

## La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie : un premier bilan

Pierre D'Argent, Jean d'Aspremont

---

### Citer ce document / Cite this document :

D'Argent Pierre, d'Aspremont Jean. La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie : un premier bilan. In: Annuaire français de droit international, volume 53, 2007. pp. 347-396;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2007.3982>

[https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_2007\\_num\\_53\\_1\\_3982](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2007_num_53_1_3982)

---

Fichier pdf généré le 10/04/2018

## LA COMMISSION DES RÉCLAMATIONS ÉRYTHRÉE-ÉTHIOPIE : UN PREMIER BILAN

PIERRE D'ARGENT et JEAN D'ASPREMONT

Au 31 décembre 2007, la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie avait adopté huit décisions, prononcé treize sentences partielles (*partial awards*) et deux sentences finales (*final awards*)<sup>1</sup>. La Commission a ainsi achevé d'examiner les responsabilités des parties pour les différents événements préjudiciables faisant l'objet des réclamations qui lui avaient été présentées ; elle doit encore se prononcer sur l'étendue des dommages, leur évaluation et la liquidation des réparations à accorder en conséquence des violations établies. La Commission des réclamations est ainsi arrivée à mi-parcours de la tâche qui lui a été confiée. Il est donc désormais possible d'établir un premier bilan de son activité. Celui-ci ne prendra pas la forme d'une présentation systématique des sentences prononcées, un tel travail analytique étant disponible tant en français<sup>2</sup> qu'en anglais<sup>3</sup>. Sans s'attarder sur les complexes aspects factuels des réclamations présentées<sup>4</sup>, ni tenter de retracer le détail des arguments des parties ou des prononcés sur chacune des questions litigieuses, la présente étude entend revenir de manière plus générale et synthétique sur les enseignements pouvant être tirés de cette expérience arbitrale, tant d'un point de vue institutionnel que matériel. C'est l'apport au droit international général de ce mécanisme de règlement des différends et de sa jurisprudence qui retiendra ici tout spécialement l'attention.

### I. – CRÉATION ET COMPOSITION

La Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie (*Eritrea-Ethiopia Claims Commission*) a été instituée par l'article 5 de l'accord d'Alger signé le

---

(\*) Pierre D'ARGENT, professeur à l'Université de Louvain ; Jean D'ASPREMONT, professeur associé à l'Université de Leiden.

1. Voy. *infra* sur la différence entre les sentences et les décisions, ainsi que sur les différents types de sentences possibles.

2. Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2003, pp. 974-983 ; 2005, pp. 224-230 & pp. 480-488 ; 2006, pp. 195-202 ; 2007, pp. 192-202 & pp. 937-943.

3. Voy. les notes de J. R. WEERAMANTRY dans l'*AJIL* : 2005, pp. 465-472 ; 2006, pp. 201-207 ; 2007, pp. 616-627. Voy. aussi les articles suivants pour un large aperçu de la jurisprudence de la commission : N. KLEIN, « State responsibility for international humanitarian law violations and the work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission so far », *GYIL*, 2004, pp. 214-266 ; W. KIDANE, « Civil liability for violations of international humanitarian law : the jurisprudence of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission in The Hague », *Wisconsin International Law Journal*, 2007, pp. 23-87.

4. Les sentences sont disponibles sur le site internet de la Cour permanente d'arbitrage [[www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)]. Le lecteur voudra bien s'y référer pour plus de précisions factuelles.

12 décembre 2000 par les gouvernements érythréen et éthiopien<sup>5</sup>. Faisant suite à l'accord-cadre endossé par l'OUA lors de la 35<sup>e</sup> session ordinaire de l'assemblée des chefs d'État et de gouvernement, tenue à Alger en juillet 1999, et à l'accord de cessation des hostilités intervenu quelques mois plus tôt entre les mêmes parties<sup>6</sup>, l'accord d'Alger du 12 décembre 2000 fut conclu sous les auspices de l'Algérie, des États-Unis, de l'ONU, de l'OUA et de l'Union européenne. Par ce traité, les parties s'engagent à mettre fin de façon permanente aux hostilités militaires engagées entre elles dès 1998<sup>7</sup> (art. 1) et à procéder au rapatriement des prisonniers de guerre et des autres personnes détenues à la suite du conflit (art. 2). Elles confient à un organisme indépendant et impartial désigné par le Secrétaire général de l'OUA, en consultation avec le Secrétaire général des Nations Unies et elles-mêmes, le soin d'identifier les origines du conflit, à partir d'une enquête portant sur les incidents du 6 mai 1998 et de l'été 1997 (art. 3)<sup>8</sup>. Une « Commission des frontières » est également instituée afin de délimiter et de démarquer la frontière entre les deux pays, « sur la base de traités coloniaux pertinents et du droit international applicable » (art. 4)<sup>9</sup>. Enfin, les parties établissent une « Commission des réclamations » (art. 5) conformément à l'engagement pris à l'occasion de l'accord-cadre adopté par l'OUA de « faire face aux effets sociaux économiques négatifs de la crise sur la population civile, y compris sur les personnes qui ont été déportées ».

La Commission des réclamations – dont l'accord du 12 décembre 2000 insiste étonnamment sur le caractère « neutre », comme si elle aurait pu ne pas l'être – est composée de cinq arbitres. Chaque partie est appelée à en désigner deux, en notifiant son choix au Secrétaire général des Nations Unies. Conformément à une pratique très répandue, le Secrétaire général se voit confier la responsabilité de désigner les arbitres des parties si elles ne l'ont pas fait dans les quarante-cinq jours de l'entrée en vigueur de l'accord et de choisir le tiers arbitre président si les arbitres désignés par les parties n'ont pu s'accorder sur ce point. Aucun arbitre ne

5. Accord entre le gouvernement de l'État d'Érythrée et le gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie, Alger, 12 décembre 2000, *RTNU*, vol. 2138, I-37274. Sur le règlement de la paix établi par cet accord, voy. E. JOUANNET, « Le règlement de paix entre l'Éthiopie et l'Érythrée : "Un succès majeur pour l'ensemble de l'Afrique" ? », *RGDIP*, 2001, pp. 849-896 ; M. PLAUT, « Towards a Cold Peace ? The Outcome of the Ethiopia-Eritrea War of 1988-2000 », *Review of African Political Economy*, 2001, pp. 125-129.

6. Accord relatif à la cessation des hostilités entre le gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le gouvernement de l'État d'Érythrée, Alger, 18 juin 2000, *RTNU*, vol. 2138, I-37273.

7. S/RES/1177 du 28 juin 1998. Sur les origines et le développement du conflit, ainsi que sur les tentatives de son règlement, voy. H. LABROUSSE, « Le conflit Éthiopie-Érythrée : origines d'une guerre annoncée », *Défense nationale*, 1999, pp. 101-112 ; E. JOUANNET, *op. cit.* ; voy. aussi les utiles précisions de synthèse rapportées par Chr. GRAY, « The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries : A Partial Award ? », *EJIL*, 2006, pp. 699-721 (pp. 700-704).

8. Cet organe n'a jamais été constitué : Claims Commission, Partial award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claim 1-8, 19 December 2005, § 3. Dès son troisième rapport postérieur à l'accord de paix du 12 décembre 2000 (S/2001/608), le Secrétaire général de l'ONU a cessé de mentionner la procédure d'enquête sur les origines du conflit, sans aucune explication à cet égard.

9. Les documents de la Commission des frontières, présidée par E. Lauterpacht, sont disponibles sur le site internet de la Cour permanente d'arbitrage (*supra* note 4). Sur les travaux de la *Boundary Commission*, voy. not. B. SIMMA/D.E. KHAN, « Peaceful settlement of boundary disputes under the auspices of the Organization of African Unity and the United Nations : the case of the frontier dispute between Eritrea and Ethiopia », in N. ANDO *et al.* (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer, 2002, pp. 1179-1196 ; L. LUCCHINI, « Érythrée – Éthiopie : l'enlèvement ? », *cet Annuaire*, 2004, pp. 389-415 ; M. SHAW, « Title, control, and closure ? The experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission », *ICLQ*, 2007, pp. 755-796 ; M. KOHEN, « La relation titres/effectivités dans le contentieux territorial à la lumière de la jurisprudence récente », *RGDIP*, 2004, pp. 561-595. Voy. aussi le 26<sup>e</sup> et dernier rapport de cette commission, annexé au rapport du Secrétaire général du 23 janvier 2008 (S/2008/40).

peut être ressortissant ou résident d'une des parties. La commission est, depuis son installation, présidée par M. Hans van Houtte et composée de M. John R. Crook, Mme Lucy Reed (désignés par l'Érythrée), M. James Paul et M. George H. Aldrich<sup>10</sup> (désignés par l'Éthiopie). Il ressort du premier rapport d'activités du président de la commission que l'arbitre Aldrich a été désigné à la suite de la démission d'un arbitre antérieurement choisi par l'Éthiopie, mais non autrement identifié dans ce rapport<sup>11</sup>. La commission siège à La Haye, dans les locaux de la Cour permanente d'arbitrage<sup>12</sup>. Son secrétariat administratif y est installé, son greffier étant Mme Bette E. Shifman. La commission s'est réunie informellement dans d'autres lieux en présence des parties, ainsi que l'y autorise l'accord qui l'institue<sup>13</sup>. Les dépenses de la commission sont à charge égale des deux États<sup>14</sup>. Ces derniers octroient aux membres de la commission et à ses employés les privilèges et immunités reconnus par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques<sup>15</sup>.

## II. – PROCÉDURE

Conformément à l'article 5, paragraphe 7, de l'accord du 12 décembre 2000, la commission a adopté un règlement de procédure<sup>16</sup> sur le modèle des règles facultatives de la Cour permanente d'arbitrage applicables à l'arbitrage des différends entre deux États (1992). Il n'y a guère d'intérêt à procéder à une comparaison entre ce modèle et les règles de procédure adoptées. Il suffit de constater que celles-ci suivent *grosso modo* la structure des règles facultatives, en reprenant parfois des dispositions entières, tandis qu'elles s'en écartent lorsque cela est rendu nécessaire par l'accord du 12 décembre 2000 et la conception arbitrale qui s'en dégage. Les règles de procédure adoptées se caractérisent par une certaine volonté de modernité et de célérité, en ce qu'elles ne manquent pas de tirer bénéfice des moyens de communications électroniques, tant en ce qui concerne les rapports entre les parties et la commission qu'en ce qui concerne la publicité pouvant être donnée à ses travaux. L'accord du 12 décembre 2000 enjoint la commission de commencer ses travaux « au plus tard 15 jours après sa constitution » et lui demande de s'efforcer de les achever dans les trois ans à partir de la date de clôture de la période d'un an ouverte pour introduire les réclamations<sup>17</sup>. La commission aurait donc dû achever ses travaux en décembre 2004. On est loin du compte. Ce retard semble toutefois moins imputable à une manière d'inertie institutionnelle par trop commune qu'à l'attitude même des États parties qui, comme on le verra, n'ont pas tiré profit de toutes les facilités procédurales instituées.

