017, p. 271-291.

97. Pour plus de détails sur ces solutions et surtout sur les contours, le contenu et les effets juridiques du statut de « combattant irrégulier légal », voir G. Aïvo, *Le statut de combattant dans les conflits armés non internationaux*, op. cit., p. 367-455.

## La Cour pénale internationale et l'Afrique

Paul VERMA VERMA

La perpétration de crimes les plus graves qui affectent la communauté internationale ont conduit celle-ci à se doter d'un appareil juridictionnel apte à assurer la répression de ces atrocités. La Cour pénale internationale (ci-après « la Cour », « la CPI ») a été instituée à cette fin. Depuis l'entrée en vigueur de son Statut en 2002, le Procureur affilié à cette juridiction répressive a ainsi pu ouvrir des enquêtes sur de nombreuses situations qui ont été le théâtre de crimes relevant de sa compétence. L'immense majorité de ces enquêtes portent sur des infractions commises sur le continent africain. Cet état de choses continue d'alimenter le discours satyrique tenu depuis un peu près d'une décennie par les États de ce continent à l'égard de la Cour qu'il convient d'exposer.

La CPI est accusée de mener une politique pénale aux relents impérialistes en portant une attention soutenue aux crimes commis en Afrique<sup>1</sup>. Cette diatribe prend racine dans le nombre important de situations sous enquête menées sur ce continent. Dix situations sur douze se rapportent à des États africains que sont la République démocratique du Congo, la République centrafricaine, le Mali, la Côte d'Ivoire, l'Ouganda, le Burundi, le Kenya, le Soudan et la Libye. L'afrocentrisme de la CPI est vertement dénoncé par les États de ce continent en particulier à travers l'Union africaine (ci-après « l'UA »), tribune de dénonciation collective des écarts de la Cour sur le continent. La thèse de la partialité de la Cour est entretenue par l'impuissance, voire l'inertie coupable dont elle ferait montre à l'égard des dérives criminelles imputables aux ressortissants de grandes puissances<sup>2</sup>. Les rapports entre la CPI et les États-Unis, en particulier, sont une caisse de résonance de cette thèse. Prompte à

1. A. SIDIKI DIOMANDÉ, « La Cour pénale internationale : une justice à double vitesse ? », *RDPI*, 2012, p. 1016-1019 ; F. MÉGRET, « Cour pénale internationale et néocolonialisme : au-delà des évidences », *Études internationales*, mars 2014, vol. 45(1), p. 29-30, [<https://doi.org/10.7202/1025115ar>].

2. F. MÉGRET, « Cour pénale internationale et néocolonialisme : au-delà des évidences », préc., p. 29-30.

ouvrir des enquêtes sur le continent africain, la Cour se montrerait moins encline à mener des poursuites contre des personnalités américaines<sup>3</sup>.

Les poursuites judiciaires menées contre des chefs d'État en exercice confortent la lecture néocolonialiste de la Cour. Leur pouvoir de neutralisation serait révélateur de la compromission de la capacité des États africains à s'autodéterminer. Aussi, les mandats d'arrêt émis contre le Président Omar el-Béchar et la comparution de Uhuru Kenyatta sont interprétés comme une atteinte à la souveraineté des États que chacune de ces personnalités représente<sup>4</sup>.

La réalité de l'afrocentrisme de la Cour fait cependant débat. Il apparaît difficile de considérer la CPI comme un instrument de domination dans la mesure où le personnel de cette juridiction est très largement composé de ressortissants d'États africains<sup>5</sup>. Le cosmopolitisme des acteurs qui animent cette organisation internationale semble ainsi laisser très peu de place à la thèse d'une institution exclusivement à la solde de l'Occident, destinée à nuire à l'indépendance du continent africain. De même, les États d'Afrique sont eux-mêmes à l'origine d'une concentration des affaires sur ce continent. De nombreuses situations sous enquête ont été déferées par ces États. Les saisines africaines de la Cour seraient, au demeurant, révélatrices de son instrumentalisation<sup>6</sup>.

Le caractère aporétique du discours critique tenu sur la juridiction répressive de La Haye n'édulcore pas l'intérêt que les États d'Afrique

3. L'image d'une Cour à deux vitesses est retranscrite dans le discours tenu par l'ancien Président de la Commission de l'UA, Jean Ping, lors du seizième Sommet de l'organisation à Malabo (juin-juillet 2011). Il déclarait notamment que « premièrement nous sommes pour la lutte contre l'impunité, nous ne sommes pas pour l'impunité [...]. Pourquoi il n'y a personne d'autre à juger que des Africains ? C'est la question que l'on se pose. Il y a eu des problèmes au Sri Lanka, il [le procureur Luis Moreno-Ocampo] n'a pu rien faire. Il n'a pas osé. Il y a eu des problèmes à Gaza (Palestine) comme vous le savez, il n'a pu rien faire, il y a eu des situations comme ce qui se passe en Irak où, sur la base de mensonges, il y a eu un demi-million de morts, il n'a rien fait. Nous sommes contre la manière dont la justice est rendue avec lui [Luis Moreno-Ocampo], on dirait que c'est seulement en Afrique qu'il y a des problèmes » : « Justice internationale : le coup de poing de Ping contre la CPI », cité par B. A. KADER, « L'africanisation de la justice pénale internationale entre motivations politiques et juridiques », *Rev. québ. dr. intern.*, vol. 1-1, 2017, hors-série décembre 2017 – Études de certains grands enjeux de la justice internationale pénale, p. 152, note 46.

4. Conférence de l'Union africaine, Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale, 12 octobre 2013, Ext/Assembly/AU/Dec.1, §§ 4-6.

5. F. MÉGRET, « Cour pénale internationale et néocolonialisme : au-delà des évidences », préc., p. 30-31.

6. *Ibid.*, p. 32-33.

portent à la problématique de la riposte à l'impérialisme supposé, voire postulé de cette Cour. Bien au contraire, elle est au cœur des discussions tenues au sein des plus hautes instances de l'organisation panafricaine. À la veille de la première Conférence de révision du Statut de Rome de 2010, la Conférence de l'UA a adopté une décision qui ébauche les linéaments de la réponse à l'acharnement de la CPI<sup>7</sup>. L'organe de l'organisation panafricaine réédite cette initiative en 2013 tout en étendant l'éventail des moyens d'opposition à la politique pénale de la Cour<sup>8</sup>. Encore assez récemment, la Conférence a exhorté les membres de l'organisation régionale à appliquer les actions qu'elle recommande aux fins de lutter contre l'afrocentrisme de la CPI<sup>9</sup>. De l'association du sentiment de défiance envers la Cour au moyen d'expression de celui-ci émerge, en première saisie, une politique juridique extérieure « africaine ». Des accusations de partialité, servant de substrat à cette politique, peuvent être, assez aisément, déduites sa finalité : édulcorer, voire annihiler l'attrait de la CPI pour les crimes commis sur le continent africain. Dans le contexte où « le champ d'application du Statut de Rome a pour épice centre l'Afrique<sup>10</sup> », la réalisation d'une telle politique de rejet de la Cour peut considérablement la fragiliser, par la compromission de sa mission et par l'atteinte à sa crédibilité. Aussi paraît-il nécessaire d'examiner les modalités de riposte des États africains vis-à-vis de la CPI, d'en apprécier l'efficacité et l'efficacé.

L'accrétion des affaires africaines devant la CPI, depuis la dénonciation de son attitude néocolonialiste présumée, autorise à formuler le postulat hypothétique du succès très relatif de la politique de rejet de la Cour. Ce postulat peut se vérifier au travers de l'examen des actions menées contre la Cour, lesquelles semblent dessiner un mouvement gradué, échelonné. D'une part, l'objection des États africains à l'attitude discriminante de la CPI prend la forme d'une riposte discrète, mesurée, car tournée essentiellement vers la réformation du droit interne de cette organisation internationale (I). D'autre part, cette résistance est plus expressive lorsqu'elle traduit la volonté de faire obstruction à la mission dévolue à la Cour (II).

7. Assembly of African Union, Decision on the report of the second meeting of States parties to the Rome Statute on the International Criminal Court, 31 January-2 February 2010, Assembly/AU/Dec.270(XIV).

8. Conférence de l'UA, Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale, 12 octobre 2013, Ext/Assembly/AU/Dec.1.

9. Conférence de l'UA, Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale, 9-10 février 2020, Assembly/AU/Dec.789(XXXIII).

10. J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « La perspective de retrait des États africains du Traité de Rome », in *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme, Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 268.

## I. – La résistance larvée de l’Afrique face à la Cour

Diluer l’intérêt que la Cour porte sur les crimes perpétrés en Afrique suppose la capacité de tirer profit des normes constitutives de l’ordre juridique de cette organisation internationale. En l’état actuel du droit interne de cette organisation internationale, la latitude des États africains à instrumentaliser ces normes est très étroite, voire inexistante. Ils vont, par conséquent, tenter d’obtenir que certaines règles encadrant l’exercice de la compétence de cette juridiction soient en phase avec leurs convenances. Seulement, cette tentative semble vouée à l’échec (A). On ne peut en dire autant des règles de procédure au cœur des critiques adressées à la Cour. Si les États africains parties au Statut de Rome sont parvenus à obtenir qu’ils soient aménagés, cette modification reste toutefois modeste (B).

### A. – La tentative stérile de modification de normes relatives à l’exercice de la compétence de la Cour

Deux stipulations du Statut de Rome méritent, selon les États africains, une adaptation à leurs vues. L’une a une propriété neutralisante tandis que l’autre a un effet permissif. La première est l’article 16 qui confère au Conseil de sécurité des Nations Unies (ci-après « CSNU ») le pouvoir de suspendre une enquête en cours devant la CPI. Certains États tiers au Statut ont pu efficacement s’en prévaloir et faire ainsi obstacle à des poursuites judiciaires contraires à leurs intérêts<sup>11</sup>. La seconde est l’article 27, § 1, qui prévoit que la qualité officielle de l’auteur d’un crime relevant de la compétence de la Cour ne fait pas obstacle à des poursuites dirigées contre lui. Pour chacune de ces stipulations, les États africains se proposent d’y consacrer une réécriture qu’il convient ici d’exposer.

Dans l’éventualité d’une énième révision du traité Rome, l’Afrique du Sud a proposé d’introduire, au nom de l’ensemble des États africains parties à cette convention internationale<sup>12</sup>, deux paragraphes

11. J. FERNANDEZ, *La politique juridique extérieure des États-Unis à l’égard de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, 2010, p. 463-490.

12. La Conférence de l’UA n’a d’ailleurs pas manqué de le relever dans sa décision adoptée lors de sa quatorzième session ordinaire tenue à Addis Abeba (Éthiopie) le 2 février 2010. Elle proclame notamment que « WELCOMES the submission by the Republic of South Africa, on behalf of the African States Parties to the Rome Statute of the ICC of a proposal which consisted of an amendment to Article 16 of the Rome Statute in order to allow the United Nations (UN) General Assembly to defer cases for one (1) year in cases where the UN Security Council would have failed to take a decision within a specified time frame ». Decision on the Report of the Second Meeting of States Parties to the Rome Statute on The International Criminal Court, Assembly/AU/Dec.270(XIV), § 5.

supplémentaires à l'actuel article 16. Ces paragraphes sont libellés de la façon suivante :

- 2) Un État compétent pour connaître d'une situation soumise à la Cour peut demander au Conseil de sécurité de saisir la Cour, dans les conditions du paragraphe 1 ci-dessus.
- 3) Si le Conseil de sécurité ne se prononce pas au sujet de la requête de l'État dans les six (6) mois à compter de la réception de ladite requête, l'État requérant peut demander à l'Assemblée générale des Nations Unies d'assumer, conformément à la résolution 377 (V) de l'Assemblée, la responsabilité qui incombe au Conseil au titre du paragraphe 1 ci-dessus<sup>13</sup>.

L'amendement proposé vise à formaliser la pratique consistant à inciter le CSNU à exercer le pouvoir de suspension des enquêtes menées par le Procureur de la Cour. Cela dit, le recours à cette pratique s'est révélé très peu productif pour les États africains. Ils ont en de multiples occasions tenté d'obtenir que l'organe onusien exerce le pouvoir qu'il tient de l'article 16. Ces initiatives sont toutefois restées lettre morte<sup>14</sup>. Tout l'enjeu de la modification de l'article 16 du Statut réside par conséquent dans la déconstruction du monopole du CSNU sur l'exercice de ce pouvoir de suspension. L'amendement porté par l'Afrique du Sud étend le cercle des titulaires de ce pouvoir à l'Assemblée générale des Nations unies (ci-après « AGNU ») qui pourrait se montrer plus réceptive à une demande visant à différer l'enquête menée par le Procureur de la CPI sur une situation donnée. La configuration de l'organe plénier des Nations Unies peut accroître les probabilités de succès d'une telle entreprise. En effet, il est composé, non seulement d'États Parties au Traité de Rome qui sont assez critiques à l'égard de la Cour, mais en plus, il compte dans ses rangs des États tiers au même traité qui montrent aussi de l'hostilité à l'égard de la CPI. L'adoption d'un tel amendement conférerait aux États concernés la possibilité d'infléchir l'acharnement judiciaire dont ils sont victimes.

La modification de l'article 27 du Statut participerait également de cet infléchissement. Elle sera suggérée par le Kenya qui souhaite relativiser la règle de l'inopposabilité de l'immunité en cas de poursuites devant la CPI. Le caractère absolu de cette règle a conduit à la mise en accusation de dirigeants africains dont le mandat était en cours. Or de telles mises en accusation sont perçues comme une

13. Rapport du groupe de travail sur les amendements, ICC-ASP/13/31, 8-17 décembre 2014.

14. Assembly/AU/Dec.270(XIV), préc., § 10 ; Conférence de l'UA, Décision sur la mise en œuvre de décisions de la Conférence relatives à la cour pénale internationale, 30 juin-1<sup>er</sup> juillet 2011, Assembly/AU/Dec. 366(XVII), § 3.

atteinte grave portée à la souveraineté des États que ces agents représentent. Le Kenya, qui est porteur de la proposition d'amendement à l'article 27, aura lui-même fait l'expérience de l'inculpation de son plus haut dirigeant. En 2013, la Cour a en effet autorisé l'émission d'une citation à comparaître contre le Président nouvellement élu Uhuru Kenyatta. C'est pourquoi cet État Partie au Statut de Rome souhaite obtenir que l'article 27 du Statut ne s'applique pas aux hauts responsables étatiques dont le mandat est en cours<sup>15</sup>. Cette initiative est vivement encouragée par l'UA<sup>16</sup>.

Ces propositions de modification du Statut sont étudiées au sein du Groupe de travail sur les amendements (ci-après « GTA ») qui ne semble pas y porter une attention soutenue. Cet organe interne de la CPI a souligné que « [les différentes délégations qui en sont les membres] ont convenu que seules les propositions bénéficiant d'un large appui ou, de préférence, d'un consensus, seraient transmises à l'Assemblée pour examen, conformément au mandat du Groupe de travail<sup>17</sup> ». Or les propositions formulées par les États africains sont clivantes. Aucune d'entre elles n'a, pour l'heure, été portée à l'attention de l'Assemblée des États Parties (ci-après « l'AEP »). En vertu de l'article 24 de la Charte des Nations unies, qui confère au CSNU la responsabilité première du maintien de la paix, l'article 16 du Statut a été élaboré sur le postulat de l'action exclusive de cet organe onusien dans les activités de la Cour. Cette stipulation du Statut de Rome procède de la volonté des membres permanents du CSNU de s'arroger le droit de contrôler les activités de la CPI<sup>18</sup>. Aucun État africain n'étant membre permanent de l'organe onusien, leur initiative tendant à la « démocratisation » du recours à l'article 16 du Statut ne bénéficie pas de l'appui indispensable à sa traduction dans la réalité. De même, la proposition de modification de l'article 27 est rejetée par plusieurs délégations qui jugent inopportune la réécriture de cette disposition fondamentale<sup>19</sup>. Les crimes

15. La proposition d'amendement du Kenya suggère d'introduire un paragraphe supplémentaire à la structure actuelle de l'article 27. Cette proposition est libellée comme suit : « Nonobstant les paragraphes 1 et 2 ci-dessus, les chefs d'État en fonctions, leurs suppléants et toute personne exerçant ces fonctions, ou habilitée à exercer ces fonctions, peuvent être exemptés de poursuites pour la durée de leur mandat restant à courir. Cette exemption peut être renouvelée par la Cour dans les mêmes conditions ». Voir Rapport du Groupe de travail sur les amendements, ICC-ASP/13/31, décembre 2014, p. 16.