---

10. Auteur de l'étude suivante sur la commission : G.H. ALDRICH, « The work of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission », *Yearbook of international humanitarian law*, 2003, pp. 435-442.

11. Progress report of the Secretary-General on Ethiopia and Eritrea, Annex II : Eritrea/Ethiopia Claims Commission, Report to the Secretary-General on the work of the Commission : February-May 2001, S/2001/608, p. 13.

12. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 5.

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*, art. 5, § 15 et Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Rules of procedure*, art. 22.

15. *Ibid.*, art. 5, § 18.

16. Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Rules of procedure* : [www.pca-cpa.org].

17. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 12.

Conformément à l'accord du 12 décembre 2000<sup>18</sup>, les règles de procédure distinguent entre les *procedures for individual consideration of claims* et les *mass claims procedures*. Tandis que les premières supposent fort classiquement un examen individuel de chaque réclamation présentée, les secondes – explicitement instituées afin de faciliter la résolution rapide des réclamations<sup>19</sup> – organisent un traitement accéléré de la vérification des réclamations à la suite de leur classement en différentes catégories<sup>20</sup>, puis de leur regroupement, à la diligence de chaque partie, en sous-catégories selon la violation particulière du droit international dont elles procèdent. Le propre de la procédure d'examen des réclamations collectives (*mass claims*) est, après avoir établi la réalité du fait internationalement illicite spécifique à chaque sous-catégorie et son imputation étatique, de procéder à des vérifications factuelles de certaines réclamations choisies au hasard (méthode de l'échantillonnage) par sous-catégorie. Le montant total des réclamations de chaque sous-catégorie est ensuite réduit en fonction du pourcentage des réclamations non établies en fait. Dans la procédure de *mass claims*, les réclamations portent sur un montant fixe, invariable par (sous-)catégorie, étant entendu que les réclamations intergouvernementales, ainsi que les réclamations individuelles de plus de 100 000 USD, en sont exclues. La procédure des *mass claims* s'appuie notamment sur la pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies qui l'inaugura au niveau international<sup>21</sup>, ainsi que sur celle de l'Organisation internationale des migrations que la commission consulta en août 2001. L'Organisation internationale des migrations développa en effet une expertise en la matière, étant chargée d'allouer les indemnités accordées aux anciens travailleurs forcés des camps nazis<sup>22</sup>. Pour intéressante qu'elle soit, la procédure des réclamations collectives ne fut cependant pas utilisée par les parties puisqu'aucune réclamation n'avait été soumise à ce titre en date du 12 décembre 2001, date ultime pour formuler tout type de réclamation devant la commission<sup>23</sup>. Il est difficile de savoir pourquoi aucune des parties n'a souhaité recourir à la procédure des réclamations collectives. La raison de cette apparente méfiance ne transparaît d'aucun document. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner plus avant les règles procédurales spécifiques arrêtées par la commission pour affiner le traitement des réclamations collectives<sup>24</sup>. On remarquera toutefois que les cinq catégories de réclamations définies à l'origine par le règlement de

18. *Ibid.*, art. 5, § 10.

19. *Ibid.*

20. Pour le détail des cinq catégories instituées, voy. *Rules of procedure*, art. 30 : Category 1 : Claims of natural persons for unlawful expulsion from the country of their residence ; Category 2 : Claims of natural persons for unlawful displacement from their residence ; Category 3 : Claims of prisoners of war for injuries suffered from unlawful treatment ; Category 4 : Claims of civilians for unlawful detention and for injuries suffered from unlawful treatment during detention ; Category 5 : Claims of persons for loss, damage or injury other than those covered by the other categories.

21. A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations Unies et le droit de la responsabilité internationale*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 478 ; V. HEISKANEN, « The United Nations Compensation Commission », *RCADI*, vol. 296, 2002, pp. 255-397 ; P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 327-418 ; A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, CEDAM, 2003, pp. 407-469.

22. L'OIM a été chargée de gérer le programme de la fondation fédérale allemande « *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft* » [www.stiftung-evz.de]. Voy. aussi [www.compensation-for-forced-labour.org].

23. Accord du 12 décembre 2000 (cf. note 5), art. 5, § 8 : les réclamations doivent être introduites dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de l'accord, celui-ci prenant effet le jour de sa signature.

24. Decision number 2 : *Claims categories, forms and procedures* (paragraphe B) ; Decision number 5 : *Multiple claims in the Mass Claims Process, fixed-sum compensation at the \$500 and \$1500 levels, multiplier for household claims*.

procédure pour les besoins des réclamations collectives<sup>25</sup> ont survécu au non-usage de la procédure des *mass claims* et sont utilisées pour classer toutes les réclamations, en ce compris celles examinées individuellement. Les réclamations gouvernementales ont été regroupées en une sixième catégorie<sup>26</sup>, puisqu'elles ne sont pas recevables au titre des *mass claims procedures*. Il en résulte donc que les réclamations introduites sur la base de la procédure d'examen individuel sont néanmoins regroupées et examinées par catégories, ce qui permet d'établir une éventuelle priorité dans leur examen à la demande des parties<sup>27</sup>.

Le caractère contradictoire de la procédure (qu'elle concerne les examens individuels ou les réclamations collectives, même si cette dernière ne fut pas mise en œuvre) devant la commission est assuré par différentes dispositions du règlement de procédure<sup>28</sup>. La commission peut recourir aux services d'experts<sup>29</sup>. Les sentences doivent être motivées, sauf si les parties ont accepté qu'elles ne le soient pas<sup>30</sup>. Elles sont adoptées à la majorité des arbitres, la commission devant toutefois s'efforcer de statuer à l'unanimité<sup>31</sup>. Les sentences sont définitives et obligatoires pour les parties qui s'engagent à les exécuter promptement<sup>32</sup>, sous réserve d'un éventuel recours en interprétation ou en rectification dont la commission peut connaître<sup>33</sup>. Un *additional award* peut également compléter une sentence lorsque celle-ci avait omis de statuer sur l'une ou l'autre réclamation. Avant dire droit, la commission peut ordonner des mesures provisoires, le cas échéant d'office<sup>34</sup>. Même si elle n'a pas encore eu l'occasion de recourir à cette procédure, il est intéressant de souligner que ces *interim measures* sont très classiquement subordonnées au fait qu'elles soient nécessaires « *to avoid irreparable harm and that they would not constitute a final decision of the issues in dispute* » et que la commission soit *prima facie* compétente. Le caractère obligatoire des *interim awards* se déduit du fait que l'article 18, § 5, du règlement de procédure souligne le caractère obligatoire pour les parties de toutes les *decisions and awards*, que ces dernières soient finales, interlocutoires, provisoires ou partielles<sup>35</sup>. La différence entre les *awards* (sentences) et les *decisions* tient au fait que ces dernières ne statuent pas sur le bien-fondé ou les difficultés de droit ou de fait de certaines réclamations, mais reflètent des positions de principe arrêtées par la commission au sujet de certaines questions de compétence, de procédure ou au sujet de toute autre question qui n'est pas liée à une réclamation spécifique.

Les éventuelles procédures de règlement des différends instituées entre parties avant le 12 décembre 2000 ne sont pas affectées par le mécanisme arbitral. Les parties demeurent par ailleurs libres de soustraire à ce dernier et de commun accord tout ou partie du contentieux qui lui aurait été soumis, afin de transiger entre elles ou de le soumettre à une autre voie de règlement<sup>36</sup>. Chaque

25. Voy. note 20.

26. Decision number 2 : *Claims categories, forms and procedures*, A : Claims Categories [...] Category 6 : Claims of Governments for loss, damage or injury.

27. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 11.

28. Voy. Section III des *Rules of procedure*.

29. *Rules of procedure*, art. 16.

30. *Ibid.*, art. 18, § 5.

31. *Ibid.*, art. 18, § 2.

32. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 17 et *Rules of procedure*, art. 18, § 4.

33. *Rules of procedure*, art. 21.

34. *Rules of procedure*, art. 15.

35. L'article 18 du règlement de procédure distingue entre les *final*, *interlocutory*, *interim* ou *partial awards*.

36. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 8 et § 16.

partie est bien entendu libre, à tout stade de la procédure, de retirer certaines de ses réclamations régulièrement présentées<sup>37</sup>. Ces cas mis à part, la commission jouit d'une exclusivité et d'une compétence obligatoire entre parties, en ce sens qu'elle est instituée en tant que seule instance pour connaître des réclamations relevant de sa compétence, et que les parties ne peuvent s'y soustraire, sauf accord entre elles portant sur des réclamations qui lui auraient été présentées.

### III. – COMPÉTENCE

Selon l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'accord du 12 décembre 2000, le « mandat » de la Commission des réclamations est le suivant :

*« to decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (including both natural and juridical persons) of one party against the Government of the other party or entities owned or controlled by the other party that are (a) related to the conflict that was the subject of the Framework Agreement, the Modalities for its Implementation and the Cessation of Hostilities Agreement and (b) result from violations of international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions, or other violations of international law. The Commission shall not hear claims arising from the cost of military operations, preparing for military operations, or the use of force, except to the extent that such claims involve violations of international humanitarian law »*<sup>38</sup>.

Par sa première « décision »<sup>39</sup>, la commission a estimé que le « mandat » de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'accord du 12 décembre 2000, pas plus que d'autres dispositions de ce dernier, ne lui donnait une compétence générale relative à l'interprétation ou l'application de l'accord dans son ensemble. En ce sens, vu l'économie générale de l'accord de décembre 2000 et les autres organismes qu'il institue, elle refuse d'exercer une compétence de « supervision » de l'accord, marquant explicitement sa différence à cet égard avec le tribunal des différends irano-américains<sup>40</sup>. Sa compétence est donc limitée aux réclamations qui lui sont présentées au titre de l'article 5 de l'accord : ces réclamations doivent porter sur des pertes, des dommages ou des préjudices liés au conflit entre les parties (compétence *ratione temporis*), subies par elles ou leurs ressortissants (compétence *ratione personae*) et découlant de la violation du droit international (compétence *ratione materiae*).

37. Voy. la décision n° 6 relative à la réclamation 18 de l'Érythrée par laquelle, conformément à la demande de retrait présentée par l'Érythrée, la commission déclare qu'elle ne statuera pas sur cette réclamation.