16. Ext/Assembly/AU/Dec.1., préc., § 10, VI et VII.

17. Rapport du Groupe de travail sur les amendements.

18. S. A. NDIAYE, *Le Conseil de sécurité et les juridictions pénales internationales*, thèse, université d'Orléans, 2011, p. 344-347.

19. Rapport du Groupe de travail sur les amendements, ICC-ASP/13/31, préc., § 12.

de masse étant bien souvent commis avec le concours de l'appareil d'État, la règle de l'inopposabilité de l'immunité en cas de poursuite judiciaire est la condition *sine qua non* à la réalisation de la justice pénale internationale<sup>20</sup>. Assortir cette règle de quelques exceptions que ce soit menacerait l'effectivité de la CPI. Faute de rallier d'autres membres de l'AEP, les propositions d'amendements africaines portant sur les règles de compétence sont vouées à rester cantonnées à de simples déclarations d'intention. Il semble toutefois en aller autrement lorsqu'il s'agit des normes procédurales pourfendues par ces États.

### **B. – Les modiques amendements aux règles de procédure controversées**

L'affaire *Uhuru Kenyatta* a révélé « l'iniquité » de certaines règles de procédure dans le contexte de la poursuite d'un dirigeant dont le mandat est en cours. Elle a conduit à la mise en accusation d'un chef d'État en exercice tenu, conformément à l'article 63, § 1, du Statut de Rome, de comparaître physiquement à son procès et qui, dans le même temps, devait s'acquitter de ses obligations constitutionnelles en vertu du droit interne. Cette situation dilemmatique, du moins en apparence, a conduit le président inculpé à introduire une demande tendant à le dispenser d'assister continûment à son procès. Favorablement accueillie par la Chambre de jugement dans un premier temps<sup>21</sup>, cette demande sera par la suite reconsidérée par cette même Chambre qui la rejettera en définitive<sup>22</sup>.

Ce revirement est vertement critiqué par les autorités kenyanes et par l'UA qui soulignent une atteinte à la souveraineté de l'État dont l'accusé est le plus haut représentant. En requérant la présence physique de l'accusé durant son procès, la CPI empêcherait les dirigeants africains dont les mandats sont en cours de s'acquitter de leurs charges en vertu du droit interne de leur pays. Aussi, le gouvernement kenyan a formulé le souhait d'obtenir que l'article 63 du Statut de Rome soit amendé. Cette modification vise à dispenser un accusé d'assister continûment à son procès lorsque des « circonstances ex-

20. J.-B. JEANGÈNE VILMER « Introduction : Union africaine *versus* Cour pénale internationale. Répondre aux objections pour et sortir de la crise », *Études internationales*, 2014, vol. 45(1), p. 9-10, [<https://doi.org/10.7202/1025114ar>].

21. *The Prosecutor v/ Uhuru Muigai Kenyatta*, Trial Chamber V(B), Decision on Defence Request for Conditional Excuse from Continuous Presence at Trial, 18 October 2013, ICC-01/09-02/11.

22. *The Prosecutor v/ Uhuru Muigai Kenyatta*, Trial Chamber V (B), ICC-01/09-02/11, Decision on the Prosecution's motion for reconsideration of the decision excusing Mr Kenyatta from continuous presence at trial, 26 November 2013.

ceptionnelles » le permettent. En contrepartie, l'absence de l'accusé sera palliée par des mesures de remplacement, telles que des changements apportés au calendrier du procès, des ajournements provisoires, ou l'assistance de l'accusé à son procès par le truchement de moyens de technologies de la communication ou la représentation d'un conseil<sup>23</sup>. La requête du Kenya ne sera que partiellement suivie d'effets. Certes, elle n'entraînera pas de modifications du Statut, mais conduira à l'insertion de trois dispositions supplémentaires dans le Règlement de procédure et de preuve<sup>24</sup> (ci-après « RPP »). Les règles 134 *bis*, 134 *ter* et 134 *quater* consacrent la possibilité pour un accusé de s'absenter durant des audiences relatives à son procès, laquelle est assortie de mesures de remplacement pouvant compenser cette

23. La proposition d'amendement du Kenya vise à réécrire l'article 63, § 2, du Statut de la façon suivante : « Nonobstant l'article 63, alinéa (1), l'accusé peut être dispensé d'être continûment présent à la Cour lorsque la Chambre a établi l'existence de circonstances exceptionnelles et si des mesures de remplacement ont été mises en place et prises en considération, en incluant sans s'y limiter les changements portés au calendrier du procès, les ajournements provisoires, la présence au moyen des technologies de la communication ou la représentation par un conseil.

(2) L'absence d'un accusé répondant à ces conditions sera considérée au cas par cas, et limitée à ce qui est strictement nécessaire.

(3) La Chambre de première instance n'accèdera à cette demande que si elle a pu établir l'existence des circonstances exceptionnelles, si les droits de l'accusé sont à tous égards garantis en son absence, en particulier sa représentation par un conseil, et si l'accusé a expressément renoncé à son droit d'être présent à son procès ». Voir Rapport du Groupe de travail sur les amendements, ICC-ASP/13/31, New-York, 8-17 décembre 20

24. AEP, Amendement au Règlement de procédure et de preuve, ICC-ASP/12/Res.7, 27 novembre 2013.

absence<sup>25</sup>. Ces nouvelles dispositions ne remettent cependant pas en question le principe de la présence de l'accusé durant son procès. Elles le rappellent d'ailleurs dans une formule empruntée de la jurisprudence de la CPI<sup>26</sup>, suivant laquelle « l'absence [de l'accusé] doit être limitée au strict nécessaire et ne saurait devenir la règle ».

La revendication visant à soustraire les dirigeants africains en exercice de l'obligation de comparaître physiquement n'est que très relativement satisfaite. Les règles inscrites dans le RPP à la suite de l'énoncé de cette revendication, et qui consacrent les hypothèses de l'absence de l'accusé à une partie de son procès, sont marquées du

25. *« Règle 134 bis – Comparution au moyen d'une liaison vidéo*

1. Un accusé faisant l'objet d'une citation à comparaître peut demander par écrit à la Chambre de première instance l'autorisation de comparaître au moyen d'une liaison vidéo pendant une ou plusieurs parties de son procès.
2. La Chambre de première instance statue sur la demande au cas par cas, compte dûment tenu de l'objet des audiences en question.

*Règle 134 ter – Dispense de comparution au procès*

1. Un accusé faisant l'objet d'une citation à comparaître peut demander par écrit à la Chambre de première instance de lui accorder une dispense et de l'autoriser à être uniquement représenté par un conseil pendant une ou plusieurs parties de son procès.
2. La Chambre de première instance ne fait droit à la demande que si elle est convaincue que :
  - a) il existe des circonstances exceptionnelles justifiant une telle absence ;
  - b) d'autres mesures, comme la modification du calendrier du procès ou un bref ajournement du procès, seraient inadéquates ;
  - c) l'accusé a explicitement renoncé à son droit d'être présent au procès ; et
  - d) les droits de l'accusé seront pleinement garantis en son absence.
3. La Chambre de première instance statue sur la demande au cas par cas, compte dûment tenu de l'objet des audiences en question. L'absence doit être limitée au strict nécessaire et ne saurait devenir la règle.

*Règle 134 quater – Dispense de comparution au procès en raison de fonctions publiques extraordinaires*

1. Lorsqu'un accusé faisant l'objet d'une citation à comparaître est tenu d'exercer des fonctions publiques extraordinaires au plus haut échelon national, il peut demander par écrit à la Chambre de première instance de lui accorder une dispense et de l'autoriser à être uniquement représenté par un conseil ; il doit être précisé dans la demande que l'accusé renonce explicitement au droit d'être présent au procès.

2. La Chambre de première instance examine la demande rapidement et, si d'autres mesures se révèlent inadéquates, elle fait droit à la demande dès lors qu'elle estime que cela sert les intérêts de la justice et pour autant que les droits de l'accusé soient pleinement garantis. La décision est prise compte dûment tenu de l'objet des audiences en question et peut être reconsidérée à tout moment ».

26. *The Prosecutor v/ William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Appeal Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled « Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial », 25 October 2013, ICC-01/09-01/11 OA 5, § 63.

sceau de l'exceptionnalisme. La jurisprudence des Chambres de la Cour participe de cette dernière en accueillant favorablement la demande de dispense formulée par l'accusé qu'en de très rares hypothèses. Dans l'affaire *Kenyatta*, la Chambre de première instance souligne que la qualité officielle de l'accusé ne saurait *per se* l'exempter d'assister à son procès. Elle juge, par ailleurs, que seule une infime minorité d'audiences peuvent, à la discrétion de la Chambre, se dérouler en l'absence de l'accusé, lequel reste tenu de participer personnellement à l'immense majorité des audiences qui jalonnent son procès<sup>27</sup>.

Les États africains sont, ironiquement, les instigateurs d'un réaménagement procédural sur lequel ils n'ont presque aucune prise. La Cour conserve l'entière maîtrise de l'application des règles relatives à l'absence lors du procès, ce qui, du point de vue des États africains Parties au Statut, peut être considéré comme un *statu quo*. Plus généralement, toute l'opération d'infléchissement de l'afrocentrisme de la CPI par la modification des normes querellées de son ordre juridique est très peu concluante. Les propositions d'amendements africaines ne trouvant que très peu d'écho au sein des organes de la Cour, il n'est donc pas surprenant que le droit interne de cette organisation internationale, en son état actuel, ne corresponde pas aux convenances des États constituant le champ de la présente étude. Aussi usent-ils de moyens d'opposition plus radicaux dans l'optique de faire obstacle à l'acharnement judiciaire dont ils se disent victimes.

## II. – La résistance ostentatoire de l'Afrique face à la Cour

Les actions exprimant l'opposition radicale à la Cour sont nombreuses. Cependant, il importe de faire le départ entre celles qui ne sont qu'hypothétiques, faute de leur traduction dans la réalité (A), de celles qui ont effectivement été entreprises (B).

### A. – *Les actions hypothétiques*

En réaction à la supposée politique pénale impérialiste de la CPI, l'UA a invité ses membres à se retirer du Statut de Rome<sup>28</sup>. Cette exhortation, lourde de conséquences si elle venait à prendre corps, n'est pas unanimement appuyée par les membres de l'organisation panafricaine. Certains États ont exprimé, pour des raisons diverses,

27. *The Prosecutor v/ Uhuru Muigai Kenyatta*, Trial Chamber V (B), ICC-01/09-02/11, préc., § 16.

28. Conférence de l'UA, Décision sur la Cour pénale internationale, Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), 30-31 janvier 2017, § 8.

leur réserve à l'occasion de l'adoption de la décision par laquelle la Conférence de l'UA officialise la stratégie de retrait du traité instituant la Cour. La Zambie, par exemple, s'est montrée réticente à s'associer à la décision de la Conférence de l'UA en invoquant son droit interne. Elle avait soumis la question de son maintien dans le système de Rome à une consultation populaire, laquelle avait conduit à l'adoption d'une loi entérinant le rejet massif du retrait de cet État du Statut de Rome<sup>29</sup>. Il faut dire que cette réticence gagne aussi les rangs des États approuvant la démarche de l'UA et qui voient leur cercle se rétrécir. Alors que la Gambie, l'Afrique du Sud et le Burundi avaient officiellement manifesté leur intention de quitter la CPI<sup>30</sup>, seul le dernier de ces États a franchi un palier supplémentaire en outrepassant la simple déclaration d'intention<sup>31</sup>.

Parallèlement aux velléités de retrait du Traité qui institue la CPI, les États membres de l'UA pensent pouvoir détourner l'attention de la CPI sur les crimes commis en Afrique par l'institutionnalisation d'une « juridiction répressive régionale ». Cette initiative s'est matérialisée par une succession d'amendements apportée aux Statuts des tribunaux de l'UA. Le premier de ces amendements centralise leurs activités au sein d'une seule instance en opérant la fusion entre la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après la « CADHP ») et la Cour de justice l'Union africaine (ci-après la « CJUA »)<sup>32</sup>. Cette association donne naissance à la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme (ci-après la « CAJDH »), constituée de chambres qui héritent des compétences détenues par leurs antécédents. Le nouveau tribunal sera, par conséquent, garant de la conformité du droit dérivé de l'UA à son traité constitutif, veillera au respect du droit de l'organisation régionale par ses membres, et connaîtra des violations des droits humains consacrés dans la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>33</sup>. Les accusations portées à l'encontre de la Cour ont conduit les membres de l'UA à doter la CAJDH d'une chambre avec une compétence pénale qui ferait concurrence, voire éclipserait la juridiction répressive permanente de La Haye. C'est l'objet de l'amendement de Malabo de

29. « Zambia to inform the African Union that it will not pull out of the ICC », *Lusaka Times*, 30 juin 2017, [<https://www.lusakatimes.com/2017/06/30/zambia-inform-african-union-will-not-pull-icc/>].

30. *Ibid.*, § 6.

31. « Le Burundi ne fait plus partie de la CPI, mais... », *Jeune Afrique*, 27 octobre 2017, [<https://www.jeuneafrique.com/487486/societe/le-burundi-ne-fait-plus-partie-de-la-cpi-mais/>], consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2020.

32. Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice de l'Union africaine, 1<sup>er</sup> juillet 2008.

33. Statut de la CAJDH, art. 28.

2014<sup>34</sup>.

Cela dit, la soustraction des infractions perpétrées sur le continent africain de la compétence *rationae loci* de la CPI emprunte encore largement au mythe. À ce jour, la CAJDH n'est toujours pas opérationnelle. Sa situation léthargique prend racine notamment dans le défaut de ratifications de son statut nécessaires à son entrée en vigueur. À ce manque de volonté politique, il faut ajouter l'écueil relatif au financement indispensable au fonctionnement du nouveau Tribunal. En effet, la précarité même du budget de l'UA suscite des doutes sur la capacité réelle des instances de cette organisation internationale, ainsi que celle de ses membres, à subventionner la CAJDH<sup>35</sup>.

À supposer que les obstacles à l'effectivité de la nouvelle Cour africaine soient surmontés, la nature des rapports que pourraient entretenir la CAJDH et la CPI laisse subsister des doutes sur la capacité de la première à faire « écran » à la seconde. Les zéloteurs du nouvel organe juridictionnel africain militent pour que sa relation avec la Cour répressive de La Haye se construise sur le principe de complémentarité inscrit dans le Statut de Rome<sup>36</sup>. Cela permettrait de conférer à cette juridiction africaine la primauté dans la poursuite des infractions les plus graves et ébranlerait concomitamment l'intérêt de la CPI pour l'Afrique<sup>37</sup>. Mais le principe de complémentarité est-il seulement applicable dans les rapports entre ces deux tribunaux ? Rien n'est moins sûr ! Ce principe apparaît comme le corollaire de l'obligation pour les États de réprimer les crimes internationaux, laquelle est une composante de leur souveraineté<sup>38</sup>. Or la CAJDH n'est pas un tribunal affilié à l'ordre juridique d'un État souverain. Il semblerait, par conséquent, que la nouvelle cour africaine soit vouée à tisser une relation horizontale avec la CPI<sup>39</sup>, typique des

34. Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme, 27 juin 2014.

35. R. BEN ACHOUR, « L'Union africaine, les États africains et la Cour pénale internationale : méfiance et défiance », in M. A. MEKOUAR et M. PRIEUR (dir.), *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 1176-1177.

36. M. MUBIALA, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. L'élargissement du mandat de la Cour africaine de justice des droits de l'Homme aux affaires de droit international pénal », *Rev. intern. dr. pén.*, 2014/3, vol. 85, p. 756-758.

37. *Ibid.*

38. Ph. KIRSH, « La Cour pénale internationale face à la souveraineté des États », in A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, p. 31-37.

39. G. F. EYENGA SEKE, « La régionalisation du droit international pénal : "une résistance à la justice internationale pénale" », in *La souveraineté pénale de l'État au XXI<sup>e</sup> siècle*. Colloque de Lille, SFDI, Paris, Pedone, p. 421-425.

rapports qu'entretiennent les juridictions de l'ordre juridique international entre elles. Sa compétence ne pouvant prévaloir sur celle de la CPI, la CAJDH ne pourrait, par conséquent, remettre en question l'aptitude de la juridiction de La Haye à connaître des crimes commis sur le territoire d'un État donné.

Le Protocole instituant la CAJDH semble se réduire à un instrument ayant une simple valeur incantatoire, laquelle peut difficilement renverser l'afrocentrisme de la CPI. Cela étant, les États africains s'en remettent à des actions plus spontanées dans l'optique de parvenir à leur fin.