38. Nous citons la version authentique anglaise de l'accord du 12 décembre 2000 (cf. note 5), sa traduction française laissant quelque peu à désirer : « Cette Commission aura pour mandat de statuer dans le cadre d'un arbitrage ayant force exécutoire, sur toutes les réclamations pour pertes, dommages ou préjudices corporels présentées par un Gouvernement à l'encontre de l'autre, et par les ressortissants (y compris les personnes et entités juridiques) d'une Partie à l'encontre du Gouvernement de l'autre Partie ou de personnes morales appartenant à l'autre Partie ou placées sous le contrôle de cette dernière et qui a) sont liées au différend qui était l'objet de l'Accord cadre, des Modalités relatives à son application et de l'Accord de cessation des hostilités, et b) découlent de violations du droit humanitaire international, y compris les Conventions de Genève de 1949, ou d'autres violations du droit international. La Commission ne sera pas habilitée à considérer les réclamations ayant trait au coût d'opérations militaires, à la préparation d'opérations militaires ou à l'utilisation de la force, sauf dans la mesure où lesdites réclamations comprennent des violations du droit humanitaire international ».

39. Decision Number 1 : *The Commission's Mandate / Temporal Scope of Jurisdiction*.

40. Dont la compétence générale d'interprétation et d'application est fixée par l'article II de la *Claims Settlement Declaration* du 19 janvier 1981 [www.iusct.org].

### A. *Ratione temporis*

Par sa première décision<sup>41</sup>, la commission a précisé la portée de son « mandat », notamment quant à sa compétence *ratione temporis*, étant entendu que le point central à cet égard est l'existence (c'est-à-dire l'extension temporelle) du conflit armé entre parties. La commission a fait la distinction entre les réclamations « *arising during the conflict* », celles d'après décembre 2000 et celles d'avant mai 1998.

Considérant que le conflit entre parties a débuté en mai 1998 et a pris fin par l'accord du 12 décembre 2000, la commission établit une présomption suivant laquelle les réclamations relatives à des événements qui se sont produits durant cette période (« *claims arising during this period* ») sont liées au conflit (« *relate to the conflict* ») au sens de l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'accord. Ces réclamations sont de la compétence de la commission<sup>42</sup>. Il n'y a rien à redire à cette approche, qui paraît en tous points logique, sauf que la commission n'explique pas ce qui lui permet d'affirmer que le conflit a effectivement débuté en mai 1998, et pas avant. Ainsi que Christine Gray l'a montré<sup>43</sup>, l'affirmation lacunaire (et contestable au vu de l'histoire des relations tumultueuses des deux belligérants) de la décision n° 1 quant au point de départ du conflit contient en germe son prononcé controversé relatif à l'illicéité de principe du recours à la force par l'Érythrée (*cf. infra*).

Les réclamations relatives aux événements postérieurs à l'accord de paix ne bénéficient pas d'une présomption similaire. Elles peuvent néanmoins relever de la compétence de la commission si l'État qui les introduit établit qu'elles « *arose as a result of the armed conflict between the parties, or occurred in the course of measures to disengage contending forces or otherwise to end the military confrontation between the two sides* ». Selon la commission, cette extension temporelle de sa compétence à des événements liés au conflit, mais ayant eu lieu après la fin des hostilités, est conforme à certains principes du droit international humanitaire<sup>44</sup>. Ainsi, la commission s'est déclarée compétente pour connaître des réclamations relatives aux mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre après le 12 décembre 2000, dès lors qu'ils avaient été capturés durant le conflit. De même, les allégations de maintien illicite en captivité et de non rapatriement des prisonniers de guerre après la fin des hostilités relèvent de la compétence de la commission<sup>45</sup>. Par contre, faute pour l'Érythrée d'avoir établi en quoi l'expulsion par l'Éthiopie de sept cent soixante douze personnes en juillet 2001 était liée au désengagement des forces armées des parties après la fin des hostilités, ou autrement liée à celles-ci, la commission s'estime incompétente pour connaître des réclamations érythréennes portant sur ces événements<sup>46</sup>. L'incompétence *ratione temporis* de la commission s'étend aux réclamations relatives aux

41. Décision n° 1 : *The Commission's Mandate/Temporal Scope of Jurisdiction*.

42. Par exemple, les réclamations examinées dans les sentences suivantes : Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005.

43. Chr. GRAY, « The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries : A Partial Award ? », *EJIL*, 2006, pp. 699-721 (p. 714).

44. Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 15 : la commission cite l'article 6, § 4, de la quatrième convention de Genève et l'article 3 du premier protocole additionnel de 1977.

45. Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 14-22 ; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, §§ 15-18.

46. Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 16.

comportements de l'Éthiopie ayant supposément empêché des personnes déplacées de retourner chez elles, lorsque de tels comportements furent postérieurs à la fin des hostilités<sup>47</sup>. De même, la commission s'est déclarée incompétente pour connaître des réclamations relatives aux arrestations par l'Érythrée de certains personnels de l'ambassade éthiopienne, dès lors qu'elles avaient eu lieu après le 12 décembre 2000<sup>48</sup>.

Les réclamations relatives à des événements antérieurs au mois de mai 1998 ne relèvent en principe pas de la compétence de la commission, puisque le conflit armé entre parties n'a, selon la commission, pas débuté avant mai 1998 et que les réclamations doivent y être liées. Considérant que son mandat doit être concilié avec la structure institutionnelle générale établie par l'accord de décembre 2000 – lequel a institué d'autres mécanismes pour régler d'autres aspects du contentieux entre parties, et n'a donné à la commission qu'une capacité institutionnelle limitée de traitement des réclamations –, la commission refuse d'interpréter largement la notion de réclamations « liées au conflit » afin d'élargir sa compétence à des réclamations fondées sur des événements antérieurs au conflit, dont elle a fixé le début – comme on vient de l'expliquer – au mois de mai 1998. Les parties semblent partager cette attitude restrictive<sup>49</sup>.

La compétence *ratione temporis* de la commission ne s'apprécie pas seulement au regard du moment auquel les événements préjudiciables eurent lieu, ceci afin de déterminer s'ils étaient liés au conflit entre parties. Quand bien même tel serait le cas, il faut encore que la réclamation – et non plus les événements sur lesquels celle-ci se fonde – ait été présentée à la commission dans l'année de l'entrée en vigueur de l'accord du 12 décembre 2000, soit au plus tard le 12 décembre 2001<sup>50</sup>. Cette règle procédurale est sanctionnée substantiellement puisque les réclamations présentées tardivement sont déclarées éteintes, « conformément au droit international »<sup>51</sup>. La forclusion, combinée à l'exclusivité de la compétence de la commission (*cf. supra*), a donc un effet substantiel d'extinction des réclamations non présentées dans les délais. Cette extinction concerne tant les réclamations fondées sur les droits propres des États parties, que celles qu'ils pourraient introduire au nom de leurs ressortissants ou des personnes qui en seraient originaires (*cf. infra*). Certains pourraient interpréter les termes de l'accord du 12 décembre 2000, selon lesquels les réclamations non introduites dans l'année « *shall be extinguished, in accordance with international law* »<sup>52</sup>, comme signifiant que l'extinction substantielle des réclamations tardives ne peut avoir lieu que pour autant que le droit international le permette, donnant donc à penser que, selon ce dernier, les États ne pourraient pas renoncer à certaines créances de réparation dès lors qu'elles procéderaient de violations graves de règles protégeant les particuliers. Cette interprétation ne nous semble pas correcte, la référence au droit international contenue dans la clause d'extinction paraissant plutôt exprimer la conviction des parties qu'elles peuvent transiger sur toute créance indemnitaire, quelle que soit la violation du droit international dont elle procède. L'extinction des réclamations non présentées à temps est

47. Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, §§ 125-129.

48. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 16.

49. Decision Number 1 : *The Commission's Mandate/Temporal Scope of Jurisdiction*.

50. Accord du 12 décembre 2000 (*cf. note* 5), art. 5, § 8.

51. La version originale anglaise dispose que « *any such claims which could not have been and were not submitted by that deadline shall be extinguished, in accordance with international law* ». La version française traduit « *extinguished* » par « nulles et non avenues », ce qui est contestable.

52. Nous soulignons.

une autre manière d'exprimer une renonciation, laquelle est une modalité transactionnelle parmi d'autres. Cette conviction des parties, qui les conduit donc à renoncer réciproquement aux réclamations tardives, ne nous paraît pas erronée en droit international positif. L'accord du 12 décembre 2000 confirme en effet sur ce point une pratique bien établie selon laquelle les États peuvent, singulièrement pour les besoins du rétablissement de la « paix », disposer des éventuelles créances de réparation des particuliers, quelles que soient les violations dont elles procèdent<sup>53</sup>. La pratique de la commission est clairement établie en ce sens, sa jurisprudence constatant l'accord des parties sur le principe même de l'extinction des réclamations tardives et ne prenant pas la peine d'analyser s'il pourrait exister des réclamations qui, vu la nature des violations dont elles procèdent, échapperaient à cette extinction<sup>54</sup>. L'examen effectué par la commission à cet égard consiste le plus souvent à déterminer si les réclamations litigieuses avaient ou non été présentées à temps, étant le cas échéant incluses dans les *statements of claims* des parties<sup>55</sup>.

### B. *Ratione personae*

Ainsi qu'en dispose l'accord du 12 décembre 2000, les réclamations sont soumises à la commission « *by each of the parties on its own behalf and on behalf of its nationals, including both natural and juridical persons* »<sup>56</sup> : l'accès à la commission est donc réservé aux deux États contractants, étant entendu qu'ils peuvent présenter les réclamations, soit en leur nom propre, soit au nom de leurs ressortissants, personnes physiques ou morales. Tout cela peut paraître fort classique. Encore faut-il voir que, de ces deux possibilités, seule la première constitue un aménagement conventionnel de la protection diplomatique. En effet, lorsque l'État présente une réclamation *en son nom propre*, il peut y inclure des dommages causés à ses biens, mais aussi des dommages matériellement subis par ses ressortissants. Dans ce cas, il n'agit pas en leur nom, mais dans l'exercice de son droit propre, l'ensemble de la réclamation étant faite en son nom. Par contre, lorsque l'État présente une réclamation *au nom de ses ressortissants*, il n'agit pas dans l'exercice de son droit de protection diplomatique : il met en œuvre une possibilité conventionnelle distincte, dont il conserve tout autant la maîtrise puisque la présentation des réclamations au nom des ressortissants ne constitue pas un droit dans leur chef. Ceci a fait dire à Emmanuelle Jouannet que le mécanisme institué était à la fois « interétatique et transétatique »<sup>57</sup>. Lorsque l'État agit au nom de ses ressortissants (et non pas en son nom propre), l'indemnité de réparation allouée devrait leur revenir. Concrètement, les parties n'ont guère eu recours à la possibilité de présenter des réclamations au nom de leurs ressortissants : toutes les réclamations éthiopiennes ont été faites au nom de l'État, tandis que l'Érythrée n'a présenté que quelques réclamations au nom d'individus identifiés, lesquels n'avaient apparemment pas sa nationalité mais en

53. P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 759-774 ; P. d'ARGENT, « Wrongs of the Past, History of the Future ? », *EJIL*, pp. 279-288.

54. Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, §§ 23-26; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, §§ 19-21.

55. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, §§ 11-16; Partial award, *Civilians Claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, §§ 20-21; Partial award, *Diplomatic Claim*, Eritrea's Claim 20, 19 December 2005, § 10 ; Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, §§ 10-12.

56. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 8.

57. E. JOUANNET, *op. cit.*, note 5, p. 876.

étaient originaires<sup>58</sup> (*cf. infra*). Lorsqu'elles agissent en leur nom propre en incluant dans leurs réclamations des dommages causés à leurs ressortissants, l'exercice de cette manière de protection diplomatique conventionnellement aménagée n'est pas subordonné à l'épuisement de quelque voie de recours interne que ce soit. Lorsque la réclamation porte sur des dommages subis par des personnes possédant, outre la nationalité de l'État réclamant (que ce dernier agisse en son nom propre ou au nom de ses ressortissants en cause), la nationalité d'un autre État, la compétence de la commission n'est limitée par le test de la nationalité dominante et effective que lorsque cette autre nationalité est celle de l'État défendeur<sup>59</sup>. La commission justifie cette approche restrictive de l'exigence de la nationalité dominante et effective en cas de double nationalité par le fait qu'elle a pour objectif de s'assurer du caractère réellement international de la réclamation présentée. Dès lors que ce caractère est nécessairement acquis si la personne préjudiciée n'est pas ressortissante de l'État défendeur, il importe peu de savoir si la nationalité de l'État demandeur est dominante ou non. Cette solution est conforme aux articles 6 et 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du droit international lors de sa 61<sup>e</sup> session<sup>60</sup>.

Il est assez remarquable et original que les auteurs de l'accord instituant la Commission des réclamations aient en outre prévu la possibilité pour chaque État de présenter, « dans les cas appropriés », des réclamations au nom de personnes qui, sans en avoir leur nationalité, sont *d'origine érythréenne ou éthiopienne*<sup>61</sup>. L'accord du 12 décembre 2000 dispose que ces réclamations seront examinées « sur la même base que celles qui lui sont soumises au nom des ressortissants de la partie en question ». La commission a eu l'occasion de souligner le caractère exceptionnel et dérogatoire au droit international général de cette possibilité, la qualifiant de *lex specialis*<sup>62</sup>. Ces réclamations doivent être faites par l'État réclamant au nom des personnes qui en sont originaires, et non au nom de cet État lui-même : la commission est sans compétence pour connaître de réclamations introduites par un État en son nom propre et portant sur des dommages subis par des personnes qui n'ont pas sa nationalité, quand bien même en seraient-elles originaires. Selon la commission, « *the wording "on behalf of" indicates that the claim remains the property of the individual and that any eventual recovery of damages should accrue to that person* »<sup>63</sup>, cette extension

58. Partial award, *Civilian Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 18, note 8, et §§ 158-160.

59. Partial award, *Loss of Property in Ethiopia owned by Non-Residents*, Eritrea's Claim 24, 19 December 2005, §§ 8-11.

60. *Documents officiels de l'Assemblée générale, 61<sup>e</sup> session, Supplément n° 10, A/61/10* (2006), p. 41 et s. Les articles ont été recommandés par l'Assemblée générale à l'attention des gouvernements par la résolution A/RES/62/67 du 8 janvier 2008. Bien que ce rapport et cette résolution soient postérieurs à la sentence du 19 décembre 2005, il est étonnant que celle-ci ne fasse nulle référence aux travaux de la CDI sur cette question, les principes des articles 6 et 7 ayant été définitivement acquis dès 2004. Voy. aussi not. S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, pp. 355-364. Voy. aussi *Esphahanian v. Bank Tejarat et Golpira v. Iran*, 2 Iran-US CTR, 1983, I, pp. 157 et s.

61. Accord du 12 décembre 2000 (*cf.* note 5), art. 5, § 9 : « *on behalf of persons of Ethiopian or Eritrean origin who may not be its nationals* ». Sur les motifs de cette extension de compétence, voy. W. KIDANE, « Civil liability for violations of international humanitarian law : the jurisprudence of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission in The Hague », *Wisconsin International Law Journal*, 2007, pp. 23-87 (pp. 51-57).

62. Partial award, *Civilian Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 17 ; Partial award, *Loss of Property in Ethiopia owned by Non-Residents*, Eritrea's Claim 24, 19 December 2005, § 5.

63. Partial award, *Civilian Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 19.

exceptionnelle de compétence aux réclamations faites au nom de personnes originaires ne pouvant se transformer en réclamations de l'État pour des dommages subis par des non-nationaux<sup>64</sup>. Cette extension de compétence n'a été utilisée que très ponctuellement<sup>65</sup>.

La réclamation est présentée au nom de l'État, au nom de ses nationaux ou au nom de personnes qui en sont originaires car elle doit porter sur une perte, un dommage ou un préjudice corporel subi par l'un de ces sujets. Ceci implique que lorsque la réclamation porte sur des biens endommagés ou détruits, ils doivent avoir été la propriété de l'un de ces sujets au moment du fait dommageable. Ainsi, la commission se déclare sans compétence pour connaître des réclamations éthiopiennes pour des pertes subies dans les ports érythréens et relatives à des marchandises qui étaient demeurées la propriété des États donateurs d'aide, notamment alimentaire<sup>66</sup>.

### C. *Ratione materiae*

Pour relever de la compétence de la commission, les réclamations qui lui sont présentées doivent, non seulement satisfaire à ces exigences *ratione temporis* et *personae*, mais encore être relatives à des pertes, dommages ou préjudices corporels<sup>67</sup> liées au conflit entre parties et découlant « de violations du droit international humanitaire, y compris les conventions de Genève de 1949, ou d'autres violations du droit international ». L'article 5, paragraphe 1, de l'accord du 12 décembre 2000 poursuit en excluant de la compétence *ratione materiae* de la commission les réclamations relatives « au coût d'opérations militaires, à la préparation d'opérations militaires ou à l'utilisation de la force, sauf dans la mesure où lesdites réclamations comprennent des violations du droit humanitaire international ». La compétence *ratione materiae* de la commission suppose donc l'existence d'une violation du droit international comme cause du préjudice faisant l'objet de la réclamation. Cette exigence explique que la violation de l'un ou l'autre droit interne ne soit jamais considérée comme satisfaisante et qu'il faille pouvoir fonder la réclamation sur la violation d'une obligation internationale pour qu'elle soit recevable<sup>68</sup>. Les violations du droit international, singulièrement du droit de la guerre, doivent bien entendu être imputables à l'État contre lequel la réclamation est introduite, ce que l'accord du 12 décembre 2000 ne manque pas de rappeler en précisant que les réclamations doivent être faites par une partie à l'encontre du gouvernement de l'autre « ou de personnes morales appartenant à l'autre partie ou placées sous le contrôle de cette dernière ». Ces questions d'attribution seront examinées ultérieurement. Il est par contre tout à la fois étonnant et remarquable que l'accord du 12 décembre 2000 ne précise pas que le mandat de la commission consiste à allouer des réparations pour les préjudices faisant l'objet des réclamations : il indique seulement que le mandat de la commission est de « statuer » (*to decide*) sur ces réclamations. Nul doute toutefois que la « décision » attendue de la commission consiste non seulement à établir la réalité des faits et des responsabilités juridiques qui en découlent

64. Voy. encore Final award, *Pensions*, Eritrea's Claims 15, 19 & 23, 19 December 2005.

65. Voy. note 58.

66. Final award, *Ports*, Ethiopia's Claim 6, 19 December 2005, §§ 3-6.

67. *Injury* dans la version anglaise originale.

68. Final award, *Pensions*, Eritrea's Claims 15, 19 & 23, 19 December 2005, § 10. En l'occurrence, la réclamation était fondée sur la violation d'un protocole conclu en septembre 1993 entre les parties et portant sur le paiement des pensions des fonctionnaires à la suite de l'indépendance de l'Erythrée. À titre subsidiaire, la réclamation érythréenne invoquait la violation de différentes règles prétendument coutumières en la matière. Cette réclamation fut rejetée pour le tout.

en fonction du droit applicable, mais également à statuer, en fonction du même droit, sur les demandes de réparation qui sont au cœur même de toute « réclamation ». Nous reviendrons plus loin sur ce que la commission a dit à ce jour des formes de réparation qu'elle est disposée à accorder.

Tout en ne limitant pas les réclamations aux seuls cas où elles seraient fondées sur une violation du droit international humanitaire, il faut reconnaître que les auteurs de l'accord du 12 décembre 2000 ont manifestement accordé une importance considérable à la violation du *jus in bello* dans la compétence de la commission : les « autres violations du droit international » sont énoncées après les violations du droit international humanitaire, lequel est précisé par la référence exemplative faite aux (quatre) conventions de Genève de 1949. Par ailleurs, les frais de guerre ne sont exclus de la compétence de la commission que dans la mesure où ils n'impliquent pas de violation du droit international humanitaire. Cette importance accordée au droit international humanitaire se reflète dans la jurisprudence de la commission, laquelle consacre divers développements, au titre du droit applicable, à l'identification des règles du *jus in bello*, et à leur nature, conventionnelle ou coutumière (*cf. infra*).

Quand bien même les violations du *jus in bello* occupent une place centrale dans la définition de la compétence de la commission, celle-ci n'y est pas limitée puisque l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000 vise explicitement d'éventuelles « autres violations du droit international ». La question s'est dès lors posée de savoir si la commission pouvait connaître de réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum*.

La difficulté d'admettre la compétence de la commission pour statuer sur les réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum* tient au fait que les parties, en vertu de l'article 3 du même accord, ont confié à un « organisme indépendant et impartial, désigné par le Secrétaire général de l'OUA, en consultation avec le Secrétaire général des Nations Unies et les deux Parties » le soin de mener une enquête sur les incidents du 6 mai 1998 « ainsi que sur tout autre incident survenu avant cette date et qui pourrait avoir contribué à un malentendu entre les Parties en ce qui concerne leur frontière commune, y compris les incidents de juillet et d'août 1997 », ceci « afin d'identifier les origines du conflit ». La commission a répondu à cet argument en considérant qu'elle était le seul organe institué pour statuer sur les responsabilités découlant de violations du droit international, la tâche de l'organisme indépendant et impartial chargé d'identifier les origines du conflit étant jugée d'une tout autre nature que celle qui consiste à décider en droit d'une allégation relative à un emploi illicite de la force<sup>69</sup>. La comparaison faite par la commission entre son mandat et celui de l'organisme indépendant et impartial était probablement d'autant plus facile à établir que ce dernier n'a pas été créé<sup>70</sup>... Cette inexécution de l'accord de décembre 2000 paraît avoir étrangement renforcé la commission dans sa volonté d'affirmer sa compétence, alors qu'elle aurait pu y voir le signe que les parties – qui doivent être consultées au sujet de la composition de l'organisme indépendant et impartial à créer – n'étaient plus intéressées par l'établissement de l'origine de la guerre qu'elles s'étaient livrées, ou du moins estimaient que toute détermination à cet égard était devenue inopportune car, au lieu de contribuer au rétablissement de la paix, la vérité sur l'origine de la guerre risquait de la raviver<sup>71</sup>.