### **B. – Les actions entreprises**

Les États d'Afrique désavouent la Cour principalement à travers leur refus de lui apporter l'assistance indispensable à l'exécution de sa mission. Ce refus n'est pas systématique toutefois, les États africains se montrant habituellement disposés à coopérer dès lors qu'ils ont eux-mêmes saisi la Cour<sup>40</sup>. Dans cette hypothèse, la juridiction répressive universelle est perçue comme le succédané d'un système juridictionnel national inapte à assurer la répression d'infractions internationales. La CPI devenant ainsi le seul rempart contre l'impunité, les États africains n'ont d'autre alternative que de lui apporter une franche collaboration à défaut de pouvoir juger eux-mêmes les auteurs de ces crimes. À l'inverse, toute saisine « extra-africaine »<sup>41</sup> de la Cour suscite des réticences de la part de ces États à coopérer lorsqu'elle est suivie de poursuites judiciaires supposément orientées.

Le défaut d'exécution des mandats d'arrêt émis à l'encontre de l'ancien président Omar el-Béahir est ainsi interprété comme l'opposition à la politique pénale « impérialiste » du Procureur de la CPI. Pourtant considéré comme un paria de la société internationale, le chef de l'État soudanais a opéré plusieurs visites diplomatiques dans d'autres États d'Afrique, lesquels ont sciemment rejeté les demandes de remise du suspect qui leur ont été adressées.

Un premier refus de procéder à l'arrestation de Omar el-Béahir a été opposé par le Malawi et le Tchad, alors même que le suspect a

---

40. J. MOUANGUE-KOMBILA, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *Cahiers Thucydide*, n° 10, février 2012, p. 13-17.

41. *Ibid.*, p. 17-49.

réalisé des visites officielles sur leurs territoires en 2010<sup>42</sup>. Les gouvernements de ces États ont tenté de justifier la légalité de leur refus de coopérer en invoquant des arguments qui emportent difficilement la conviction.

Ils s'appuient notamment sur l'article 98 du Statut de Rome qui affranchit exceptionnellement un État requis de son obligation de remettre un suspect lorsque ce dernier jouit de l'immunité en vertu du droit international<sup>43</sup>. La CPI a eu l'occasion de souligner l'illicéité du refus de coopérer des autorités malawites et tchadiennes. Elle a relevé, d'une part, que l'article 98 du Traité de Rome invoqué par ces États requis entraine en conflit avec l'article 27-1 du même texte, en vertu duquel l'immunité de l'auteur présumé d'une infraction internationale ne saurait faire obstacle à son arrestation et que, d'autre part, cette dernière stipulation prendrait l'ascendant sur le premier compte tenu de la mission dévolue à la Cour<sup>44</sup>. Si l'illicéité du refus de coopérer est hors de doute, le raisonnement suivi par la Cour afin de parvenir à cette conclusion n'est toutefois pas exempt de critiques. La supériorité qu'elle confère à l'article 27 sur l'article 98, qui ne repose que sur le bien-fondé de sa création, peut laisser perplexe dans la mesure où il s'agit de deux normes qui ont la même source. De même, cet article 27 n'est pas opposable aux États tiers au Traité de Rome<sup>45</sup>. Un État Partie au Statut de la CPI ne pourrait *a priori* procéder à l'arrestation de l'agent d'un État tiers comme le Soudan. Néanmoins, il semblerait qu'au-delà des apparences, les autorités malawites et tchadiennes demeureraient tenues de déférer Omar el-Béchir à la Cour en dépit de la non appartenance du Soudan à la communauté d'États Parties au Statut de 1998. L'obligation de coopérer qui pèse sur elles tire, en l'espèce, son fondement du Statut de Rome et de la résolution 1593 par laquelle le CSNU défère

42. CPI, *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09, Rectificatif à la décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011 ; CPI, *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 13 décembre 2011.

43. *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09, préc., §§ 13-15 ; *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire I, ICC-02/05-01/09, préc., § 12.

44. *Ibid.*, §§ 23-45 ; §§ 13 et 14.

45. B. TRANCHANT, « Les immunités des États tiers devant la Cour pénale internationale », *RGDIP*, 2013, p. 646.

la situation soudanaise à la CPI. Cette résolution édicte l'obligation pour tous les États, sans distinction aucune, d'apporter leur collaboration à la juridiction de La Haye<sup>46</sup>. Dans le contexte de la situation au Soudan, le conflit de normes oppose désormais l'article 98 du Statut de Rome à la disposition de la Résolution 1593 du CSNU se référant à l'obligation de coopérer. Cette dernière devrait être appliquée au détriment de l'article 98 du Traité de 1998 car, en vertu de l'article 103 de la Charte des Nations unies, les obligations qu'elle édicte prévalent sur toute autre obligation contraire supportée par les États. Or la primauté du droit de la Charte des Nations unies s'étend aussi aux normes édictées par les résolutions du CSNU<sup>47</sup>.

Pour se libérer de l'obligation d'arrêter l'ancien président soudanais, les autorités malawites et tchadiennes invoquent au surplus le droit de l'UA. Cette organisation régionale a pris plusieurs décisions indiquant qu'aucune poursuite ne peut être engagée devant un tribunal international contre un chef d'État ou de gouvernement en exercice<sup>48</sup>. De telles décisions ne pouvaient cependant être appliquées en l'espèce. Leur contrariété avec le droit onusien implique qu'elles doivent être écartées au profit de l'obligation de coopération qui pèse sur ces États en application de l'article 103 de la Charte de l'organisation mondiale. Aussi, à défaut de légitimer l'inexécution des mandats d'arrêt émis à l'encontre du chef d'État soudanais, l'invocation du droit de l'UA par le Malawi et le Tchad traduit-elle l'alignement de ces États requis sur les positions hostiles de l'organisation régionale à l'égard de la Cour. Il convient de re-

46. Résolution 1593 (2005), S/RES/2005, § 2.

47. CIJ, *Questions d'interprétations et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c/ États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, § 42.

48. Conférence de l'UA, *Décision sur la mise en œuvre de la décision, Assembly/AU/Dec.270 (XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)*, 27 juillet 2010, Assembly/AU/Dec. 296(XV), § 5.

lever que Djibouti<sup>49</sup>, l'Ouganda<sup>50</sup> et l'Afrique du Sud<sup>51</sup>, États sur le territoire desquels le suspect s'est rendu, adhérent au projet de rejet des poursuites dirigées contre Omar el-Béchir, et qui, sous couvert de leur obéissance au droit de l'UA, se sont abstenus d'exécuter les mandats d'arrêt émis à l'encontre de l'intéressé.

Cela dit, depuis l'éviction de Omar el-Béchir du pouvoir, l'interdit qui faisait obstacle à son arrestation semble avoir perdu tout intérêt. Les nouvelles autorités soudanaises se sont dites disposées à transférer le suspect à la Cour<sup>52</sup>, un rebondissement duquel affleure la précarité de l'opposition à la CPI par le refus de coopérer. Les contingences politiques propres à chaque État étant susceptibles d'en altérer la constance, cette méthode d'objection à la Cour se profile comme un instrument à l'effectivité aléatoire, et dont l'efficacité se trouve marquée d'un fort coefficient d'incertitude.

Face à l'afrocentrisme de la Cour dénoncé par les États africains, ceux-ci ne lui opposent qu'une riposte apathique, veule. Cette riposte n'est réduite jusqu'à maintenant au déploiement de moyens d'objection dont l'effectivité fait défaut ou à l'efficacité aléatoire. La menace de la compromission de la mission de la Cour, dont l'essentiel de l'activité se concentre sur le continent africain, reste donc une perspective assez lointaine. Cela dit, cette situation n'est pas irréversible. Les tensions entre la Cour et les membres de l'UA restent assez vives, comme en témoigne la rémanence de la thématique de l'opposition de la Cour au sein des plus hautes instances de l'organisation régionale. Aussi paraît-il judicieux de se demander s'il est permis d'espérer une « normalisation » des relations entre la CPI et les États du continent africain.

49. CPI, *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire II, ICC-02/15-01/09, Décision invitant la République de Djibouti à présenter des observations concernant le manquement à son obligation d'arrêter Omar Al Bashir et de le remettre à la Cour, 17 mai 2016.

50. CPI, *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire II, ICC-02/05-01/09, Décision prenant acte de la non-exécution par la République de l'Ouganda de la demande d'arrestation et de remise d'Omar Al Bashir à la Cour et renvoyant la question au Conseil de sécurité de l'ONU et à l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome, 11 juillet 2016.

51. CPI, *Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Chambre préliminaire II, ICC-02/05-01/09, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir, 6 juillet 2017.

52. M. MALAGARDIS, « Soudan : Omar El Béchir sur le Chemin de La Haye », *Liberation*, 11 février 2020, [[https://www.liberation.fr/planete/2020/02/11/soudan-omar-el-bechir-sur-le-chemin-de-la-haye\\_1778093](https://www.liberation.fr/planete/2020/02/11/soudan-omar-el-bechir-sur-le-chemin-de-la-haye_1778093)], consulté le 15 février 2020.

La réponse à cette question semble de prime abord négative au vu du mouvement de régionalisation du droit international pénal amorcé au niveau africain et qui, faute de marquer une véritable distanciation avec le système de Rome, traduit du moins la volonté de s'en écarter. Mais, « régionalisation » n'est peut-être pas synonyme de rupture totale avec le droit international. À ce compte, le professeur Stéphane Doumbé-Billé faisait d'ailleurs observer que « ce n'est pas là, la moindre des qualités que revêt la régionalisation, que de donner du droit international public un point de vue moins lointain assurément, moins abstrait peut-être »<sup>53</sup>. Il serait appréciable que les revendications africaines s'inscrivent dans le droit fil de cette pertinente observation au risque de compromettre la vocation universaliste du droit international pénal portée par la CPI. Dans le même temps, ces revendications devraient être prises à bras le corps au sein d'une instance appropriée telle que l'AEP de la CPI. La nécessité de sauvegarder l'universalité qu'incarne le droit de cette juridiction répressive internationale commande, à notre sens, de la mettre en dialectique avec les revendications sus évoquées. C'est peut-être à cette condition qu'il sera permis d'augurer une normalisation des rapports de la Cour avec les États africains.

---

53. St. DOUMBÉ-BILLÉ (coord.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Cahiers de droit international », 2012, 424 p., p. 17.



# **L'œuvre africaine de Stéphane Doumbé-Billé : la sentinelle du droit public et du droit de l'environnement**

Ibrahima LY

## **Avant-propos**

La présente communication sur l'œuvre africaine de Stéphane Doumbé-Billé est faite au nom du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement (RAFJE) que nous avons eu l'honneur de représenter à la cérémonie d'hommage du 13 février 2020. Il s'agit donc d'une tentative de synthèse des contributions des différents membres du réseau en vue de retracer son œuvre africaine et de lui rendre hommage.

## **Éléments introductifs**

La nouvelle de la disparition de Stéphane Doumbé-Billé, le 7 janvier 2020, a été un choc pour toute la communauté universitaire et principalement pour les membres du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement (RAFJE) dont il était l'un des principaux animateurs. Il est difficile de présenter l'homme sans mettre en avant ses qualités de juriste africain de renommée internationale.

Notre rencontre avec Stéphane date de 1990. C'était à l'occasion du colloque sur le droit de l'environnement organisé à Limoges, en novembre 1990, par l'UICN et le CRIDEAU de l'Université de Limoges. Ce fut pour nous l'occasion de faire la connaissance de l'homme en même temps que d'autres éminents juristes de l'environnement tels que Michel Prieur, Cyrille de Klemm, Maurice Kamto, Mohamed Ali Mekouar, Wolfgang et Françoise Burhenne, entre autres. Cette rencontre avait été possible grâce à l'appui financier de l'UICN, qui avait permis de prendre en charge notre séjour en tant

que jeune doctorant en droit de l'environnement<sup>1</sup>. Les liens entamés depuis lors avec Stéphane n'ont jamais cessé de s'affermir et de se consolider au double plan personnel et professionnel.

Malgré toute sa carrière universitaire en France, Stéphane a su nous accueillir avec tous les membres du réseau en tant qu'amis dans son pays le Cameroun<sup>2</sup>, mais il est aussi resté le Camerounais bon teint qui n'a jamais renié ses origines.

Il a gardé de solides relations avec la communauté universitaire dans son ensemble, notamment les doctorants en droit, dont il suivait et corrigeait les travaux malgré sa santé qui déclina assez vite. Il aimait séjourner en Afrique où il se plaisait et ne se lassait guère de recevoir enseignants et chercheurs lors de ses différents séjours pour des enseignements, des colloques ou des participations à des jurys de thèse.

Nous ne pouvons pas citer de manière précise toutes les universités où il a été invité, mais ces dernières conviendront d'une chose : Stéphane ne se limitait pas simplement à donner ses enseignements et à repartir, mais il s'impliquait à fond sur toutes les questions d'enseignement et de recherche universitaires, en apportant ses conseils et suggestions lorsque cela lui était demandé.

Il était consultant des institutions de nombreux pays africains, membre fondateur de la SADE<sup>3</sup>, membre du conseil d'administration du CIDCE<sup>4</sup>, membre actif du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement (RAFJE), président du comité scientifique de la RADE<sup>5</sup>.

Il était donc la sentinelle du droit en donnant toujours son avis, en enseignant, en rectifiant et rappelant les principes et règles à respecter pour le droit public et le droit de l'environnement. Pour tenter de donner les grandes lignes de son œuvre africaine, on pourrait examiner tour à tour : sa contribution à la mise en place et à l'animation du Réseau de l'Afrique Francophone des juristes de l'Environnement (I) ; sa contribution à la formation et à la recherche

1. Nous voudrions rendre un hommage posthume à feu Françoise Burhenne de l'UICN, qui avait personnellement accepté, sur demande du doyen de la faculté de droit de l'UCAD de prendre en charge notre séjour à ce colloque en tant que jeune doctorant en droit de l'environnement travaillant sur un sujet proche du thème du colloque.

2. Ce fut notamment le cas en 2001, lors du colloque du Réseau Droit de l'environnement, organisé dans les locaux de l'université de Yaoundé 1 avec le doyen Maurice Kamto et toute la grappe des juristes francophones.

3. Société africaine de droit de l'environnement.

4. Conseil international de droit comparé de l'environnement (CIDCE).

5. *Revue africaine de droit de l'environnement*.

universitaire en Afrique (II) ; son expertise juridique au service des institutions nationales, régionales et internationales sur le continent africain (III).

## **I. – Contribution à la mise en place et à l'animation du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement**

Cette contribution se situe à deux niveaux : d'une part, en tant que membre fondateur et membre du conseil d'administration de la Société africaine de droit de l'environnement, d'autre part, en tant que membre fondateur de la *Revue africaine de droit de l'environnement* (RADE), puis président de son comité scientifique.

### **A. – Membre fondateur et membre du conseil d'administration de la Société africaine de droit de l'environnement (SADE)**

#### *1. – Son rôle actif avec d'autres membres fondateurs*

Il a été membre fondateur de la SADE, en 1990, avec d'autres éminents juristes africains tels que les professeurs Maurice Kamto et Ali Mekouar<sup>6</sup>. Nous avons eu la chance de participer à cette première réunion, tenue en marge du colloque de Limoges.

Les idées de Stéphane étaient toujours en avance lors des discussions de finalisation du texte de création. Cette rencontre a d'ailleurs été l'occasion de jeter les bases fondatrices du droit de l'environnement en Afrique. Parmi les questions majeures discutées figuraient, entre autres, celles de la nature juridique de la SADE, des modalités de son enregistrement sous la forme d'association, du choix du pays de l'enregistrement, et, surtout, du contenu des droits et obligations des membres qui vont adhérer et des objectifs de protection de l'environnement. Il faut dire que les discussions sur ces questions ont permis, en même temps, aux différents participants africains de faire meilleure connaissance et de tisser les bases des relations futures.

#### *2. – Ses propositions pour la SADE*

La création de la SADE en 1990 a été l'une des premières occasions de discussion sur les questions du droit de l'environnement

6. Les statuts de la Société africaine de droit de l'environnement (SADE) ont été discutés en novembre 1990 à Limoges, en marge du colloque organisé par l'UICN et le CRIDEAU.

par des juristes francophones<sup>7</sup>. De ce point de vue, on pourrait parler, à l'époque, de la première rencontre des juristes précurseurs du droit de l'environnement en Afrique.

Stéphane faisait partie de ceux qui avaient des ambitions fortes pour la SADE<sup>8</sup> :

- Faire de la SADE un creuset de vulgarisation du droit de l'environnement en Afrique : il considérait que la SADE devait aller au-delà de ses objectifs statutaires, en prenant en compte les nécessités de l'enseignement et de la recherche en droit de l'environnement en Afrique ;
- Faire de la SADE un cadre et un acteur du développement des pays africains : en d'autres termes, les propositions et recommandations de la SADE devraient être des outils d'aide à la décision pour les pouvoirs publics africains.