69. Partial award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, 19 December 2005, § 4.

70. *Cf.* note 8.

71. À ce titre, Emmanuelle JOUANNET considère que la procédure d'enquête sur les origines du conflit laisse « perplexe », étant intrinsèquement antinomique avec l'accord de paix : *op. cit.*, note 5, pp. 889-890.

La commission a encore répondu à un autre argument avancé par l'Érythrée pour s'opposer aux réclamations de l'Éthiopie fondée sur de prétendues violations du *jus ad bellum*. Cet argument, de texte, déduit l'incompétence de la commission à cet égard du fait que la dernière phrase du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000 exclut de la compétence de la commission les réclamations portant sur « *the cost of military operations, preparing for military operations, or the use of force, except to the extent that such claims involve violations of international humanitarian law* »<sup>72</sup> : en excluant les réclamations ayant trait à l'emploi de la force, sauf dans la mesure où elles comprennent des violations du *jus in bello*, l'accord du 12 décembre 2000 paraît bien interdire à la commission de connaître de réclamations fondées sur les seules violations du *jus ad bellum*. Tout en reconnaissant qu'à première vue le texte invoqué avait effectivement cette portée, la commission ne s'est pourtant pas ralliée à cet argument, considérant que les parties avaient interprété la dernière phrase du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 5 comme impliquant *seulement* l'incompétence de la commission en ce qui concerne tous les coûts des opérations militaires, tous les coûts de la préparation d'opérations militaires et tous les *coûts* de l'emploi de la force, « sans exception »<sup>73</sup> : dès l'instant où seuls les frais de guerre des parties ne peuvent être réclamés devant la commission, elle s'estime compétente pour statuer sur les réclamations portant sur les autres pertes et dommages découlant d'un emploi de la force, même lorsqu'il procède seulement d'une violation du *jus ad bellum*. L'interprétation par les parties de l'article 5 paraissant avoir abandonné toute référence à la violation du *jus in bello* quant à l'éventuelle admissibilité d'une réclamation fondée sur l'emploi de la force, l'illicéité de cet emploi ne doit plus nécessairement procéder d'une violation droit international humanitaire. La commission a donc affirmé sa compétence à l'égard des réclamations fondées sur les seules violations du *jus ad bellum*<sup>74</sup>.

On peut assurément être dubitatif face à cette affirmation de compétence, voire même partager les critiques sévères qui ont été adressées à la commission<sup>75</sup>, tant son approche de cette question particulièrement sensible – que le Conseil de sécurité s'est d'ailleurs bien gardé d'aborder – a été à la fois sommaire et extraordinairement superficielle. La commission reconnaît en effet que le texte de l'accord de décembre 2000 devrait conduire à exclure les réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum*, mais écarte ce texte au profit d'une interprétation qu'en ont donnée les parties. Il n'est pas question de contester ici cette

72. Nous soulignons.

73. Le point 5 de la lettre adressée le 24 juillet 2001 par la commission aux parties constate leur accord en ces termes (in : Partial award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, 19 December 2005, p. 2, note 2) : « *The Commission notes the agreement of the Parties that the last sentence of Article 5, paragraph 1 of the Agreement of 12 December 2000, despite its wording, was intended to mean that claims of compensation for all costs of military operations, all costs of preparing for military operations, and all costs of the use of force are excluded from the jurisdiction of the Commission, without exception. Consequently, the Commission shall respect that interpretation of the provision* ». Les parties ont donc procédé à une manière de « distributivité » de la notion de « coûts » sur chaque terme de la phrase, et ont en outre retiré toute référence au droit international humanitaire comme exception à ces exclusions. La Commission commente l'interprétation des parties ainsi : « [...] at an early stage of the proceedings, the Parties agreed upon an interpretation of that sentence limiting it to claims solely for the costs of the enumerated activities, and the Commission agreed to respect that interpretation ».

74. Partial award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, 19 December 2005, § 5 ; Partial award, *Economic loss throughout Ethiopia*, Ethiopia's Claim 7, 19 December 2005, § 6.

75. Voy. not. Chr. GRAY, « The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries : A Partial Award ? », *EJIL*, 2006, pp. 699-721. Dans cet article, Christine Gray va jusqu'à dire que ce n'est pas faire insulte que de penser que, si les parties avaient réellement voulu que la commission puisse connaître des violations du *jus ad bellum*, elles auraient désigné comme arbitres d'autres personnes que les spécialistes de droit international privé qui la composent... (p. 707).

interprétation, mais seulement de critiquer la portée que la commission lui donne, puisque les parties ont précisé ce qui, selon elles, devait être exclu de sa compétence, alors que la commission en déduit une extension de compétence qu'elle considère elle-même comme difficilement justifiable au regard du texte de l'accord du 12 décembre 2000 qui l'institue. Cette compréhension de l'interprétation de l'article 5 de l'accord par les parties est d'autant plus étonnante que, manifestement, elles divergeaient quant à sa portée, l'Érythrée s'opposant au sens que lui a finalement donné la commission. Quoi qu'il en soit, la commission s'est vite aperçue que son volontarisme en la matière la conduisait à des conséquences non souhaitables, qu'elle aurait pourtant dû prévoir. Pour tenter de les circonscrire – et donc, en quelque sorte, de « rattraper » son prononcé contestable en limitant les effets –, elle a développé une approche restrictive de la causalité en cas de violation du *jus ad bellum*. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

#### IV. – DROIT APPLICABLE

Selon le paragraphe 13 de l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000, « *[i/n considering claims, the Commission shall apply relevant rules of international law]* ». Il ajoute que « *The Commission shall not have the power to make decisions ex aequo et bono* »<sup>76</sup>. Explicitant cette clause de droit applicable, l'article 19 du règlement de procédure la répète, et précise quelles sont les sources du droit international auxquelles la commission doit se référer<sup>77</sup> en reprenant presque mot à mot les termes de l'article 38, paragraphe 1<sup>er</sup>, du statut de la Cour internationale de Justice. La même disposition indique que la commission « *may also refer to national laws in appropriate circumstances* ». Comme on le sait, ceci ne signifie pas qu'elle pourrait connaître de réclamations fondées sur les seules violations du droit interne (*cf. supra*).

Cette clause de droit applicable n'a donc rien d'original. Elle prolonge très naturellement la condition *ratione materiae* de la compétence de la commission : puisque les réclamations doivent être fondées sur la violation du droit international, il faut appliquer celui-ci pour statuer sur celles-là. Au-delà de son contenu élémentaire, c'est bien entendu l'application par la commission de la clause de droit applicable qui mérite l'attention. Nous nous arrêterons dès lors sur le « droit appliqué » par la commission, en distinguant – par commodité de présentation et afin de dégager les principaux enseignements juridiques de cette pratique arbitrale – quelques-uns des champs normatifs du droit international au sujet desquels elle s'est prononcée.

##### A. Droit international humanitaire

Comme expliqué ci-avant, les auteurs de l'accord du 12 décembre 2000 ont accordé une importance considérable à la violation du *jus in bello* lorsqu'ils ont

76. « La Commission examinera les réclamations conformément aux règles de droit international pertinentes. La Commission ne sera pas habilitée à prendre des décisions *ex aequo et bono*. »

77. Tandis que l'article 38, § 1<sup>er</sup>, du statut de la Cour internationale de Justice précise les règles de droit international que la Cour « *shall apply* », le règlement de procédure de la commission dispose que ce sont ces mêmes règles que la commission « *shall look at* » (*Rules of procedure*, art. 19, § 2). Cette différence importe peu, dans la mesure où il est clair, ainsi que l'indiquent l'accord de décembre 2000 et le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 19 du règlement de procédure, que la commission « *shall apply relevant rules of international law* ».

défini la compétence *ratione materiae* de la commission. C'est donc sans surprise que la commission consacre de nombreux développements au droit international humanitaire<sup>78</sup>.

Sous réserve de certains événements préjudiciables relatifs aux prisonniers de guerre<sup>79</sup>, la plupart des violations du droit international humanitaire invoquées par les parties concernaient des faits antérieurs au 12 décembre 2000 – date de la fin du conflit armé. La difficulté tenait toutefois au fait que l'Érythrée n'adhéra aux conventions de Genève que le 14 août 2000. Aussi, le comportement de l'Érythrée ne pouvait-il, pour la plus grande partie du conflit armé, être évalué qu'au regard du seul droit international humanitaire coutumier. C'est ce qui explique que la Commission des réclamations a dû rapidement clarifier le statut de ce dernier.

Il est intéressant de noter que l'Érythrée ne niait pas que de nombreuses dispositions des conventions de Genève reflètent le droit coutumier<sup>80</sup> et lui étaient donc applicables. L'Érythrée affirmait toutefois que les dispositions plus « techniques » et « détaillées » de ces traités ne pouvaient pas revêtir un caractère coutumier. Tel aurait été le cas, selon elle, des dispositions relatives à la protection offerte aux prisonniers de guerre et, plus particulièrement, celles concernant la consommation de tabac<sup>81</sup>, l'établissement de cantines<sup>82</sup>, la rétribution du travail<sup>83</sup> ou les modalités d'enterrement en cas de décès<sup>84</sup>. L'argument érythréen est loin d'être sans pertinence. Il ne semble en effet pas contesté que des dispositions relatives à des mécanismes institutionnels ne peuvent générer du droit coutumier. Il en va de même des règles conventionnelles d'une grande technicité et savamment détaillées. La question se posait donc indubitablement pour les obligations techniques ou procédurales contenues dans la troisième convention de Genève. La Commission des réclamations l'a d'ailleurs reconnu, soulignant que cette convention constitue « *an extremely detailed and comprehensive code for the treatments of POWs* »<sup>85</sup>. Cela n'a pas semblé suffire à la commission pour l'empêcher de tenir ces dispositions pour du droit international coutumier. Pour justifier le rejet de l'argument érythréen à cet égard, la commission a recouru, en plusieurs temps, à divers arguments dont aucun n'emporte véritablement la conviction.

S'agissant des règles relatives au rôle d'observateurs externes et notamment celui du CICR, la commission affirme par exemple que « *they are of such importance for the prospects of compliance with the law that it would be irresponsible for the Commission to consider them inapplicable as customary international law* »<sup>86</sup>. L'argument est assurément curieux. À suivre la commission, une règle conventionnelle secondaire, quel que soit son caractère technique et procédural,

78. Sur les questions de droit international humanitaire traitées par la commission, voy. N. KLEIN, « State responsibility for international humanitarian law violations and the work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission so far », *GYIL*, 2004, pp. 214-266.

79. Voy. par ex. les réclamations relatives aux mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre après le 12 décembre 2000 ou celles relatives au maintien illicite en captivité et de non rapatriement des prisonniers de guerre, Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, §§ 14-22; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, §§ 15-18.

80. Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 38 ; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 29.

81. Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 26.

82. *Ibid.*, art. 28.

83. *Ibid.*, art. 54.

84. *Ibid.*, art. 120-121.

85. Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 52.

86. *Ibid.*, § 61.

parce qu'elle serait considérée comme cruciale pour assurer l'exécution d'une obligation primaire de caractère coutumier, devrait revêtir, par implication, le même statut coutumier que la règle primaire dont elle cherche à renforcer le respect.

La commission a également fait appel au « consensus » existant sur le caractère coutumier des quatre conventions de Genève *en général*<sup>87</sup>. Il faut reconnaître qu'une grande partie des dispositions de ces conventions constitue du droit international coutumier comme l'a d'ailleurs indiqué la Cour internationale de Justice<sup>88</sup> mais aussi le Secrétaire général des Nations Unies avec l'appui unanime du Conseil de Sécurité<sup>89</sup>. Cela n'implique cependant pas que toutes leurs dispositions – et notamment les règles de la troisième convention – le soient nécessairement<sup>90</sup>. On doute en effet que, de manière générale, les dispositions des conventions de Genève relatives, par exemple, aux limitations *ratione temporis* des conventions<sup>91</sup>, au rôle du CICR<sup>92</sup>, au Bureau officiel d'information<sup>93</sup>, à l'Agence centrale d'information<sup>94</sup> ou l'Agence centrale des prisonniers de guerre<sup>95</sup> puissent jamais être considérées comme coutumières. La commission ne s'est guère embarrassée de ces nuances et n'a pas jugé nécessaire de considérer l'argument érythréen susmentionné plus avant.

Pour affirmer le caractère coutumier de l'ensemble des conventions de Genève, la commission a aussi considéré que ces conventions « *are concluded for the purpose of creating a treaty law for the parties to the convention and for the related purpose of codifying and developing customary international law that is applicable to all nations* »<sup>96</sup>. Dans le même ordre d'idées, elle a fait référence aux fameuses « considérations élémentaires d'humanité » que reflèteraient les règles du droit international humanitaire et qu'avait mentionnées la Cour internationale de Justice dans son arrêt relatif au *Détroit de Corfou*<sup>97</sup>. Ces affirmations suscitent quelque perplexité<sup>98</sup>. D'abord parce qu'il n'est pas douteux que les « considérations

87. *Ibid.*, §§ 30-33 ; Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 15 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 15 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, § 12 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005, § 16 ; Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 28 ; Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 24.

88. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, §§ 218-220 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, §§ 80-84. Sur cette question voy. F. RAIMUNDO, « The International Court of Justice as a Guardian of the Unity of Humanitarian Law », *Leiden Journal of International Law*, 2007, pp. 593-611.

89. Voy. le rapport du Secrétaire général en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, par lequel il présentait le statut du tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 – rapport unanimement approuvé par le Conseil de sécurité (résolution 827 (1993)).

90. Voy. l'opinion dissidente de R. JENNINGS jointe à l'arrêt de la CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, p. 587.

91. Par exemple, convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, art. 6.

92. *Ibid.*, art. 10, et convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 10.

93. Convention (IV) de Genève, Section V.

94. *Ibid.*, art. 140.

95. Convention (III) de Genève, art. 70.

96. *Partial award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1<sup>st</sup> July 2003, § 30 ; *Partial award, Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 39.

97. *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 22.

98. *Contra*, N. KLEIN, *op. cit.*, note 78, p. 232.

élémentaires d'humanité » que semble traduire le droit humanitaire se limitent aux règles primaires de celui-ci et non aux règles secondaires qui ont pour objet d'en assurer l'exécution. Ensuite et surtout parce que, de manière plus générale, le caractère coutumier d'une règle ne dépend pas des motifs qui ont pu présider à son adoption<sup>99</sup>. Il est d'ailleurs curieux que la commission, à cette occasion, cite<sup>100</sup> à l'appui de son argument le professeur Richard Baxter, alors même que ce dernier est notamment connu pour avoir savamment mis en lumière le « paradoxe » existant entre l'universalité d'une convention et l'improbabilité corrélatrice de son caractère déclaratif de droit coutumier<sup>101</sup>.

La commission épouse enfin utilement l'idée exprimée par certains auteurs<sup>102</sup> selon laquelle les règles « *that commend themselves to the international community in general, such as rules of international humanitarian law* » se cristallisent plus rapidement en règles du droit international coutumier. L'argument n'est pas nouveau<sup>103</sup>. Il n'en continue pas moins de laisser songeur tant on peine à comprendre pourquoi l'établissement du droit international humanitaire coutumier échapperait aux règles classiques qui gouvernent la détermination du droit coutumier en général. Il est vrai que l'établissement du droit international humanitaire coutumier pose des difficultés particulières qui tiennent notamment au fait qu'il s'agit essentiellement de règles prohibitives et dont la pratique correspondante ne peut être qu'abstentionniste<sup>104</sup>. Il faut aussi reconnaître que, s'agissant du droit international humanitaire coutumier, l'opinion officiellement exprimée par les États cache parfois de pernicieuses manipulations d'opinion ou procède d'opérations de propagande<sup>105</sup>. Ces problèmes ne sont cependant pas propres au droit international humanitaire<sup>106</sup> et ne suffisent assurément pas à justifier que les éléments constitutifs du droit coutumier s'appliquent de manière plus souple dans son cas.

Finalement, ce n'est pas tant la faiblesse du raisonnement de la commission pour établir le droit humanitaire coutumier qui est le plus regrettable – on l'a dit, ce n'est pas complètement nouveau et la commission n'est certainement pas la seule à faire l'économie des exigences classiques à ce sujet. Ce sont plutôt les leçons qu'en tire la commission quant à la charge de la preuve du droit coutumier. S'étant convaincue du caractère coutumier de toutes les dispositions des

99. Sur cette question, voy. J. d'ASPREMONT, « Contemporary International Rulemaking and the Public Character of International Law », *NYU Global Law Working Paper 08/06 & Institute for International Law and Justice Working Paper 2006/12*, [www.iilj.org/working %20papers/200612dAspremont.htm].

100. Voy. note 96.

101. R. R. BAXTER, « Treaty and Custom », *RCADI*, vol. 129, 1970-I, pp. 67-74 : Baxter notait qu'il était « *virtually impossible* » de se prononcer sur le statut coutumier des conventions de Genève, vu le très grand nombre d'États parties. Voy. aussi les opinions des juges Tanaka et Lachs jointes à *Affaire du plateau continental de la mer du Nord (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas)*, 20 février 1969, *CIJ Rec.* 1969, pp. 176 et s. et pp. 231 et s.

102. La commission se réfère à T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, 1989, p. 45. Voy. aussi dans le même sens Chr. TOMUSCHAT, « Obligations arising for States without or against their will », *RCADI*, vol. 241, 1993-IV, pp. 269-270.

103. Voy. la méthodologie utilisée par le TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Tadic*, 2 octobre 1995, §§ 79-137 et TPIY, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, § 193.

104. En ce sens, TPIY, Chambre d'Appel, *Le Procureur c. Tadic*, 2 octobre 1995, § 99.

105. Sur ces difficultés, voy. gén. J.M. HENCKAERTS, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier : une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *RICR*, 2005, pp. 289-330.

106. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, § 188.

conventions de Genève – et particulièrement de la troisième convention de Genève –, la commission en a en effet déduit que

*« whenever either Party asserts that a particular relevant provisions of these Conventions should not be considered part of customary international law at the relevant time, the Commission will decide that question, and the burden of proof will be on the asserting Party »*<sup>107</sup>.

Dans le chef de la commission, le caractère coutumier des conventions de Genève aboutit donc à un renversement de la charge de la preuve par le biais d'une présomption en faveur du caractère coutumier de leurs obligations. Il revient ainsi à une partie qui prétend qu'une disposition donnée n'est pas coutumière de le prouver. Le droit international humanitaire coutumier se formerait non seulement plus « facilement » que le droit coutumier général, mais il serait également présumé. Cette « faveur » pour la nature coutumière du droit international humanitaire est assurément audacieuse, puisque même les juridictions internationales habituellement plus « progressistes » n'ont jamais osé la défendre<sup>108</sup>. On ne s'en laissera donc pas convaincre. Certes, l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'accord du 12 décembre 2000 semble mettre l'accent sur le droit international humanitaire. Cela ne suffit cependant pas à présumer le caractère coutumier de celui-ci. Comme la jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice le confirme<sup>109</sup>, il revient à la partie qui l'invoque et au juge qui l'applique d'établir qu'une disposition conventionnelle codifie le droit coutumier. Rien ne justifie que la conclusion soit différente dans le cas du droit international humanitaire<sup>110</sup>. Au-delà de la faiblesse logique de l'argument en termes de droit positif, cette lecture par trop littérale de l'article 5 de l'accord du 12 décembre 2000 masque mal un certain empiètement de la commission et, surtout, le peu de soin qu'elle attache à l'établissement du droit coutumier. C'est à se demander si cette présomption en faveur de la nature coutumière du droit international humanitaire ne constitue pas un artifice lui permettant de faire l'économie d'un examen de la réunion des éléments constitutifs de la coutume, autrement plus délicat. Pour regrettable qu'elle soit, cette manière de précipitation ne saurait cependant faire l'objet de plus amples commentaires : il est difficile de mettre à mal un parti-pris substantiel par des arguments méthodologiques ou logiques, d'autant qu'on ne manquerait pas de souligner qu'en fin de compte c'est le juge, plus que la doctrine, qui connaît le droit<sup>111</sup>. Cela étant, on ne peut s'empêcher de se demander si toute cette démonstration en faveur du caractère coutumier des conventions de Genève était bien nécessaire. La commission n'aurait-elle pas été mieux inspirée d'interpréter l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, de l'accord du 12 décembre 2000 comme constitutive d'une clause de droit applicable, par laquelle les parties auraient accepté que leurs comportements soient appréciés

107. Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 32 ; Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 41.