Les péripéties de mise en place de la SADE vont conduire plus tard à la création du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement, avec, cette fois, l'approche prenant en compte la spécificité des pays francophones. Cette étape va permettre la création de la *Revue africaine du droit de l'environnement* (RADE).

**B. – Contribution active à la création et à l'animation du RAFJE, en tant que membre fondateur de la Revue africaine de droit de l'environnement et président de son comité scientifique**

*1. – Participation à la création, l'animation et la formalisation du RAFJE*

Il n'est pas exagéré de dire que Stéphane a été l'un des membres les plus actifs du RAFJE. En plus de faire partie des membres fondateurs, il était la sentinelle qui veillait constamment à la bonne animation du RAFJE. Les profils diversifiés des membres du réseau et les différentes activités permettaient d'avoir un champ d'animation touchant aux différents secteurs de l'enseignement et de la recherche, mais aussi de désigner des interlocuteurs valables auprès de certains organismes d'appui et de financement, tels que l'IFDD

7. La majorité des participants à cette réunion constitutive de la SADE en 1990 était composée de professeurs d'université ; on notait aussi la présence de quelques doctorants et professionnels de l'environnement.

8. En 1990, le droit de l'environnement en Afrique était encore dans ses premiers balbutiements, et les idées forces sur la protection de l'environnement émanaient principalement du législateur et de quelques doctrinaires.

ou l'OIIF ou l'AUF, en leur confiant des missions ponctuelles bien précises. Sur ces différentes actions, lorsqu'il était sollicité par les membres du réseau, Stéphane apportait ses suggestions pertinentes en concertation avec ses autres collègues.

En outre, il présentait toujours ses idées novatrices et conciliaires au coordonnateur Yacouba Savadogo, et à tous les membres, lorsqu'il fallait discuter des modalités de formalisation du réseau malgré certains points de vue divergents<sup>9</sup>. Cette formalisation était indispensable pour rendre les échanges plus utiles. Le problème de la formalisation concernait toutes actions susceptibles de donner une meilleure visibilité au RAFJE, en mettant à jour la liste de ses membres, en discutant des propositions d'amélioration des échanges au sein du RAFJE, la recherche des financements et surtout la lancinante question du choix du pays d'enregistrement des statuts du RAFJE<sup>10</sup>.

## 2. – *Participation à la création de la RADE et présidence de son comité scientifique*

Les publications scientifiques sont l'une des principales activités du RAFJE. Stéphane a été l'un des initiateurs et fondateurs de la *Revue africaine de droit de l'environnement*, dont il fut, avec la confiance de tous ses membres, le président du comité scientifique. En tant que support de vulgarisation des activités et publications du RAFJE, la *RADE* constitue un important outil du droit de l'environnement en Afrique francophone.

Les numéros suivants ont été publiés, depuis 2012 :

- Numéro 0 (année 2013): numéro de lancement de la RADE ;
- Numéro 01 (année 2014) : publication des actes du premier colloque international sur le droit de l'environnement en Afrique (Abidjan, 29-31 octobre 2013) ;
- Numéro 02 (année 2014) : publication d'un numéro sur l'Accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur exploitation ;
- Numéro 03 (année 2018) : publication des actes du deuxième colloque international sur le droit de l'environnement en Afrique

9. Les divergences de points de vue étaient d'ailleurs inévitables et tout à fait normales, lorsqu'il s'agissait de donner des arguments contradictoires pour faciliter la bonne animation du réseau.

10. Question dont la discussion avait été entamée au moment de la création de la SADE en 1990.

(Rabat, 25-27 juillet 2016) ;

— Numéro 04 (année 2019) : publication d'un numéro sur l'entrée en vigueur et la mise en œuvre de la Convention de Maputo, relative à la conservation de la nature et des ressources naturelles en Afrique.

Les difficultés inhérentes à l'animation d'une revue scientifique ne semblaient guère décourager Stéphane qui participait toujours, de manière efficace et pertinente, et malgré sa maladie, aux activités du comité scientifique. Il bénéficiait pour cela du soutien de tous les autres membres dudit comité.

Pour lui rendre hommage, le prochain numéro de la *RADE* (numéro 5 de l'année 2020) aura pour thème « la protection de l'environnement par les juridictions africaines : avancées nationales et régionales ».

## **II. – Contribution à la formation et à la recherche universitaires en Afrique**

Un enseignant-chercheur a pour principale qualité l'écoute et le partage. En tant que professeur d'université, Stéphane ne se lassait jamais de transmettre ses connaissances en matière de droit et de science politique, et surtout de faire du partage des connaissances sa ligne de conduite. Il a gardé la même attitude aussi bien dans l'enseignement et la promotion du droit en Afrique que dans l'encadrement et le suivi des travaux des doctorants.

### **A. – L'enseignement et la promotion du droit en Afrique**

1. – *La diversité des matières enseignées (droit public général, droit international public, droit de l'environnement, entre autres)*

Nous ne pouvons pas établir avec exactitude la liste de toutes les universités où il a dispensé des enseignements, mais on peut risquer une brève énumération.

Stéphane a été professeur invité à :

- l'université Senghor d'Alexandrie ;
- la faculté de droit d'Abomey-Calavi de Cotonou ;
- la faculté des sciences juridiques et politiques de l'université Cheikh Anta Diop Dakar ;

- la faculté de droit de l'université de Douala ;
- la faculté de droit de l'université de Lomé ;
- l'université du Caire et l'université Ain Shams (Le Caire) ;
- la faculté de droit de l'université Ouaga II ;
- la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis-Carthage ;
- la faculté de droit de l'université de Yaoundé II et l'Institut des relations internationales de Yaoundé.

Dans toutes ces universités, il allait très souvent bien au-delà de ce que l'on attendait d'un professeur invité, en profitant de ses séjours pour rencontrer des doctorants ou animer une conférence à l'occasion<sup>11</sup>.

## 2. – *L'animation des colloques et conférences doctorales*

On peut affirmer que c'est là qu'il était le plus à l'aise, en profitant de la présence de nombreux participants pour échanger et discuter avec des arguments forts sur les thématiques et les nouveaux enjeux du droit de l'environnement. Nous citerons les colloques auxquels nous avons participé à ses côtés :

- colloque de Limoges (novembre 1990) : comme indiqué plus-haut, c'était notre première rencontre, et l'occasion pour moi de faire la connaissance d'autres juristes de l'environnement ;
- colloque Droit de l'environnement de l'AUF, organisé à Dakar, sur le thème « Vers un droit de l'environnement urbain » (1996). Ce colloque était le premier abrité par l'université Cheikh Anta Diop<sup>12</sup>, à l'organisation duquel Stéphane et l'équipe de Dakar ont activement participé ;
- colloque de Tunis sur « Les industries agroalimentaires et la protection de l'environnement » (1998) ;
- colloque de Yaoundé (juin 2001) : Stéphane a été le premier à réclamer durant ce colloque des indicateurs fiables pour évaluer

11. À l'université Cheikh Anta Diop de Dakar, toutes les fois qu'il venait pour siéger dans des jurys de thèse, son séjour était prolongé pour rencontrer les doctorants, à leur demande, ou pour animer une conférence.

12. En novembre 1996, je rentrais de Limoges après un séjour d'un an en tant que boursier d'excellence de l'AUF au CRIDEAU, auprès du professeur Michel Prieur et de son équipe. Le projet de recherche portait sur l'analyse comparative du droit des installations classées en France et au Sénégal.

le droit de l'environnement ;

— premier colloque de droit de l'environnement du RAFJE (Abidjan, 2013) ;

— colloque de Rabat sur le droit de l'environnement en Afrique (2016) ;

— colloque de Dakar sur le Pacte mondial pour l'environnement du 4 au 5 mai 2018, sur le thème « L'Afrique s'engage pour la planète », en présence du Président de la République du Sénégal Macky Sall et de Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel français ; le professeur Martin Ndende, qui a participé à cette conférence comme expert, a rendu un vibrant hommage à Stéphane pour sa brillante et magistrale communication ;

— conférence doctorale au LERPDES à Dakar, le 12 mai 2018, sur le thème « La Cour internationale de justice et la protection internationale de l'environnement ».

Il avait le talent de proposer des synthèses de colloques acceptées par tous.

## **B. – L'encadrement et le suivi des travaux des doctorants**

### *1. – Direction et codirection des thèses de doctorat en droit*

Plusieurs doctorants ont eu la chance d'être encadrés par Stéphane dans plusieurs universités. Les sujets sont variés et portent sur presque toutes les thématiques du droit public et du droit de l'environnement. On peut citer, sans être exhaustif :

— La protection communautaire de l'environnement dans le cadre de l'UEMOA (2019) ;

— Souveraineté étatique et protection de l'environnement (2019) ;

— Le contentieux de l'environnement devant la Cour internationale de justice (2018) ;

— L'exploitation des hydrocarbures et la protection de l'environnement en République du Congo : essai sur la complexité de leur rapport à la lumière du droit international (2018) ;

— Le droit international face aux défis énergétiques contemporains (2017) ;

- Microfinance et développement durable : étude de l'encadrement de la microfinance par le droit du développement (2016) ;
- L'interaction entre la *Lex sportiva* nationale et la *Lex sportiva* internationale : réflexion à partir du cas du Cameroun (2016) ;
- L'Organisation des Nations unies et la protection de l'environnement (2016) ;
- L'Accord général sur le commerce des services et les pays en développement : dimension juridique, enjeux de développement (2015) ;
- La codification du droit des organisations internationales : étude des travaux de la Commission du droit international relatifs aux projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (2014) ;
- La négociation des conventions internationales dans le domaine de la protection de l'environnement : contribution à l'évaluation des déterminants juridiques, économiques et politiques (2014) ;
- L'Union africaine et la promotion de la paix, de la sécurité et de la stabilité en Afrique (2014) ;
- La protection de l'État d'accueil dans l'arbitrage CIRDI (2014) ;
- Recherches sur les relations entre les droits de l'homme et l'environnement en droit international (2014) ;
- Le rôle du droit international dans l'émergence d'un État palestinien : difficultés et limites (2014) ;
- Les relations entre l'Union européenne et l'Organisation des Nations Unies : essai d'analyse juridique de la dynamique relationnelle entre les deux institutions (2014) ;
- Les aspects juridiques de la lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN) au Sénégal (2014) ;
- Médiation et démocratisation : essai sur une nouvelle technique de stabilisation de pouvoir en Afrique noire francophone (2014) ;
- La difficile gestation d'un droit du littoral au Sénégal (2012)<sup>13</sup>.

---

13. On peut regretter que certains doctorants n'aient pas pu soutenir leur thèse dans les délais académiques requis.

## 2. – *Présidence et participation à des jurys de thèse*

Il a présidé plusieurs jurys de thèses en droit public (droit constitutionnel et science politique ; droit international et relations internationales ; droit de l'environnement). Il n'est pas superflu de rappeler que ses présidences ne consistaient pas simplement en une répartition formelle du temps de parole aux membres des jurys, mais plutôt à un véritable dialogue avec les candidats et à des critiques constructives.

Les mêmes remarques sont valables pour sa participation en tant que membre des autres jurys. Qu'il s'agisse de sujets portant sur le droit public général ou le droit de l'environnement, les occasions ne lui manquaient jamais pour demander des clarifications et des ajustements au moment des discussions ; il traduisait par-là sa volonté d'aider le candidat à produire un document final de qualité. La position de président ou de membre de jury peut donner plus de marges de manœuvres en face du candidat que celle de directeur de thèse ; mais cela n'est valable que pour les universités africaines car, en France, les directeurs des thèses ne jouent plus un rôle très actif dans les jurys de soutenance.

Pour les thèses en droit de l'environnement, on note une nette mise en évidence des questions environnementales majeures contemporaines.

## III. – **Expertise juridique au service des institutions nationales, régionales et internationales sur le continent africain**

L'Université n'était pas le seul champ d'intervention de Stéphane en Afrique, fort heureusement. Il faisait aussi bénéficiaire de son expertise les gouvernements africains (appui à la rédaction ou à la réforme législative), ainsi que les nombreuses organisations régionales et internationales. Outre son travail de consultant, juriste international reconnu et respecté par tous, il a produit d'autres travaux dans différents domaines du droit de l'environnement.

### A. – *Expertises juridiques de Stéphane en Afrique*

De nombreux gouvernements africains et institutions régionales l'ont sollicité pour recueillir ses avis et son expertise comme consultant sur des réformes législatives et réglementaires, des programmes et projets de recherche en droit de l'environnement. On peut présenter une liste non exhaustive de ces pays avec les domaines d'intervention :

- Burkina Faso ; formation sur la Convention sur la diversité biologique (Ouagadougou) ;
- Cameroun : mise en œuvre des conventions multilatérales sur l'environnement et respect du droit international de l'environnement ;
- Comores : droit de l'environnement ; droit forestier ; droit des parcs nationaux ; loi électorale ; loi sur la décentralisation ; organisation judiciaire ;
- Côte d'Ivoire et Liberia : cadre juridique relatif à l'espace transfrontalier du corridor écologique des gorilles de Tai-Sapo ;
- Djibouti : droit de l'environnement ; législation pastorale ;
- Gabon : droit et institutions de la faune ; formation sur l'effectivité du droit de l'environnement (Libreville) ; atelier sur l'application des législations forestières en Afrique centrale (Libreville) ; école d'été sur les politiques, stratégies et législations nationales et les conventions sur les changements climatiques et la biodiversité (Libreville) ;
- Kenya : séminaires sur la révision des législations environnementales en Afrique et sur l'enseignement du droit de l'environnement en Afrique (Nairobi) ;
- Madagascar : révision de la loi forestière en 1996 qui a permis l'adoption de la loi n° 97-017 du 8 août 1997 ;
- Mali : formation de juristes africains sur l'élaboration des textes juridiques dans le domaine de l'environnement (Bamako) ;
- Maurice : droit de l'environnement ; droit des aires marines protégées ;
- Mauritanie : droit forestier et faunique ; législation des oasis ;
- Niger : droit de l'environnement ;
- République centrafricaine : droit des eaux et des sols ;
- RDC : droit de l'environnement ; protection des ressources naturelles en situation de post-conflit ;
- Seychelles : séminaire sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages de leur utilisation (Mahé) ;
- Tchad : droit forestier ;
- COMIFAC : accord sous-régional sur le contrôle forestier en Afrique centrale ;

- Évaluation du PADELIA (Projet sur les législations et les institutions environnementales en Afrique) ;
- Révision de la Convention d'Abidjan de 1981, sur la coopération en matière de protection et de développement du milieu marin et côtier de la région de l'Afrique de l'Ouest, du Centre et du Sud ;
- Expert auprès de la Commission de droit international de l'Union africaine.

### **B. – *Autres travaux de Stéphane sur l'Afrique***

Sans procéder à une classification ou une mise en ordre de ces travaux, on peut juste les présenter comme suit :

- Recherches sur les rapports entre l'État camerounais et ses collectivités locales. Contribution à l'analyse du système administratif camerounais (1984) ;
- Le Cameroun à l'heure de la transition démocratique (1993) ;
- Droit international de la faune et des aires protégées : importance et implications pour l'Afrique (2001) ;
- *Is African development through the New Partnership for Africa's development synonymous with sustainable development?* (2003) ;
- Le droit forestier en Afrique centrale et occidentale : analyse comparée (2004) ;
- La nouvelle Convention africaine de Maputo sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2005) ;
- La Convention révisée sur la conservation de la nature et des ressources naturelles : un cadre nouveau pour le développement intégré du droit de l'environnement en Afrique (collaboration, 2008) ;
- Le droit à l'environnement dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (2006) ;
- La multiplication des organisations régionales en Afrique : concurrence ou diversification ? (2009) ;
- Un quart de siècle de protection des droits de l'homme en Afrique (2009) ;
- *The African Union: Purposes and Principles* (2012) ;
- La déclaration d'indépendance du Biafra (2012) ;

- Droit international et stabilité constitutionnelle en Afrique de l'Ouest (2013) ;
- La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique (2013) ;
- L'Union africaine : objectifs et principes (2013) ;
- Cinquante ans de Constitutions africaines et le droit international (2014) ;
- Regards sur le droit public en Afrique. Mélanges en l'honneur du doyen Joseph-Marie Bipoum-Woum (codirection, 2016) ;
- Le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est-il approprié à sa fonction ? (2017).

### **Conclusions et remerciements**

Est-il possible de conclure une telle présentation sur l'œuvre africaine de Stéphane Doumbé-Billé ? Comment conclure sans oublier certains aspects importants de son œuvre ? La question a toute son importance pour tous ceux qui ont connu l'homme, en particulier ses collègues et amis qui ont travaillé avec lui sur de nombreux dossiers.

Avec la disparition de Stéphane, le RAFJE perd un monument de référence pour le droit de l'environnement en Afrique francophone, et cela, à notre avis, doit être considéré comme un défi pour tous les membres du réseau, et une motivation supplémentaire pour réaliser ce que le défunt n'avait pas pu atteindre de son vivant pour le RAFJE.

Nous ne saurions, enfin, terminer cette présentation sans remercier tout le RAFJE et son coordonnateur Yacouba Savadogo pour nous avoir donné l'occasion de parler en leur nom devant un parterre constitué d'éminents universitaires, de la famille, des parents et amis du défunt. Nous remercions en particulier tous ceux qui ont contribué à fournir des informations utiles (notes de synthèse, photos, références documentaires, publications, messages personnels) pour préparer la communication. Nous voudrions citer :

Mohamed Ali Mekouar  
 Michel Prieur  
 Mahfoud Guezali  
 Martin Ndende  
 Saholy Raminintsaotra

Alassane Ba  
Patrice Talla

Au plan institutionnel, les remerciements seront aussi pour le Centre de droit international et sa directrice, Kiara Neri, avec le soutien de la faculté de droit et de l'EDIEC.

Enfin, les remerciements seront pour la famille de Stéphane qui a traversé ces épreuves avec beaucoup de dignité, et dont la présence au colloque du 13 février 2020 était pour le RAFJE un moment de partage et un motif de satisfaction.

Dakar, le 13 mai 2020

## La Nation fermée ou la « malga-cité » ? Lecture critique du droit malgache de la nationalité

Laurent SERMET

« Dis-moi quel est ton droit, je te dirai qui tu es ! ». Cette équation relationnelle semble s'appliquer à merveille à Madagascar, lecture prise de son droit de la nationalité.

À l'aube de son indépendance<sup>1</sup>, l'État malgache adopte, par ordonnance, un Code de la nationalité, le 22 juillet 1960, avec effet rétroactif au jour de l'indépendance, le 26 juin 1960, consacrant la relation d'immédiateté entre indépendance et nationalité. Pudi-quement, l'exposé des motifs de celle-ci fait état de ce que « la nationalité est essentiellement une nationalité de filiation ». Il ajoute que les règles d'attribution sont déterminées « de façon tout à fait originale pour tenir compte des données démographiques, économiques et politiques malgaches ». L'exceptionnalité malgache repose en effet sur l'importance sublimée du sang comme vecteur d'une identité culturelle propre à la Grande île. Commentant l'ouvrage de René Bilbao<sup>2</sup>, un auteur critique souligne le caractère fermé de la nationalité malgache faisant une application systématique du *Jus Sanguinis*, dont « le but est d'exclure les personnes ayant les caractères physiques des races européennes et asiatiques<sup>3</sup> ».

Curieuse façon de concevoir le rapport à l'autre au XXI<sup>e</sup> siècle, à l'heure des choix globaux, économiques, politiques et sociaux, en creusant l'exclusion de celui qui n'a ni le sang ni la culture. Est-ce un

---

1. La France n'intervint pas, semble-t-il, dans la définition du Code de la nationalité en 1960. Mais elle obtint, par un traité bilatéral, que la situation des San-Mariens soit prise en compte, non pas sous la forme d'une double nationalité au sens strict, mais sous la forme du privilège d'un double rattachement à la France et à la République malgache. Ils furent admis, tout en conservant la nationalité malgache, à exercer sur le territoire de la République française les droits attachés à la qualité de citoyens français. Voir G. CONAC et G. FEUER, « Les accords franco-malgaches », *Ann. fr. dr. intern.*, vol. 6, 1960, p. 859-880, spéc. p. 864.

2. *Le droit malgache de la nationalité*, Paris, Cujas, 1965.

3. Voir P.-F. G., *Rev. intern. dr. comp.*, vol. 18, 1, janvier-mars 1966, p. 284-285, spéc. p. 284. P.-F. G. pour Pierre-François GONIDEC, peut-on estimer.

prélude à une xénophobie institutionnellement favorisée ou, inversement, une réminiscence de modèles antiques de la Nation ? Les chiffres méritent considération : quelques 1 600 personnes seulement auraient été naturalisées depuis 1960<sup>4</sup>.

Le droit international contemporain de la nationalité est traversé d'orientations contradictoires tenant à la pratique de la souveraineté<sup>5</sup>. La coutume internationale ne veut faire reposer aucune contrainte sur l'État, rejetant hors du droit international les règles d'attribution de la nationalité, pour les faire relever de la seule discrétion du droit interne<sup>6</sup>. Ainsi la coutume favorise-t-elle la discrétion de l'État vis-à-vis de sa population. À cet égard, l'État malgache rend bien compte de la coutume internationale et peu importe que son Code de la nationalité soit anachronique, car il n'est pas discutable autrement que sur le terrain de l'opportunité et non du droit. Encore que des éléments de discussion soient possibles sur la base de l'article 7 du Code de l'ordonnance de 1960. Cet article donne, du moins en droit pur, la primauté aux obligations internationales telles qu'acceptées par l'État malgache.

C'est ici l'autre tendance internationale du droit de la nationalité dont il est question : le droit conventionnel éventuellement plus progressiste que la coutume pouvant remodeler les conditions d'octroi de la nationalité. Mais, précisément, Madagascar a dénoncé la Convention de 1954 sur le statut des personnes apatrides (en 1966) et n'a jamais ratifié la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie. Si le droit conventionnel peut jouer, c'est à l'égard des traités sur les droits de l'homme que l'État malgache a acceptés et qui, comme on le verra, ont eu un effet tangible sur la réforme de 2017 fondée sur le cheminement progressif du genre en droit.

La nationalité dépasse la condition individuelle de la personne. En cela, elle est une véritable question de droit public, une question d'identité sociale et politique et finalement un rapport à la et dans la cité. Le terme de « malga-cité », un néologisme qui tente de concilier

4. « Développement : focus sur l'apatridie », *La Gazette de la Grande île*, 13 avril 2018, [<http://www.lagazette-dgi.com/?p=6439>].

5. « Si, d'une manière générale, il est vrai qu'un État souverain ait le droit de déterminer quelles personnes seront considérées comme ses ressortissants, il n'est pas moins vrai que ce principe n'est applicable que sous réserve des engagements conventionnels », CPJI, 15 septembre 1923, *Avis consultatif n° 7, Acquisition de la nationalité polonaise, Rec.*, p. 16.

6. Nationalité et État sont intimement liés. C'est pourquoi toutes matières touchant à la nationalité d'un État sont de sa compétence exclusive. Seul l'État, dont la nationalité est en cause, a compétence pour conférer ou dénier à un individu cette nationalité : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux » (art. 1<sup>er</sup>, Convention de la Haye du 12 avril 1930).

identité malgache et citoyenneté, pourrait exprimer la profonde singularité de la nation malgache dans son rapport politique fortement marqué par la donnée de l'insularité géographique. Il ne s'agit pas ici d'instruire la face intérieure de la citoyenneté malgache, comme l'a conduit la doctrine<sup>7</sup>, en analysant le clivage persistant et instrumentalisé entre Mérimas et Côtiers, mais de jeter les bases d'une réflexion sur la « citoyenneté externe » par opposition à l'Autre : l'étranger. Nous aborderons trois aspects de celle-ci : le projet biopolitique de la nation malgache, les effets du sang selon le sexe et les figures de l'étranger.

### I. – Le projet biopolitique malgache : ni *politeia*, ni *civitas* ?

L'exceptionnalité malgache ne peut se réclamer du modèle grec de citoyenneté, la *politeia*, mais elle s'en rapproche certainement plus que du modèle romain, la *civitas*. Un projet biopolitique est ouvertement à l'œuvre à Madagascar.

Dans la Grèce antique, le monde hellénique s'appréhende par le biais linguistique, culturel et religieux. Il ne se confond pas avec la donnée politique, qui est, si l'on peut dire, infra-hellénique et fondée sur des cités disparates, éventuellement en guerre entre elles (dont la fameuse guerre du Péloponnèse de 431 à 404 avant J.-C., entre deux cités principales, Athènes et Sparte, qui vit, fait invraisemblable, le triomphe de la cité non démocratique). La citoyenneté est de nature politique. Elle est identifiée par le mot grec *politeia*, qui signifie aussi conditions et droits d'un citoyen. *Polis* (cité) et *politeia* ont la même racine linguistique.

Sous aucune civilisation précédente, la cité n'avait joué un tel rôle en politique, en économie et dans le champ social. C'est pour cette raison que la Grèce antique est considérée comme le lieu de naissance de la citoyenneté dans la civilisation occidentale<sup>8</sup>. La relation à la cité fut à l'origine religieuse, selon Fustel de Coulanges dans la *Cité antique*, exprimant l'enracinement dans un lieu, celui des ancêtres et des dieux. Chaque ville eut ses propres dieux dont l'adoration se cantonnait à ses limites et à ses habitants. Il s'agissait principalement de dieux de la terre et de la famille, invoqués pour leur effet protecteur. Avec le temps, l'appartenance à la cité resta limitative mais l'identité religieuse de la cité perdit de son importance, impliquant que seuls ceux qui étaient reconnus comme originaires du lieu, les

7. Fr. RAISON-JOURDE et S. RANDRIANJA (dir.), *La nation malgache au défi de l'ethnicité*, Paris, Karthala, 2002, 443 p.

8. R. F. GORMAN, « Citizenship, Obligation, and Exile in the Greek and Roman Experience », *Public Affairs Quarterly*, vol. 6, n° 1 [Special Issue on Refugees], January 1992, p. 5-22.

autochtones, eussent accès aux droits de la cité et à sa protection.

La *politeia* n'avait pas de signification unique. Elle dépendait du lieu où elle s'exerçait. Vivre dans une cité apportait le bénéfice de la protection et de la sécurité, le réseau de la communauté, le bénéfice du commerce à l'intérieur des murs mêmes de la ville. Mais la citoyenneté signifiait bien d'autres choses et d'abord l'exclusion, étant donné sa réserve aux seuls chefs de famille masculins qui seuls pouvaient se considérer comme réellement citoyens. Les femmes, les jeunes, les étrangers, les esclaves en étaient exclus quel que soit le temps qu'ils aient vécu à l'intérieur de la cité. Ils étaient non-citoyens, culturellement grecs et, de surcroît, originaires de la ville. Cette exclusion n'était pas aussi dévastatrice pour ces groupes que ce que l'on imagine aujourd'hui. L'appartenance citoyenne était faite plus d'obligations que de droits. Par exemple, durant la démocratie athénienne, sous le <sup>v</sup><sup>e</sup> siècle triomphant, les citoyens étaient engagés dans la défense de la cité et dans la gouvernance de celle-ci. Dans l'esprit des Grecs, le service rendu à la cité se résolvait comme un service rendu à soi-même et ainsi la qualité du service à soi-même était la préfiguration du succès ou de l'échec de la cité. La citoyenneté grecque était ainsi un état de service, bien plus qu'un système de droits. Périclès, le général chef d'État, vantait le mérite de la démocratie athénienne, cette école de la Grèce, bien qu'ouvertement fondée sur une citoyenneté fermée car elle se combinait parfaitement avec l'accueil des étrangers : « Nous offrons notre ville en commun à tous les hommes ; aucune loi n'écarte l'étranger, le prive de nos institutions, de nos spectacles ».

L'obtention de la citoyenneté était bien plus difficile qu'aujourd'hui. La distinction entre les citoyens natifs et les étrangers était certes très marquée. Les étrangers ne pouvaient en aucune façon être propriétaires de la terre dans la cité et ne pouvaient pas, non plus, participer à sa gouvernance. La naturalisation citoyenne était possible mais dépendait, la plupart du temps, d'un processus discrétionnaire justifié par des capacités militaires ou par une réputation glorieuse. Encore que l'on se souvienne qu'Aristote, exilé à Athènes, ne reçut jamais le titre de citoyen. Un titre qu'il ne recherchait pas car il préférait observer la vie politique plutôt que de s'y adonner. L'alternative reposait sur les votes des assemblées municipales pouvant accorder à un ensemble d'étrangers le bénéfice la citoyenneté tout particulièrement lorsque la cité était menacée pour la protéger. La capacité militaire des groupes d'étrangers validait leur appartenance citoyenne<sup>9</sup>. La naturalisation restait un processus ir-

9. M. DEENE, « Naturalized Citizens and Social Mobility in Classical Athens: The Case of Apollodorus », *Greece & Rome*, Second Series, vol. 2, n° 52, octobre 2011.

régulier qui n'était pas garanti pour les enfants des citoyens grecs eux-mêmes. Un enfant ne pouvait accéder à la citoyenneté que si son père était citoyen et si sa mère était la fille d'un citoyen de la cité. Tout enfant né d'une autre union était considéré comme illégitime. De tels enfants pouvaient même devenir esclaves. Et un enfant né d'une union légitime ne pouvait pas être assuré d'accéder à la pleine citoyenneté. Celle-ci ne pouvait s'obtenir que de façon graduelle, avec des appartenances validées étape par étape : d'abord, membre de la famille ; puis membre de la tribu ; enfin citoyen aux alentours de dix-huit ans.

L'une des pires punitions de l'Antiquité était le bannissement. Une fois banni, l'ex-citoyen perdait ses liens économiques, sociaux et familiaux et la protection de la cité. La perte de la citoyenneté signifiait un haut niveau de disgrâce, entendue comme une insuffisance morale. L'exemple le plus connu est celui de Socrate. Accusé ne pas respecter les lois et les dieux de la cité, de corrompre la jeunesse, l'éclésià le condamne à la peine de mort en buvant par lui-même la ciguë. Lorsque ses amis lui donnent la possibilité de s'échapper de la prison, alors que le navire rendant gloire à Apollon n'est pas encore revenu de Délos, et qu'aucune exécution ne peut être alors effectuée, que les citoyens athéniens commencent à changer d'avis et qu'un nouveau procès devient possible, il s'y refuse, préférant l'acceptation de la mort. Faut-il fuir la mort ?, se demande-t-il, en répondant par la négative. Socrate choisit la mort pour des raisons philosophiques et religieuses, mais aussi parce qu'il pense avoir manqué à ses devoirs envers la cité. Sa mort, même injuste, est préférable au déshonneur d'y échapper.

En bref, la citoyenneté athénienne se résumait en un ensemble de services dus à l'État, ici la cité, en échange de sa protection et de la prospérité. L'allégeance à la cité était primordiale, prévalant sur la donnée individuelle. Au sens strict, il y était moins question de nationalité que de citoyenneté, quoique les deux notions fussent irrémédiablement liées. La nationalité serait, dans ce contexte, le concept le plus englobant visant tous les sujets : hommes, femmes, enfants, étrangers (métèques et barbares) et esclaves reliés à la cité, comme lieu de vie et d'expression culturelle, et la citoyenneté réservée aux premiers.

Rome n'est pas la Grèce, comme se sont plu à le démontrer les historiens, alors même que l'amalgame gréco-romain est une donnée de l'histoire. Le modèle romain, contrairement à son antique voisin, s'évertua à se conjuguer au temps de l'universel, en inventant la pre-

mière mondialisation, selon les termes mêmes de Yves Roman<sup>10</sup>. Les Grecs étaient, eux, fondamentalement attachés à la terre dont ils tiraient leur existence. À son apogée, l'Empire romain s'étendait sur tout le pourtour de l'espace méditerranéen. Il n'embrassait pas moins de 80 millions de sujets, dont un million se trouvaient à Rome.

En 212 après Jésus-Christ, l'empereur Caracalla adopte la constitution antonine, qui a pour effet d'accorder la citoyenneté romaine à tous les hommes de l'Empire, renouvelant profondément le rapport à la citoyenneté. Le texte a été découvert en Égypte sur des fragments de papyrus<sup>11</sup>. Avec l'édit de Caracalla, la citoyenneté devient, si l'on peut dire, universelle, consistant à accorder à ces millions de nouveaux citoyens des charges nouvelles, notamment fiscales. Ce n'est plus le sang ou l'exaltation sacrée d'un rapport originaire aux dieux qui fait l'appartenance citoyenne, magnifiée par le récit mythologique de l'Énéide. Le rapport à l'Empire, à l'identité culturelle romaine, à un projet politique, en forme certains de ses ressorts. Le texte eut, selon les historiens romains, des effets funestes et mit en cause les privilèges anciens. Il est aujourd'hui magnifié pour sa vertu globale, préfiguration du cosmopolitisme moderne :

Entité politique, la cité de Rome correspondait à l'ensemble des citoyens qui, en vertu de leur statut juridique, disposaient des mêmes droits. [...] De ce point de vue et pour rendre justice aux vers d'Ovide, la *civitas Romana* s'étendit donc bien au-delà du Tibre et des Sept Collines. Entre 70 av. J.-C. et 212, les autorités publiques diffusèrent progressivement la citoyenneté romaine, comme un bienfait récompensant les plus fidèles sujets de l'Empire. [...] Des hommes de toutes origines ethniques et culturelles, vivant sur trois continents, considérèrent la cité de Rome comme leur "commune patrie". L'universalité de la *civitas Romana* résida dans un dépassement exceptionnellement large de l'horizon lo-

10. Y. ROMAN, *Rome, de Romulus à Constantin. Histoire d'une première mondialisation* (VIII<sup>e</sup> s. av. J.-C. – IV<sup>e</sup> s. apr. J.-C.), Paris, Payot, 2016, 553 p.