108. Cf. note 104, la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

109. *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 12 octobre 1984, *CIJ Rec 1984*, p. 299, § 111 : « Il ne faut pas rechercher dans le droit international coutumier un corps de règles détaillées. Ce droit comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale, ensemble auquel s'ajoute une série de règles coutumières dont la présence dans l'*opinio juris* des États se prouve par voie d'induction en partant de l'analyse d'une pratique suffisamment étoffée et convaincante et non par voie de déduction en partant d'idées préconstituées *a priori* ».

110. N. KLEIN, *op. cit.*, note 78, p. 233 juge peu « orthodoxe » le renversement de la charge de la preuve.

111. J. VERHOEVEN, « *Jura novit curia* et le juge international », in P.M. DUPUY, B. FASSBENDER, M.N. SHAW & K.P. SOMMERMAN (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung – Common values in International Law, Festschrift für/ Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 635-653.

à la lumière des quatre conventions de Genève, quand bien même l'Érythrée n'était pas formellement liée par ces instruments au moment de leur commission, étant entendu qu'elle y adhéra quelques mois avant la conclusion de l'accord de paix ? Rien d'impossible à cette manière de rétroactivité dérogeant au principe de contemporanéité du droit conventionnel, puisqu'elle est volontaire et fait ainsi la loi des parties.

La question de la nature coutumière de normes conventionnelles ne s'est pas uniquement posée à l'égard des conventions de Genève. En effet, saisie d'une requête de l'Érythrée relative à des événements impliquant des combats entre combattants réguliers et des problèmes d'occupation belligérante, la commission a également dû examiner le statut normatif de la quatrième convention de La Haye (et des règles contenues dans son annexe). C'est avec la même hâte que la commission a affirmé la généralité du caractère coutumier de cet instrument conventionnel<sup>112</sup>. Il faut dire que la question est sans doute moins épineuse s'agissant des dispositions du droit de « La Haye ». Rares sont en effet celles qui contiennent des prescriptions institutionnelles ou d'une haute technicité qui ne pourraient faire l'objet d'une cristallisation dans le droit coutumier. C'est d'ailleurs ce que confirme la jurisprudence internationale à laquelle la Commission des réclamations ne manque pas de se référer. Il est curieux toutefois qu'aucune mention ne soit faite de celle de la Cour internationale de Justice, qui a pourtant reconnu le caractère coutumier de cette convention<sup>113</sup>. Quoi qu'il en soit, ayant « vérifié » le caractère coutumier de la quatrième convention de La Haye et de son annexe, la commission a à nouveau affirmé le contestable renversement de la charge de la preuve que cela impliquait dans le chef des parties.

Au même titre que les conventions de Genève et la quatrième convention de La Haye, la commission s'est interrogée sur le caractère coutumier du premier protocole additionnel de 1977. À cet égard, la commission a souligné que « la plupart des dispositions » de celui-ci « étaient » l'expression du droit international coutumier<sup>114</sup>. Présupposant qu'elles l'étaient ainsi depuis l'origine, elle a estimé ne pas devoir vérifier si ce traité a pu générer du droit coutumier, ce qui aurait été un exercice bien plus difficile. Le fait que les parties n'aient pas invoqué des dispositions précises du protocole lui permet de se contenter d'une affirmation aussi générale et de ne pas se pencher plus avant sur les celles des dispositions du protocole qui constituent effectivement du droit coutumier. Ce n'est qu'à l'une ou l'autre très rares occasions que la commission a jugé nécessaire d'examiner plus en détail le caractère coutumier d'une disposition du premier protocole additionnel, et en particulier celui de l'article 75<sup>115</sup>. La soudaine minutie dont fait preuve la commission à

112. Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, § 13 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005, § 17 ; Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 22 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 16.

113. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, § 75 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Rec.* 2004, § 78, et § 89. Cette jurisprudence fut ultérieurement confirmée : *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec.* 2005, § 172.

114. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 23 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 17 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, § 14 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005, § 18 ; Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 30 ; Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 25.

115. Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 30-31 ; Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 29.

l'endroit de cette disposition paraît surprenante compte tenu de l'empressement témoigné ailleurs. On ne la regrettera néanmoins pas. Il demeure que le raisonnement de la commission pour affirmer le caractère coutumier de la disposition susmentionnée ne laisse pas indifférent. Il suffirait en effet selon la commission – premièrement – qu'une norme soit de nature « fondamentalement humanitaire » et – deuxièmement – qu'elle « corresponde aux principes généraux des droits de l'homme » pour qu'on puisse la tenir pour coutumière<sup>116</sup>. La première justification a déjà été entendue<sup>117</sup>. Il s'en faut néanmoins de beaucoup pour que sa répétition suffise à convaincre. C'est peut-être ce qui explique que la commission ne la réitérera pas dans d'autres sentences, contrairement à la seconde<sup>118</sup>. S'agissant de cette dernière, elle a indubitablement plus de poids. Dès lors qu'une règle conventionnelle de droit international humanitaire reflète une règle coutumière relative aux droits de l'homme strictement identique, il paraît logique qu'elle soit tenue pour du droit coutumier. Encore faut-il que leurs champs d'application soient similaires, ce qui ne semblait pas être le cas en l'espèce. Certes, l'article 75 du protocole additionnel I, en étoffant l'article 3 commun aux conventions de Genève et en l'étendant aux conflits armés internationaux, rappelle l'interdiction de la torture et certaines garanties minimales du procès équitable déjà prescrites par certains principes coutumiers relatifs aux droits de la personne humaine. Si leurs substances respectives sont, dans une large mesure, semblables, cela n'emporte cependant pas que chacune de ces règles ait un champ d'application *ratione loci* et *ratione temporis* identique. C'est d'ailleurs parce que droits de l'homme et droit humanitaire ont des champs d'application différents que le second peut, le cas échéant, constituer un droit spécial (*lex specialis*) par rapport aux premiers<sup>119</sup>. Et c'est pour la même raison que la tendance contemporaine à l'extension du champ d'application des principes protecteurs des droits de la personne humaine aux situations de conflits armés est remarquable<sup>120</sup>. Il est donc difficile de défendre que l'article 75 du premier protocole additionnel n'est que le simple reflet d'obligations coutumières existantes. Quoi qu'il en soit, le caractère déclaratif de droit coutumier ainsi reconnu à l'article 75 et à l'ensemble du premier protocole additionnel permet à la commission de renverser, une fois encore, la charge de la preuve et, ainsi, d'éviter une difficile analyse du droit humanitaire coutumier.

Même s'il est douteux que le premier protocole additionnel constitue « dans son entièreté » du droit international coutumier<sup>121</sup>, la position adoptée par la Commission des réclamations sur ce point rappelle celle du CICR dans son étude sur le droit international coutumier parue peu après la sentence

116. *Ibid.*

117. Voy. Chr. TOMUSCHAT, *op. cit.*, note 103, pp. 269-270. Pour une critique de ce raisonnement, voy. J. d'ASPREMONT, *op. cit.*, note 99.

118. Partial award, Civilians claims, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 29.

119. Sur cette question voy. A. GUELAL, « Lex specialis : Droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés », *RGDIP*, 2007, pp. 539-574.

120. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, § 25 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Rec.* 2004, §§ 105-106 ; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, (RDC c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec.* 2005, § 178 et § 220. S'agissant de l'application de l'article 15 de la convention européenne des droits de l'homme, voy. généralement CEDH, *Mc Cann c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 septembre 1995 ; CEDH, *Ergi c. Turquie*, arrêt du 28 juillet 1998, CEDH, *Issaieva c. Russie* (I et II), arrêt du 24 février 2005.

121. La même réserve exprimée par la Cour internationale qui n'a reconnu que le caractère coutumier de la clause Martens, réitérée dans le premier protocole additionnel : *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, § 84.

susmentionnée<sup>122</sup>. On sait que la vingt-sixième conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant rouge avait confié au CICR, en décembre 1995, la tâche d'établir un rapport sur les règles coutumières du droit international humanitaire applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux<sup>123</sup>. Après presque dix ans d'étude, le CICR a conclu à l'existence de 161 règles coutumières du droit international humanitaire. Une des conclusions les plus remarquables concerne justement le caractère coutumier de la plupart des dispositions du premier protocole additionnel (articles 35-42 et 48-58). Force est de souligner que le CICR n'affirme cependant pas que *l'ensemble* de cet instrument constitue du droit coutumier. Ce qui précède ne veut pas dire que la méthode retenue par le CICR pour déterminer le droit coutumier est entièrement convaincante<sup>124</sup>. Certaines objections formulées à cet égard sont assurément pertinentes<sup>125</sup>. Il ne faut toutefois pas s'y attarder ici. Il importe seulement de souligner que le caractère sommaire du raisonnement de la Commission des réclamations, ainsi que le caractère excessif des généralisations auxquelles elle aboutit, contrastent fortement avec l'étude minutieuse du CICR parue peu après. S'agissant plus particulièrement de l'article 75 du premier protocole additionnel au sujet duquel la Commission des réclamations avait subitement parue plus attentive, le CICR, tout en affirmant le caractère coutumier de cette disposition, n'a fait guère mention de la similarité qu'elle entretiendrait, en substance, avec certains principes relatifs à la protection des droits de la personne humaine<sup>126</sup>. Et ce n'est certainement pas le manque de « ressources » ou de « temps » – souvent mis en avant par la commission<sup>127</sup> – qui peuvent justifier la précipitation et la généralisation à l'excès dont elle s'est rendue coupable, particulièrement au sujet d'une question aussi controversée que le caractère coutumier du premier protocole additionnel. On peut donc regretter que la Commission des réclamations n'ait pas eu à sa disposition l'étude du CICR au moment où elle s'est prononcée, ou du moins une première ébauche de ce travail. Sans pour autant considérer cette étude pour autre chose que ce qu'elle est – le point de vue du CICR sur la nature coutumière de certaines règles du droit international humanitaire –, elle aurait sans doute pu utilement guider la commission dans l'établissement du droit coutumier applicable.

Parce que les parties avaient également invoqué l'usage illicite de mines anti-personnel et pièges (*booby traps*) et qu'elles n'étaient pas liées par les instruments conventionnels s'y rapportant, la commission s'est interrogée sur le caractère coutumier de la convention du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans

122. J.M. HENCKAERTS & L. DOSWALD-BECK, *Droit International humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruxelles, Bruylant et Genève, CICR, 2006, pp. 878.

123. F. BUGNION, « Droit international humanitaire coutumier », *RSDIE*, 2007, pp. 165-214.

124. Voy. les remarques de E. NEWALSING dans la recension qu'elle fait de l'étude de J.M. Henckaerts & L. Doswald-Beck : *Leiden JIL*, 2008, pp. 255-279. Voy. aussi l'étude de M. BOTHE, « Customary International Humanitarian Law : Some reflections on the ICRC study », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2005, vol. 8, pp. 143-178.