11. « [César] Marc Aurèle Sévère Antonin Auguste proclame : [D'une manière générale, c'est à la divinité qu'il faut] avant tout [reporter et] les causes et les raisons (des choses) ; [et moi aussi, comme il se doit], je voudrais rendre grâce aux dieux [immortels] pour m'avoir sauvé d'un tel [complot tramé (contre ma vie)]. Voilà pourquoi j'estime pouvoir accomplir de manière si [magnifique et si digne des dieux] un acte qui convienne à leur majesté, en ralliant [à leur culte, comme Romains], [autant de fois de dizaines de milliers (de fidèles)] qu'il en viendra chaque fois se joindre à mes hommes. Je donne donc à tous [ceux qui habitent] l'Empire le droit de cité romaine, étant entendu [que personne ne se trouvera hors du cadre des cités], excepté les déditices. Il se doit en effet [que la multitude soit non seulement associée] aux charges qui pèsent sur tous, mais qu'elle soit désormais aussi englobée dans la victoire. [Et le présent édit] augmentera la majesté du [peuple] romain : [il est conforme à celle-ci] que d'autres puissent être admis à cette même [dignité que celle dont les Romains bénéficient depuis toujours], alors qu'en étaient exclus... de chaque... ».

cal, qui distingua Rome de toutes les autres cités antiques<sup>12</sup>.

La relation de Rome à la citoyenneté évolua considérablement au cours des huit siècles de domination romaine. À ses débuts, la citoyenneté romaine était, par la force des choses, limitée au territoire romain. Au début du III<sup>e</sup> siècle, une délimitation est tracée, en Italie centrale, entre les colonies romaines (bénéfice de droits politiques), les colonies latines (égalité de droits civils) et les cités alliées avec lesquelles Rome entretient des relations. L'obtention de la citoyenneté est très limitée et se comprend comme un privilège oligarchique associant prestige, pouvoir et richesse. Exclue pour l'esclave, elle ouvre droit au titre de sénateur et aux terres (à moins que ce ne soit l'inverse). Les habitants des autres cités italiennes ne sont pas admis à en bénéficier : une proximité avec le précédent grec. Les processus de naturalisation romaine sont également complexes. D'après la *Lex Minicia*, qui règle les mariages mixtes entre Romains et étrangers, seuls les enfants d'un père romain peuvent hériter du statut de leur père. L'enfant né d'un père étranger et d'une femme romaine reste étranger.

En 212, les étrangers à la cité sont désormais reconnus comme membres à part entière de l'empire : les Barbares sont romanisés. Il en résulte que la société romaine doit chercher à les intégrer socialement, comme en témoigne l'accommodement avec les peuples barbares du Nord. Le concept de romanité native, d'abord ancrée dans la péninsule italienne, finit par s'étendre aux provinces romaines non italiennes. Outre son expansion, la notion même de citoyenneté évolue. Le concept de citoyenneté politique n'est pas uniforme. Depuis le début de la République, la sécession de la plèbe en témoigne en 494 avant J.-C. La citoyenneté oligarchique, d'abord réservée aux cent familles d'origine supposément noble, cantonna la notion de la plèbe politique à la ville de Rome. Avec la citoyenneté politique universelle apparaît l'idée de citoyenneté secondaire, connue sous l'expression de *Civitas sine suffragio*, citoyenneté sans suffrage. Ainsi l'Empire reprend à son compte ce que la République avait déjà imaginé : la citoyenneté différentielle.

Pour les historiens, lorsque Rome est à son apogée, la romanité s'illustre par l'idée dualiste de patrie<sup>13</sup>, considérée comme un mélange d'ancien et de moderne. Il y a la patrie « juridique », portée par une identification à la politique de l'Empire et à son droit. Mais

12. C. VIRLOUVET, P. FAURE et N. TRAN, *Rome, cité universelle. De César à Caracalla, 70 av. J.-C. – 212 apr. J.-C.*, Paris, Belin, coll. « Mondes anciens », 2018, 880 p., p. 12.

13. Voir C. VIRLOUVET, P. FAURE et N. TRAN, *Rome, cité universelle. De César à Caracalla, 70 av. J.-C. – 212 apr. J.-C.*, préc.

il y a aussi la patrie « sociale », liée à la cité natale qui dépasse et transcende la substance de la première, qui s'identifie aux dieux, à la famille et aux ancêtres, selon les termes de Cicéron.

Projet biopolitique ? Nous entendons par là la prévalence du sang comme étant à la base de la construction de la nation malgache. Le Code de la nationalité répond au moins partiellement à la question : qu'est-ce qu'être malgache ? Nous relèverons deux points : l'identification et la portée de la nationalité, qui témoignent de l'enchevêtrement des aspects publics, civils et politiques de celle-ci.

Le sang ne s'acquiert pas, il se transmet. Le Code ne règle pas ici la question des origines, il s'en fait le dépositaire, accusant le caractère fictionnel de celles-ci<sup>14</sup>. Ainsi la nationalité malgache est-elle dite de filiation, dans son principe, et exceptionnellement de naturalisation, soit par un fait d'identification reconnue. Le père malgache, que l'enfant soit ou non légitime, lui transmet sa nationalité ; il en va de même pour l'enfant – légitime ou naturel – dont la mère est malgache et dont le père qui n'a pas de nationalité ou dont on ne connaît pas la nationalité (art. 9 et 10). Le sang peut se transmettre par un acte de volonté, telle la légitimation adoptive (art. 21). Le sang peut être présumé dans le cas d'un enfant né de parents inconnus mais il convient alors de prendre en considération « le nom de l'enfant, ses caractères physiques, la personnalité de ceux qui l'élèvent et les conditions dans lesquelles il est venu entre leurs mains, l'éducation qu'il reçoit, le milieu où il vit » (art. 11, al. 2), autant de considérations qui associent le sang à la culture malgache.

Le sang est culture. La naturalisation de l'étranger peut remplacer l'absence de sang, si la culture malgache, entre autres conditions, est assimilée. La naturalisation est en effet possible à raison de « l'assimilation à la Communauté malgache, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue malgache » (art. 27, 6°). Preuve de l'intimité entre nature et culture, expression d'un projet biopolitique, si le sang ne perd pas, celui qui se comporte de fait comme le national d'un pays étranger peut – s'il a la nationa-

14. Il serait heureux, mais ce n'est pas l'objet de cette contribution, d'approfondir cet aspect. D'où viennent le droit et les coutumes de Madagascar ? Thébauld, dans son ouvrage sur *Les lois et coutumes Hovas*, avait choisi solution de « facilité » : « Il nous paraît donc inutile par principe et difficile en fait, sinon impossible, de déterminer l'aire géographique d'application du droit Mérima » : E.-P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache. Les lois et coutumes hovas*, Tananarive/Paris, De Comarmond/Jouve, 1951, fasc. 1, p. 40. Il estimait que le statut hova, ou merina, avait édifié un système de législation grâce à un gouvernement central fortement organisé, qui était parvenu à se faire passer, aux yeux des puissances européennes comme le maître de l'ensemble de Madagascar. Il ajoutait qu'il existait sur le sol malgache des tribus qui n'avaient jamais été soumises, ni accepté ce droit, et gardaient leurs coutumes particulières.

lité de ce pays – être déchu de la qualité de Malgache (art. 48). L'aliéne à un pays étranger (comme fonctionnaire et/ou militaire) est aussi un motif de perte de la nationalité (art. 49). Ainsi l'identité est-elle construite sans qu'importent les prémices fictionnelles dès lors qu'elles sont opératoires.

Le sang et la culture ne se partagent pas. Le Malgache majeur qui acquiert volontairement une nationalité étrangère perd sa nationalité (art. 42), hypothèse qui soulève un débat sur l'obtention involontaire de la nationalité, par filiation notamment. Et pourtant la nationalité malgache est divisible, rappelant la *civitas sine suffragio* romaine. L'étranger naturalisé n'est pas, pour une période allant de cinq à dix ans, un citoyen à part entière en raison d'incapacités, exceptionnellement levées, d'ordre politique et civil :

- ni qualité d'électeur (cinq ans) ;
- ni fonctions publiques, ni avocat, ni officier ministériel (cinq ans) ;
- ni fonctions, ni mandats électifs (dix ans) ;
- ni acquisition immobilière (dix ans).

La construction juridique de la nationalité par naturalisation est d'ordre fonctionnel, revenant sur l'égalité entre citoyenneté et nationalité, affaiblissant l'opposition à l'étranger, créant un tiers : ni totalement étranger, ni totalement national. Cette citoyenneté subsidiaire semble soulever une inconstitutionnalité, motif pris de sa contrariété à l'article 6, alinéa 2, de la Constitution du 11 décembre 2010, selon lequel : « Tous les individus sont égaux en droit et jouissent des mêmes libertés fondamentales protégées par la loi, sans discrimination fondée sur le sexe, le degré d'instruction, la fortune, l'origine, la croyance religieuse ou l'opinion », au motif pris de l'origine.

## II. – Le sang des femmes : la préférence masculine en cause

Récemment, le Code de la nationalité a été relu de façon critique eu égard au développement de l'égalité juridique entre les sexes, préfigurant la volonté politique de combattre l'infériorisation entre les genres masculins et féminins, préfigurant une égalité des effets

du sang<sup>15</sup>. La critique de la société civile étrangère a contribué à modifier le Code de la nationalité, soulignant la perméabilité institutionnelle du dialogue entre la « malga-cité » et le droit international des droits de l'homme.

Les articles 9 et 10 du Code de la nationalité s'appliquent, comme nous l'avons vu, aux enfants nés d'un mariage d'un père malgache, d'une mère malgache, d'une mère malgache marié à un père apatride ou dont la nationalité est inconnue (art. 9), ainsi qu'aux enfants nés hors mariage d'une mère malgache ou nés hors mariage d'une mère de nationalité inconnue et d'un père malgache (art. 10).

L'approche asymétrique des droits des hommes et des femmes est aussi révélée par ces dispositions, en ce qu'elles sont reliées aux articles 16 et suivants du Code. Alors que l'enfant né d'un père malgache est automatiquement malgache, soit une attribution originelle de nationalité, l'enfant né d'une mère malgache est placé dans une situation différente, qui n'est pas celle de l'attribution mais de l'acquisition, au terme de laquelle : « L'enfant légitime né d'une mère malgache et d'un père de nationalité étrangère pourra, jusqu'à sa majorité, réclamer la nationalité malgache » (art. 16, al. 1<sup>er</sup>)<sup>16</sup>. Cet enfant-là est assimilé à l'enfant né hors mariage d'un parent de nationalité malgache (art. 16, al. 2). Cette réclamation s'étend aussi à

15. Nous nous référons en partie, ici, aux travaux de l'ONG *Equal Rights Trust*, notamment présentés au Conseil des droits de l'homme, 118<sup>e</sup> session, à l'occasion de la présentation par Madagascar de son quatrième rapport périodique à l'examen périodique universel, voir : [<https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/My%20Children%27s%20Future%20Ending%20Gender%20Discrimination%20in%20Nationality%20Laws.pdf>], ainsi que : [[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fCO%2fMDG%2f24675&Lang=fr](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fCO%2fMDG%2f24675&Lang=fr)].

16. Max, vingt ans, étudiant, métis d'un père franco-belge et d'une mère malgache, vivant à Montréal au Canada : « Je suis né à Madagascar, fus élevé et fais toutes mes études me menant aux études supérieures à Madagascar. Le sang malgache coule dans mes veines, de par ma mère. Mais du sang malgache coule aussi dans mon cœur. Ce pays m'a tout donné, tout appris et je me reconnais à travers ce pays qui m'a bercé durant dix-huit ans. Si je peux témoigner avec gaieté ce sentiment patriotique, c'est car je suis désormais malgache de par le sang, le sol et la culture. Toutefois, j'aurai pu être en train de mener un autre combat beaucoup moins féérique. Mes parents ont dû faire des demandes officielles de nationalité pour mon frère et moi, alors que nous étions âgés de treize et onze ans. Quel sentiment étrange ce doit être pour une mère, de devoir entreprendre des démarches afin que sa progéniture, née sur le même territoire qu'elle, puisse être reconnue comme étant de la même patrie que soi. Certes, il ne faut pas "confondre un cheval et une vache", mais il ne faut pas non plus demander à une jument de prouver que son poulain n'est pas un veau », in F. WASZCZUK et N. RATSARAZAKA-RATSIMANDRESY, *Filiation et transfert de la nationalité à Madagascar. Citoyenneté et contestations populaires*, Paris, SciencesPo, 2016, [<https://piaf.hypotheses.org/files/2017/06/WASZCZUK-RATSARAZAKA-2017-bis.pdf>].

l'enfant adopté, à la condition qu'il ait lui résidé à Madagascar cinq ans au moment de la déclaration (art. 17). Qui plus est, l'acquisition de la nationalité malgache n'est pas sans contrainte car le Gouvernement peut, par décret, s'opposer à l'acquisition de la nationalité malgache soit pour indignité, défaut ou insuffisance d'assimilation, soit pour grave incapacité physique ou mentale. L'unique cas où la mère malgache, par exception et par effet automatique, attribue la nationalité à son enfant repose sur deux conditions : un enfant né d'un mariage et d'un père dont la nationalité est inconnue ou apatride (art. 9, al. 2).

La préférence masculine est aussi visible, en creux, dans les dispositions portant acquisition de la nationalité par mariage. Seul est envisagé le cas de figure où une femme étrangère se marie à un Malgache, situation susceptible de lui attribuer la nationalité, sur sa demande expresse (art. 22). Mais la femme malgache ne peut, même mariée, en raison du silence de la loi à cet égard, faire acquérir la nationalité à son conjoint même dans les cas exceptionnels où celui-ci est apatride ou sa nationalité n'est pas connue. L'alliance n'est pas le sang. Ainsi le bénéfice de la nationalité malgache ne lui saura possible qu'au titre de l'article 27, précité, qui forme à cet égard le droit commun : il s'agira d'une naturalisation, non d'une acquisition par mariage.

Ces dispositions, outre leur pratique<sup>17</sup>, posent des questions de compatibilité avec les clauses des traités internationaux que Madagascar a acceptées : la CEDAW (ratifiée le 7 septembre 2000) et la CIDE (ratifiée le 19 mars 1991). C'est ainsi que l'État malgache a modifié le Code, prenant en compte les discriminations juridiques, le ressenti des traditions malagasys, les critiques internationales (exposé des motifs de la loi 2016-38 modifiant et complétant certaines dispositions de l'ordonnance n° 60-064 du 22 juillet 1960 portant

17. « In those limited circumstances where Malagasy women are able to pass on their nationality, evidence suggests that women still face difficulties in practice. Many of those interviewed by the Trust discussed problems in acquiring nationality even where they were eligible. In order to apply for a national identity card, a birth and residency certificate must be provided, however, officers may request further documentation. This discretion is often exercised where an individual is perceived as possessing a "foreign" name, or where individuals are suspected of not being a national, they have been refused documentation. In particular, children with Arab, Muslim or Comorian sounding names encounter difficulties in the application process », in Equal Rights Trust and Focus Development Association, *Joint Submission: Suggested issues and questions to be adopted by the Country Report Task Force at the 118<sup>th</sup> session of the Human Rights Committee in relation to the fourth periodic report submitted by: Madagascar*, 25 July 2016, p. 4, [[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fCO%2fMDG%2f24675&Lang=fr](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fCO%2fMDG%2f24675&Lang=fr)].

Code de la nationalité malagasy).

La Haute Cour constitutionnelle avait préalablement validé la conformité de ces dispositions à la Constitution<sup>18</sup> portant sur la transmission de la nationalité :

9. Considérant que depuis 1960, dans certains cas, le droit du père et de la mère n'est pas le même en matière de transmission de leur nationalité à leurs enfants, tel qu'il est prévu par l'article 9 de l'ordonnance n° 60-064 du 22 juillet 1960 portant Code de la nationalité malagasy ;

10. Considérant que de par ces modifications, dorénavant, la transmission de la nationalité est la même que celle du père, quelle que soit la situation matrimoniale de la mère mettant également ainsi l'enfant sur un même pied d'égalité, quant à l'acquisition de la nationalité, quel que soit son statut d'enfant légitime ou d'enfant né hors mariage ; que l'article 9 (nouveau) de la loi n° 2016-038 du 15 décembre 2016 stipule en effet que : « Est malagasy, l'enfant né d'un père et/ou d'une mère malagasy » ;

11. Considérant qu'à ce sujet, la Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'égard des femmes énonce dans son article 9.2 que « les États Parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants ».

Dorénavant, le nouvel article 9 du Code modifié dispose : « Est malagasy, l'enfant né d'un père et/ou d'une mère malagasy », ce qu'il faut décliner au regard de la suppression de la procédure d'acquisition précédente. La mère malgache attribuera sa nationalité à l'enfant, soit-il né dans ou hors mariage, et n'ouvrira plus un droit à la réclamer en tant que modalité d'acquisition. La mère transmet ainsi la nationalité malgache, à titre d'origine. La procédure de l'acquisition demeure pour le cas de l'enfant adopté (art. 19 nouveau). Il est important aussi de relever que la déchéance de nationalité ne s'étend plus aux enfants et au conjoint de l'individu déchu (art. 52 nouveau), ce qui serait considéré comme une sanction collective portant atteinte au droit à la nationalité de l'enfant (art. 8.1, CIDE).

Il est intéressant de noter que cette réforme vise à « corriger les dispositions tendant à faire une distinction de l'état matrimonial de la femme conduisant ainsi à priver l'enfant du droit de bénéficier à sa naissance de la nationalité d'un de ses parents compte tenu de son statut d'enfant légitime ou né hors mariage », faisant à Madagascar l'obligation de prendre les mesures appropriées. Toutefois, même si cette réforme est la bienvenue, elle n'était nullement nécessaire. En

18. Décision n° 04-HCC/D3 du 16 janvier 2017 relative à la loi n° 2016-038 du 15 décembre 2016 modifiant et complétant certaines dispositions de l'ordonnance n° 60-064 du 22 juillet 1960 portant Code de la nationalité malagasy.

effet, au regard de l'article 137 de la Constitution<sup>19</sup>, à l'instar de l'article 55 de la Constitution française, l'État malgache est moniste en matière de traités internationaux : ceux-ci font partie du droit malgache national et produisent leurs effets sous réserve de leur capacité à être dotée de l'applicabilité directe. Il eût été possible voire loisible d'appliquer la CEDAW et la CIDE, même en laissant de côté les dispositions législatives du Code de la nationalité, sur la base même de cette législation, qui évoque, en son article 7, la primauté des droits tirés du droit international conventionnel<sup>20</sup>.

Désormais, l'enfant né d'un père et/ou d'une mère malagasy est reconnu malagasy. Les prescriptions du nouvel article 9, appuyé par l'article 3, qui en admet la rétroactivité, auraient bénéficié à 1 361 familles au 6 avril 2018<sup>21</sup>. Las. Le comité des droits de l'homme a relevé que, si la réforme du Code de la nationalité en 2016 permet à la femme de transmettre automatiquement sa nationalité à ses enfants, « il demeure toutefois préoccupé par le fait que les femmes ne peuvent toujours pas transmettre leur nationalité à leur mari étranger ou apatride ainsi qu'à leurs enfants adoptifs<sup>22</sup> ». Ainsi le sang des femmes n'est-il toujours pas complètement égal à celui des hommes : un paradoxe au regard de la maternité et du matriarcat royal du XIX<sup>e</sup> siècle, supposé ou réel<sup>23</sup>, ou une infériorisation récurrente des femmes ?

Quoi qu'il en soit, même bienvenue, la loi de réforme de la nationalité reste partielle et incomplète au regard des enjeux qui dépassent le spectre du genre. Il n'est pas certain que, outre la CEDAW et la CIDE, d'autres traités internationaux ne soient pas en situation

19. Article 137 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre Partie ».

20. Article 7 : « Les dispositions relatives à la nationalité contenues dans les traités ou accords internationaux dûment ratifiés et publiés s'appliquent, même si elles sont contraires aux dispositions de la législation interne malgache ».

21. [<https://www.lactualite.mg/societe/6643-nouveau-code-de-nationalite-1361-familles-obtiennent-leurs-certificats/>].

22. CCPR/C/MDG/CO/4, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 22 août 2017.

23. Julie, vingt-et-un ans, étudiante, « métisse » franco-malgache résidant à Antananarivo Madagascar : « Je trouve que c'est assez sexiste et étonnant pour un pays qui a pourtant beaucoup été sous direction matriarcale. Et puis, je trouve que c'est un peu frustrant de devoir trouver des "failles" ou astuces dans le système pour avoir la nationalité, c'est comme si je ne la méritais pas vraiment et que j'y prétendais illégitimement », in F. WASZCZUK et N. RATSARAZAKA-RATSIMANDRESY, *Filiation et transfert de la nationalité à Madagascar. Citoyenneté et contestations populaires*, Paris, SciencesPo, 2016, [<https://piaf.hypotheses.org/files/2017/06/WASZCZUK-RATSARAZAKA-2017-bis.pdf>].

d'exercer leur emprise sur le Code de la nationalité. Ainsi l'article 11 du Code vise-t-il les caractéristiques physiques de l'enfant né à Madagascar de parents inconnus : comment la CERD ne s'élèverait-elle pas contre la relation entre apparence et jouissance du droit à la nationalité<sup>24</sup> ? De même, la CPDH implique de ne pas exclure des droits sur la base des incapacités physiques : comment pourrait-elle admettre le refus de l'acquisition de la nationalité pour « grave incapacité physique ou mentale » (art. 18) ou le refus de naturalisation en cas d'un étranger non « sain d'esprit » (art. 27) ? S'il s'est agi de faire une réforme visant à améliorer l'image de l'État malgache, cette stratégie reste bien en-delà de l'objectif ambitionné. Nul doute que les acteurs politiques étaient conscients de cette demi-mesure puisque la proposition de loi fut remplacée par un projet de loi.

### III. – La terre, le pouvoir et le sang : les figures de l'étranger

L'étranger est, sinon pour des raisons de sang et de cultures malgaches, du moins de culture, l'objet d'exclusion statutaire. Deux figures principales s'évincent de cette proposition : l'étranger intérieur, le national « extranéisé ».

La première figure de l'étranger, ici l'étranger intérieur, est incarnée par les Karanes de Madagascar nés avant 1960, les « oubliés de Madagascar » selon l'expression du sénateur français Richard Yung<sup>25</sup>. Cette situation d'apatridie concerne les personnes d'origine indienne, nées à Madagascar avant l'indépendance, ne

24. Paris, France – 5 novembre 2016 Cyril, vingt-neuf ans, Franco-Malgache, vivant dans le Val-de-Marne (94), France : « C'est triste, je trouve ça vraiment dommage. Toute mon enfance, on me charriait parce que je ne ressemblais pas à un Français pur. On me disait "t'es qu'un Malgache !" et pourtant l'État malgache me dit que je ne le suis pas... Sur les papiers, je ne suis que Français. J'étais bloqué : d'un côté, on me renie parce que je suis physiquement différent et, de l'autre, on me renie parce que je suis culturellement différent. Le problème, c'est que je ne devrais même pas être considéré comme un "étranger", ma mère est 100 % Malgache. C'est dommage... Vraiment », in F. WASZCZUK et N. RATSARAZAKA-RATSIMANDRESY, *Filiation et transfert de la nationalité à Madagascar. Citoyenneté et contestations populaires*, Paris, SciencesPo, 2016, [<https://piaf.hypotheses.org/files/2017/06/WASZCZUK-RATSARAZAKA-2017-bis.pdf>].

25. [<https://www.richardyung.fr/francais-de-l-etranger/papier-citoyennete-francais-monde/4116-l-oublies-de-madagascar-r-vers-un-examen-au-cas-par-cas-des-demandes-de-naturalisation.html>].

pouvant se réclamer ni de la nationalité française<sup>26</sup>, ni de la nationalité malgache au motif qu'elle privilégie la filiation, ni de la nationalité indienne. Les Karanes<sup>27</sup>, parfaitement intégrés à la vie économique malgache, dont le fameux quartier des bijouteries d'Antaninarenina rend compte, composent un groupe social culturellement malgache sans en avoir le sang :

Ibrahim Ickbal, cinquante ans et père de deux enfants, travaille depuis ses quinze ans dans la même bijouterie de Mahajanga, une ville côtière au nord de Madagascar. Bien qu'il gagne tout juste de quoi payer le loyer de la maisonnette de deux pièces où il vit avec sa femme et ses enfants, il s'estime chanceux du simple fait d'avoir un emploi. Ibrahim appartient à la communauté karane, un groupe ethnique minoritaire de Madagascar. Bien que plus d'un siècle se soit écoulé depuis l'arrivée de sa famille à Madagascar depuis l'Inde, Ibrahim n'a pas la nationalité malgache. Comme une bonne partie des Karanes de Madagascar, et comme son père avant lui, il est apatride...

Quand Madagascar, autrefois française, est devenue indépendante en 1960, la plupart des Karanes n'ont pas obtenu la nationalité malgache. Jusqu'à récemment, le Code de la nationalité malgache prévoyait l'octroi de la citoyenneté aux seuls enfants ayant au moins un parent de nationalité malgache, avec pour résultat que l'apatridie se transmettait souvent d'une génération à l'autre. Les Karanes représenteraient au moins 20 000 personnes et, même si certains ont des affaires florissantes, ils sont nombreux à vivre dans la pauvreté, sans accès à l'éducation et à l'emploi formel.

Bien qu'ils vivent à Madagascar depuis de nombreuses générations, les Karanes apatrides doivent obtenir des permis de résidence pour demeurer légalement dans le pays. Récemment, Ibrahim a dû emprunter de l'argent à son employeur pour régler les frais de délivrance des nouveaux permis biométriques. « Avec mon modeste traitement, il me faudra deux ans pour rembourser ce prêt » dit-il. « Ça représente un énorme investissement financier et malgré tout, je ne peux ni voter, ni voyager »...

26. « Les personnes domiciliées à Madagascar mais n'en étant pas originaires et n'ayant jamais eu la qualité de Français, comme par exemple celles d'origine indo-pakistanaise anciens sujets britanniques de l'Inde anglaise, n'ont pu, bien entendu, conserver la nationalité française à la suite de l'accession à l'indépendance de Madagascar puisqu'elles n'avaient pas cette nationalité antérieurement » : « Nationalité française : situation des personnes nées à Madagascar », Réponse du ministre de la Justice à la question écrite n° 13225, *JORF Sénat*, 7 octobre 2004, p. 2280.

27. Les immigrés indiens sont estimés à 22 000 personnes à Madagascar. « 82 % d'entre eux sont nés à Madagascar et la moitié d'entre eux fixés dans le pays dès avant l'indépendance » (enquête EPSTV99).

Outre les Karanes, un nombre inconnu de personnes appartenant à d'autres groupes minoritaires de Madagascar est toujours apatride. Par ailleurs, les amendements récents du Code de la nationalité malgache ne permettent toujours pas aux femmes de transmettre leur nationalité à leurs époux étrangers, une évolution qui permettrait pourtant de résoudre la situation de personnes comme Ibrahim qui est marié à une Malgache<sup>28</sup>.

Cette délicate situation est problématique car elle concerne non pas un, ou plusieurs cas individuels, mais une minorité ethnique visée dans son ensemble : la portée discriminatoire de la non-accession à la nationalité ne fait pas de doute. Il est significatif que ni le comité des droits de l'homme, ni le comité des droits des travailleurs migrants n'évoquent leur sort, dans les observations finales rendues respectivement en 2017 et 2018. Ils sont placés dans le trou noir de l'apatridie. Pourtant, sauf une volonté douteuse de ne pas exercer le bénéfice du droit, absolument rien n'empêcherait qu'ils répondent aux conditions de naturalisation telles qu'elles sont exposées à l'article 27 du Code de 1960 :

La naturalisation ne pourra être accordée qu'aux étrangers remplissant les conditions suivantes :

1° Avoir dix-huit ans révolus ;

2° Être sain d'esprit ;

3° Ne pas présenter de danger pour la collectivité en raison de son état de santé physique, à moins que l'affection n'ait été contractée au service ou dans l'intérêt de Madagascar ;

4° Être de bonne vie et mœurs et n'avoir encouru aucune condamnation supérieure à une année d'emprisonnement non effacée par la réhabilitation pour une infraction de droit commun sanctionnée en droit malgache par une peine criminelle ou un emprisonnement correctionnel, ni une condamnation non effacée par la réhabilitation pour vol, escroquerie, abus de confiance, recel d'une chose obtenue à l'aide d'un de ces délits, usure, outrage public à la pudeur, proxénétisme, vagabondage ou mendicité. Les condamnations prononcées à l'étranger pourront, toutefois ne pas être prises en considération ;

5° Avoir eu sa résidence habituelle à Madagascar pendant cinq années qui précèdent le dépôt de la demande et l'avoir conservée au moment de la signature du décret de naturalisation ;

6° Justifier de son assimilation à la Communauté malgache, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue malgache.

28. « Nationalité : Qu'en est-il des Karanes apatrides ? », *La Gazette de la Grande île*, 17 avril 2018, [<http://www.lagazette-dgi.com/?p=9245>].

Il n'est pas discutable que la loi leur soit applicable. Là ne réside pas l'obstacle de la non-accession. S'il fallait modifier le dispositif législatif, il pourrait éventuellement être établi que : « Est malgache tout individu qui, au moment de l'entrée en vigueur de cette loi (1) a été un résident permanent de Madagascar, (2) est né à Madagascar, et (3) ne peut prétendre à la nationalité d'aucun autre État ». Cette dernière précision aurait l'avantage de ne pas ouvrir outre mesure les conditions de naturalisation...

Si le blocage n'est pas juridique, si la loi est neutralisée, c'est en raison des droits associés à la naturalisation, le droit à la propriété immobilière en particulier. La propriété de la terre est un autre élément de l'identité malgache : celle-ci est en lien avec le sang, la symbolique étant ici maximale, soulignant l'ancrage de Madagascar dans les cultures autochtones. Ici encore l'exclusivisme repose sur un système que l'on pourrait présenter par cette relation : si la terre fait le sang, alors le sang doit protéger la terre en retour.

Il est une loi qui semble sinon traverser l'histoire malgache du moins faire partie de son identité : la terre n'est juridiquement pas accessible aux étrangers. Selon Eugène-Pierre Thébault<sup>29</sup>, l'histoire de la propriété immobilière à Madagascar ne favorisait pas, « initialement », l'appropriation individuelle. Lorsque le grand roi Andrianaampoinimerina accéda au pouvoir, il divisa la province en six parties et attribua chacune d'elle à l'une des six tribus sur lesquelles il régnait. Chaque tribu était ainsi propriétaire du sol, qui lui était attribué, partageant les terres entre les *fokonolona* ; chaque *fokonolona* les partageant entre les familles. Mais cette attribution demeurait conditionnelle et le détenteur n'était, en quelque sorte, qu'un usufruitier, la nue-propriété lui échappant. En conséquence de quoi, la mentalité juridique contemporaine se refuse à admettre que l'étranger puisse devenir propriétaire de la terre. Voilà pourquoi les Karanes n'ont pas accès à la nationalité même s'ils sont d'identité culturelle malgache et sont nés dans la grande île. L'incapacité établie par l'article 38, 4<sup>e</sup>, du Code de la nationalité, qui empêche d'acquérir des biens immobiliers, à quelque titre que ce soit, est jugée insuffisante pour protéger la terre.

Lorsque fut discuté le projet de loi sur le régime juridique de l'immatriculation et de la propriété foncière, l'opposition fut très vive à l'égard de l'article 10, suivant lequel « l'immatriculation des immeubles et /ou l'inscription des droits réels peuvent être demandés par le propriétaire ou par un titulaire de droits réels immobiliers quels que soient leur nationalité et leur statut juridique », *i.e.* na-

29. E.-P. THÉBAULT, *Traité de droit civil malgache. Les lois et coutumes hovas*, Tananarive/Paris, De Comarmond/Jouve, 1951, fasc. 1, p. 209 et suiv.

tionalité étrangère ou situation d'apatridie (les Karanes). Le temps des investisseurs étrangers n'était pas venu et, selon l'opinion de certains, « l'attribution de titres fonciers et des mêmes droits aux personnes, "quel que soit leur nationalité et leur statut juridique" est suicidaire pour la nation malgache »<sup>30</sup>. La question de l'accès aux terres concerne la capacité patrimoniale aux investisseurs étrangers (chinois, coréens, français...). En 2008, à l'occasion de l'affaire Daewoo-Logistics (location de quelques 1 300 000 hectares de terres pour quatre-vingt-dix-neuf ans), une crise politique de grande ampleur conduisit à la démission du Président Marc Ravalomanana, ses opposants ayant protesté contre ce projet. Andry Rajoelina, arrivé au pouvoir et prenant appui sur la Constitution, déclara que les terres malgaches ne sont ni à vendre ni à louer<sup>31</sup>.

Le problème soulevé par la communauté karane est étroitement associé à la question foncière mais la dépasse. Si la réforme du Code de la nationalité de 2016 ignore l'apatridie de la communauté *karane*, ces étrangers de l'intérieur, c'est aussi par la crainte de voir bouleversé l'équilibre socio-politique actuel, compte dûment tenu d'éléments de nature raciale et économique. Le véritable enjeu était moins lié au genre, question certes essentielle, qu'aux équilibres nouveaux si une partie importante de la communauté *karane* venait à obtenir la nationalité malgache. Après la terre, le pouvoir politique ? L'exploitation démagogique de la question *karane*, poussant potentiellement les Malgaches hors de chez eux, n'est-elle pas un épouvantail, favorisant la peur et accroissant la division, la société malgache restant très éloignée de l'intégration des étrangers et des populations minoritaires en son sein ?

Entre l'imaginaire juridique et la réalité positive, il n'y a pas parfaite adéquation. Ainsi l'ordonnance du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation reconnaît-elle l'effet prescriptif de l'occupation immobilière en distinguant deux cas de figure : soit vingt années pour un national malgache, soit trente années pour

---

30. Voir communiqué de la plateforme Solidarité des Intervenants sur le foncier (SIF) et du collectif Tany, 12 novembre 2016 [[http://www.agter.asso.fr/article1305\\_fr.html#nh3](http://www.agter.asso.fr/article1305_fr.html#nh3)].

31. Voir <https://www.parismatch.com/Actu/International/Madagascar-Le-projet-Daewoo-annule-134201>.

une « personne d'une autre nationalité »<sup>32</sup>. Surtout, contrairement à ce qu'il avait annoncé au lendemain de son accession à la présidence de l'État, Andry Rajoalina ne s'est pas opposé à ce que la nouvelle Constitution du 11 décembre 2010 renferme en son article 1<sup>er</sup>, dernier alinéa, une clause portant « les modalités et les conditions relatives à la vente de terrain et au bail emphytéotique au profit des étrangers sont déterminées par la loi ». Cette disposition n'est pas d'effet direct, mais elle enlève tout débat constitutionnel possible en cas de contestation contentieuse. Sa position en en-tête de la Constitution étonne.

La seconde figure de l'étranger, *i.e.* le national « extranéisé », concerne l'accession aux charges politiques, dont la plus emblématique d'entre d'elles, le mandat présidentiel. Deux dispositions explicitent ouvertement le choix fait par le législateur malgache. L'article 42 du Code de la nationalité évoque la perte, non la déchéance, de nationalité pour celle ou celui qui acquiert volontairement une nationalité étrangère. Le sang, disions-nous, est exclusif et ne supporte pas le mélange. C'est particulièrement vrai pour celui qui est censé conduire la vie de la nation et qui incarne la figure du chef. Cet exclusivisme est appuyé par la Constitution. La version du 19 août 1992 était particulièrement claire à cet égard : « Tout candidat aux fonctions de président de la République doit jouir de la nationalité malgache d'origine ». Cet article 46 renvoyait à la plus légitime des formes de nationalité, celle qui n'est ni issue de l'acquisition ni de la naturalisation. Sur ce point, la nouvelle Constitution n'a pas repris cette distinction, se contentant d'exiger que « tout candidat aux fonctions de Président de la République doit être de nationalité malagasy », quel que soit le mode d'attribution.

La Commission consultative de réflexion et de proposition sur l'amélioration de l'encadrement du processus électoral malgache tenait, le 10 mai 2017, un atelier sur cette question. Elle parlait de ce que, en dépit de l'interdiction faite par le Code de la nationalité (art. 42), de nombreux hommes politiques disposent de la double nationalité, alors qu'une partie de l'opinion publique souhaite éta-

32. Ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960 relative au régime foncier de l'immatriculation (*JORM* n° 129 du 22 octobre 1960, p. 2205), art. 82 : « L'occupation pendant au moins vingt années par des nationaux malgaches ou trente années par des personnes d'autre nationalité d'un immeuble immatriculé, jointe au fait de la création ou l'entretien permanent d'une mise en valeur effective et durable constatée, sur ordonnance de justice, dans les conditions prévues aux articles 18 et suivants de la loi n° 60.004 du 15 février 1960, relative au domaine privé national, entraînera les effets de la prescription ».

blir l'inéligibilité des binationaux<sup>33</sup>. Au-delà de cet aspect, l'article 42 du Code de la nationalité pose la question de la bi-nationalité dont l'effectivité à Madagascar concernerait quelque 12 à 13 000 Malgaches. Résidant à Madagascar, ils jouiraient de la nationalité française et se trouveraient dans les catégories sociales professionnelles supérieures.

### Que conclure ?

Cette contribution n'entend pas juger le droit malgache, mais elle n'entend pas, non plus, éviter les mots pour décrire le droit et les implications de la nationalité.

Le caractère évolutif de la perception des discriminations doit être mentionné. La préoccupation des instances internationales sur les incidences discriminantes des distinctions juridiques entre hommes et femmes est récente. En 1994, le comité de la CEDAW relevait que « la nationalité est capitale pour une complète insertion dans la société. [...] Une femme qui n'a pas la nationalité ou la citoyenneté du pays où elle vit n'est pas admise à voter ou à postuler à des fonctions publiques et peut se voir refuser les prestations sociales et le libre choix de son lieu de résidence<sup>34</sup> ». Mais, s'agissant de l'article 9 de la CEDAW, qui emporte droit de la femme à la nationalité, le comité ne s'inquiéta pas de ce que la mère malgache ne pouvait pas, à égalité avec le père malgache, donner la nationalité à son enfant. Ce qui lui importait concernait une situation particulière : « À propos des cas exceptionnels où la nationalité des enfants légitimes est déterminée au regard de la nationalité de la mère malgache, il a été demandé quelle serait la situation d'un enfant devant attendre d'avoir l'âge requis pour réclamer la nationalité de la mère en cas de divorce des parents et s'il existait encore un obstacle empêchant que l'enfant se voie attribuer la nationalité de la mère<sup>35</sup> ». Voilà qui rela-

33. La question agite les réseaux sociaux : « Quand Gallieni traçait des routes, creusait des tunnels, lançait des voies ferrées dont aujourd'hui les Malgaches profitent encore, il restait un patriote français. Quand Rajoelina achète une propriété en France, étudie en France, dépense dans les commerces français, porte une nationalité française, qui est-il ? un Français ou un Malgache ? Gallieni ne s'est jamais attribué une quelconque nationalité malgache » (4 juin 2018, [<https://www.madagascar-tribune.com/Le-Premier-ministre-Olivier,23903.html>]).

34. *Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Treizième session, Assemblée générale, Documents officiels, Quarante-neuvième session, supplément n° 38 (A/49/38), 1994, § 6.

35. *Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, *op. cit.*, § 211.

tivise le droit international, lui-même soumis à sa propre évolution, donc à sa propre critique.

Cette contribution a mis en lumière les origines multiples des justifications du droit de la nationalité. Le droit de la nationalité est le fruit d'inspirations très diverses, parfois contradictoires, mais qui retracent le cheminement de la nation malgache depuis l'indépendance. Ancrée dans l'univers mythologique du sang, elle est perméable, à petites doses, à l'influence internationaliste des engagements internationaux de l'État. Le degré d'ouverture est fortement contraint par le pouvoir politique, comme en témoigne la modeste réforme de 2016. De ces propos, il peut être compris que le projet politique malgache, que nous avons qualifié de biopolitique, n'est pas sans précédents historiques glorieux dont l'ambition est de construire une nation homogène et fière de ses racines.

Cette ambition unitaire accuse le contraste entre la « malga-cité » externe, soutenue par le Code de la nationalité, et les tensions intérieures persistantes qui montrent les fortes disparités qui empêchent d'aboutir à une patrie harmonieuse, mettant en question la vertu fictive du sang comme ciment social. N'est-il pas officiellement reconnu que « tiennent aussi une place importante à l'origine de ces crises, les rancœurs laissées par les guerres intertribales de la période monarchique, les séquelles des rivalités entre les Malagasy depuis la période coloniale, l'exclusion sociale et les inégalités engendrées par la survivance et la résurgence du clivage entre castes<sup>36</sup> » ? La mise en place d'un processus de réconciliation a été opportunément précisé par la Haute Cour constitutionnelle<sup>37</sup>. Le processus de « réconciliation nationale » est davantage un processus de réconciliation de la société avec elle-même, par opposition à une « réconciliation politique » qui passe par une acceptation du processus par l'ensemble des protagonistes politiques. Le « processus de réconciliation nationale » passe par les éléments classiques de la justice transitionnelle : vérité (établissement des faits et qualification de ces faits) ; responsabilité ou imputabilité de ces faits et identification des acteurs et des victimes ; réparations (individuelles et collectives) ; réconciliation des communautés et des individus ; garantie de non-répétition, dont la réalisation doit s'effectuer par le biais de la loi.

36. Exposé des motifs de la loi n° 2016-037 relative à la réconciliation nationale.

37. Décision n° 10-HCC/D3 du 27 janvier 2017 concernant la loi n° 2016-037 relative à la réconciliation nationale, §§ 12-13.



## Table des matières

Les auteurs	7
Abréviations, sigles et acronymes	11
<b>Kiara NERI, Gérard Aïvo et Frédérique LOZANORIOS</b>	
<b>Avant-propos</b> _____	13
<b>Michel PRIEUR</b>	
<b>Hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé. Le droit de l'environnement du XXI<sup>e</sup> siècle : progrès et lacunes</b> _____	17
I. – Les progrès _____	18
A. – De nouveaux traités _____	18
B. – Des décisions juridictionnelles _____	19
C. – Des rapports, déclarations et communications ____	20
II. – Les lacunes _____	23
A. – L'ineffectivité du droit de l'environnement _____	23
B. – Les déplacés environnementaux _____	24
C. – L'indépendance des experts scientifiques _____	25
D. – Les limites de la planète et la capacité de charge __	25
<b>Mohamed Ali MEKOUAR</b>	
<b>Sur les traces juridiques de Stéphane en forêt</b> _____	29
I. – Stéphane sur le terrain : l'acteur normatif _____	29
A. – Diversité des parcours juridico-forestiers explorés _	30
B. – Variété des horizons juridico-forestiers appréhendés _____	31

C. – Une singularité normative : les oasis mauritaniennes _____	33
II. – Stéphane sur le campus : l'acteur universitaire _____	34
A. – Randonnées doctrinales en droit international et comparé _____	34
B. – Soutiens à la recherche en droit international et africain _____	37

### **Paulo Affonso LEME MACHADO**

<b>Le passé, le présent et le futur du droit de l'environnement au Brésil</b> _____	43
I. – La trajectoire législative et la jurisprudence du droit de l'environnement depuis 1972 _____	43
A. – La loi de la politique nationale de l'environnement _____	43
B. – La loi de l'action civile publique de 1985 _____	44
C. – La prévention valorisée grâce à l'étude d'impact sur l'environnement _____	45
1. – Le caractère préalable de l'étude d'impact _____	45
2. – L'étude d'impact est exigée sans exception _____	45
3. – L'étude d'impact et le droit à l'information _____	46
4. – Les aires protégées _____	46
D. – La Conférence internationale des Nations unies sur l'environnement et le développement de juin 1992, à Rio de Janeiro _____	47
II. – Le moment environnemental actuel : la situation des barrages miniers dans l'État de Minas Gerais _____	48
III. – L'avenir du droit de l'environnement au Brésil : la protection de la forêt amazonienne _____	50

### **Gérard Aïvo**

<b>La question des combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés</b> _____	53
I. – Les combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés internationaux _____	57
A. – La rareté des combattants irréguliers dans les conflits armés internationaux classiques _____	58
B. – L'amplification de la participation des mercenaires et des terroristes dans les nouveaux conflits armés internationaux _____	61

II. – Les combattants irréguliers dans les nouvelles tendances de conflits armés internes _____	70
A. – L'absence du statut de combattant pour les rebelles dans les conflits armés non internationaux _____	70
B. – La participation massive des enfants-soldats, des terroristes et des mercenaires aux conflits armés internes diffus _____	74

**Paul VERMA VERMA**

<b>La Cour pénale internationale et l'Afrique</b> _____	81
I. – La résistance larvée de l'Afrique face à la Cour _____	84
A. – La tentative stérile de modification de normes relatives à l'exercice de la compétence de la Cour _____	84
B. – Les modiques amendements aux règles de procédure controversées _____	87
II. – La résistance ostentatoire de l'Afrique face à la Cour _____	90
A. – Les actions hypothétiques _____	90
B. – Les actions entreprises _____	93

**Ibrahima Ly**

**L'œuvre africaine de Stéphane Doumbé-Billé :**

<b>la sentinelle du droit public et du droit de l'environnement</b> _____	99
I. – Contribution à la mise en place et à l'animation du Réseau de l'Afrique francophone des juristes de l'environnement _____	101
A. – Membre fondateur et membre du conseil d'administration de la Société africaine de droit de l'environnement (SADE) _____	101
1. – Son rôle actif avec d'autres membres fondateurs _____	101
2. – Ses propositions pour la SADE _____	101
B. – Contribution active à la création et à l'animation du RAFJE, en tant que membre fondateur de la <i>Revue africaine de droit de l'environnement</i> et président de son comité scientifique _____	102
1. – Participation à la création, l'animation et la formalisation du RAFJE _____	102
2. – Participation à la création de la RADE et présidence de son comité scientifique _____	103
II. – Contribution à la formation et à la recherche universitaires en Afrique _____	104
A. – L'enseignement et la promotion du droit en Afrique _____	104

1. – La diversité des matières enseignées (droit public général, droit international public, droit de l'environnement, entre autres) _____	104
2. – L'animation des colloques et conférences doctorales _____	105
B. – L'encadrement et le suivi des travaux des doctorants _____	106
1. – Direction et codirection des thèses de doctorat en droit _____	106
2. – Présidence et participation à des jurys de thèse _____	108
III. – Expertise juridique au service des institutions nationales, régionales et internationales sur le continent africain ____	108
A. – Expertises juridiques de Stéphane en Afrique ____	108
B. – Autres travaux de Stéphane sur l'Afrique _____	110

### **Laurent SERMET**

#### **La Nation fermée ou la « malga-cité » ? Lecture critique du droit malgache de la nationalité \_\_\_\_\_**

I. – Le projet biopolitique malgache : ni <i>politeia</i> , ni <i>civitas</i> ? ____	115
II. – Le sang des femmes : la préférence masculine en cause ____	121
III. – La terre, le pouvoir et le sang : les figures de l'étranger ____	126



## Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé Lyon, 13 février 2020

Cette journée a été organisée par le Centre de droit international (dir. sc. **Kiara Neri**) et a reçu le soutien financier de la **faculté de droit** et de l'**EDIEC**

Accueil | **Hervé de Gaudemar**, Doyen de la Faculté de droit et **Kiara Neri**, Directrice du Centre de droit international

**DROIT DE L'ENVIRONNEMENT** | Présidence, **Jean Untermaier**, université Lyon 3

- Le droit de l'environnement du XXI<sup>e</sup> siècle, progrès et lacunes | **Michel Prieur**, université de Limoges
- Sur les traces juridiques de Stéphane en forêt | **Ali Mekouar**, FAO
- L'efficacité du droit de l'environnement au Brésil : les accidents miniers et la déforestation de l'Amazonie | **Paulo Affonso Leme Machado**

**DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL** | Présidence, **Philippe Lagrange**, université de Poitiers

- La lutte contre les abus sexuels des casques bleus : l'indispensable collaboration des États | **Frédérique Lozanorios**, université Lyon 3
- La question des combattants irréguliers dans les nouvelles tendances des conflits armés | **Gérard Aïvo**, université d'Abomey Calavi

**DROIT RÉGIONAL AFRICAÏN** | Présidence, **Ali Mekouar**, FAO

- La Cour pénale internationale et l'Afrique | **Paul Verma Verma**, université Lyon 3
- L'oeuvre africaine de Stéphane Doumbé-Billé : la sentinelle du droit public et du droit de l'environnement | **Ibrahima Ly**, université Cheikh Anta Diop
- Le droit à la nationalité en Afrique : l'illustration malgache | **Laurent Sermet**, Sciences Po Aix

Conclusions | **Slim Laghmani**, université de Tunis Carthage

Clôture des travaux - Cérémonie de remise des Mélanges posthume