125. Voy. la réaction du service juridique du *State Department* en date du 3 novembre 2006 : J.B. BELLINGER & W.J. HAYNES, « A US Government Response to the International Committee of the Red Cross's Customary International Humanitarian Law Study », (2007) 46 *ILM* 514, également disponible sur [www.defenselink.mil/home/pdf/Customary\_International\_Humanitarian\_Law.pdf]. J.M. HENCKAERTS a pris la peine d'y répondre : « Customary international humanitarian law – a response to US comments », *RICR*, 2007, pp. 473 et s.

126. Règles 87-105.

127. *Partial award, Central Front, Eritrea's Claims* 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 6 ; *Partial award, Diplomatic Claim, Ethiopia's Claim* 8, 19 December 2005, § 26.

discrimination, du protocole du 10 octobre 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs (protocole II et amendement du 3 mai 1996) et de la convention du 18 septembre 1997 sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction. À cet égard, la commission a, fort logiquement, été plus réservée. Observant que « *those treaties have been concluded so recently and the practice of States has been so varied and episodic* », elle a conclu qu'il n'était pas possible de les considérer comme du droit coutumier<sup>128</sup>. Elle introduit néanmoins une exception s'agissant des dispositions du protocole du 10 octobre 1980 relatif au recueil des renseignements permettant de localiser les champs de mines, les mines et les pièges (enregistrement) ainsi que les dispositions relatives à leur usage discriminé. La commission, une fois encore, ne prend pas la peine d'expliquer comment elle arrive à cette conclusion. Elle se contente de souligner que les dispositions concernées « *reflect fundamental humanitarian law obligations of discrimination and protection of civilians* »<sup>129</sup>. Il est vrai qu'il n'est pas impossible que ces deux principes aient acquis un statut coutumier<sup>130</sup>. Il demeure qu'à défaut de le démontrer, la commission aurait pu mentionner les interprétations « les plus autorisées » qui supportent une telle conclusion.

Pour les raisons susmentionnées, la commission a fait essentiellement application du droit international humanitaire coutumier. Il est toutefois intéressant de remarquer l'interprétation très formaliste de l'article 6 de la quatrième convention de Genève adoptée par la commission lorsqu'elle a appliqué le droit humanitaire conventionnel. Selon la commission, c'est en effet l'accord de paix du 12 décembre 2000 lui-même, et moins la fin effective des hostilités, qui constitue le « *legal turning point* » entre l'application de la protection offerte par les conventions de Genève et les « *peace time rules* »<sup>131</sup>. Certes la date du 12 décembre 2000 constitue un critère important dans la détermination de la compétence *ratione temporis* de la commission<sup>132</sup>. Elle n'emporte néanmoins pas, *per se*, un changement de droit applicable. Cette conception très formaliste du champ d'application *ratione temporis* du droit humanitaire rappelle un temps où l'application du droit international humanitaire dépendait exclusivement d'une expression formelle de l'*animus bellandi* des belligérants<sup>133</sup>. Cela étant, il faut reconnaître que, de manière générale, la question de la fin de l'application du droit international humanitaire n'est pas simple. Elle s'est récemment posée au sujet du droit de l'occupation belligérante, et une solution moins formaliste fondée sur les faits s'est imposée<sup>134</sup>. Quelles que soient ces controverses sur le champ d'application *ratione temporis* du droit international humanitaire, on peut s'étonner de la terminologie utilisée par la commission, en particulier la dichotomie entre *le droit*

128. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 24 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 18 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, § 15 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005, § 19.

129. *Ibid.*

130. Voy. les règles 81 à 83 de l'étude du CICR.

131. Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, §§ 30-31.

132. Cf. *supra*.

133. S'agissant du début du conflit, l'article 1<sup>er</sup> et l'article 2 de la troisième convention de La Haye subordonnent son application à une déclaration officielle de guerre, ou à une notification faite à un État tiers. La doctrine semble considérer que ces exigences sont tombées en désuétude. V.M. VOELCKEL, « Faut-il encore déclarer la guerre ? », cet *Annuaire* 1991, p. 23.

134. Voy. p. ex. la controverse relative à la fin du régime de l'occupation de l'Irak : comp. la conception très formaliste de M. SASSOLI, « Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers », *EJIL*, 2005, pp. 661-694 et celle basée sur l'effectivité de M. ZWANENBURG, « Existentialism in Irak : Security Council Resolution 1483 and the law of occupation », *RICR*, 2004, p. 748.

de la paix et le droit de la guerre alors que cette distinction est devenue surannée<sup>135</sup>. En adoptant le principe non controversé selon lequel les droits de l'homme s'appliquent en cas de conflit armé dans les zones où le débiteur des obligations correspondantes dispose d'un pouvoir effectif, la commission semblait d'ailleurs faire fi de cette vieille distinction. C'est aussi parce que les droits de l'homme semblent désormais s'appliquer à certains conflits armés qu'il est délicat de déterminer ce que sont effectivement les *peace time rules* auxquelles la commission fait allusion.

Vu la nature du différend opposant l'Érythrée à l'Éthiopie, on ne s'étonnera pas qu'une grande partie des illicéités constatées par la commission relèvent du droit international humanitaire conventionnel ou coutumier, et que la commission y a consacré de nombreuses sentences<sup>136</sup>. Malgré les critiques qui précèdent, l'observateur trouvera dans celles-ci quantité d'applications contemporaines de règles matérielles du droit des conflits armés internationaux. Il n'y a guère d'intérêt à toutes les évoquer. On ne peut s'empêcher néanmoins de mentionner la sentence relative aux bombardements aériens qui constitue un des prononcés de la commission les plus controversés quant à l'application des règles matérielles du droit international humanitaire. La commission a d'ailleurs précisé avoir adopté une partie de sa décision « à la majorité »<sup>137</sup>, son président joignant à la sentence une opinion individuelle – la seule opinion d'ailleurs formulée à ce jour. La controverse concernait l'application de la règle consacrée par l'article 52, paragraphe 2, du premier protocole additionnel aux conventions de Genève, qui, lors d'un conflit armé international, interdit les attaques dirigées contre des biens ne constituant pas des « objectifs militaires ». Elle exige plus précisément que toute attaque soit, dans un conflit armé international, limitée aux biens qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une *contribution effective à l'action militaire* et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offrent en l'occurrence un *avantage militaire précis*. La règle est assurément coutumière<sup>138</sup>.

Si la règle est connue, son application n'en demeure pas moins malaisée. En l'espèce, la difficulté tenait à la question de savoir si le bombardement par l'Éthiopie en mai 2000 de la centrale électrique d'Hirgigo en Érythrée y contrevenait. La commission souligne à cet égard que

« *electric power stations are generally recognized to be of sufficient importance to a State's capacity to meet its wartime needs of communication, transport and industry so as usually to qualify as military objectives during armed conflicts* »<sup>139</sup>,

mais reconnaît que

« *not all such power stations would qualify as military objectives, for example, power stations that are known, or should be known, to be segregated from a general power grid and are limited to supplying power for humanitarian purposes, such as medical facilities, or other uses that could have no effect on the State's ability to wage war* »<sup>140</sup>.

135. Voy. p. ex. les deux volumes de H. LAUTERPACHT, *Oppenheim's International Law*, 7<sup>e</sup> éd., London, Longmans, 1948 et 1952.

136. Not. les sentences relatives aux prisonniers de guerre : Partial award, *Prisoners of War, Eritrea's Claim* 17, 1<sup>st</sup> July 2003 ; Partial award, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim* 4, 1<sup>st</sup> July 2003.

137. Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1,3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 décembre 2005, § 120.

138. Nous partageons l'opinion de la commission sur ce point, *ibid.*, § 113.

139. *Ibid.*, § 117

140. *Ibid.*

Il n'y a là rien de très nouveau, la position susmentionnée semblant refléter la doctrine dominante selon laquelle une centrale électrique ne constitue pas un bien civil par essence<sup>141</sup> et peut, *in concreto*<sup>142</sup>, contribuer effectivement à l'action militaire.

C'est sur la base de ces principes que la commission conclut d'abord que la centrale électrique d'Hirgigo aurait contribué effectivement à l'action militaire érythréenne – notamment parce qu'à partir du moment où elle aurait été pleinement opérationnelle, elle aurait fourni l'énergie nécessaire au fonctionnement du port de Massawa, lui-même un objectif militaire incontesté. La contribution effective du bien concerné à l'action militaire ne suffit néanmoins pas, comme la règle l'indique, pour que sa destruction, sa capture ou sa neutralisation soient licites au regard du droit international. Encore faut-il, pour que le bien constitue un objectif militaire légitime, que sa destruction offre un *avantage militaire précis*. À cet égard, la commission estime que « *a large power plant being constructed to provide power for an area including a major port and naval facility certainly would seem to be an object the destruction of which would offer a distinct military advantage* »<sup>143</sup>. La commission relève encore le fait que « *the power station was of economic importance to Eritrea* » et que sa destruction, même partielle, au moment où l'Éthiopie tentait en mai 2000 d'obtenir de l'Érythrée qu'elle consente à la fin des hostilités, offrait un avantage précis de ce type<sup>144</sup>. C'est précisément sur ce point que le président Van Houtte a exprimé quelque réserve, estimant que l'avantage militaire précis qu'emporterait la destruction de la centrale n'était pas établi avec suffisamment de certitude.

La réserve exprimée par le président Van Houtte se comprend<sup>145</sup>. Elle traduit une prudence appropriée, particulièrement lorsqu'on infère le statut d'objectif militaire d'un bien donné – ici, la centrale d'Hirgigo – de la mesure dans laquelle celui-ci contribue – ou peut potentiellement contribuer dans le futur<sup>146</sup> – au fonctionnement d'un autre bien dont le statut d'objectif militaire est lui-même démontré – en l'occurrence le port de Massawa<sup>147</sup>. Ce n'est pas tant que l'on conteste cette détermination « en cascade » de statut d'objectif militaire. C'est plutôt, comme l'exige le président Van Houtte, que la seule contribution générale d'un bien à la « *war-fighting capability* » de l'ennemi et « *the inflection of economic loss or the undermining of morale [...] or the probability that the destruction may bring the decision-makers to the negotiation table* » ne suffisent pas<sup>148</sup> pour établir cet avantage militaire précis.

Ces incertitudes relatives à la détermination du statut d'objectif militaire d'une centrale électrique mises à part, il demeure que le belligérant qui en fait la cible de ses attaques n'est pas pour autant exempté des autres limitations prescrites par le droit international humanitaire. En particulier, même si le bien concerné constitue un objectif militaire légitime au sens du droit des conflits armés, sa destruction, sa capture, ou sa neutralisation doivent répondre à une

141. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 1999, n° 2.33, pp. 243 et s.

142. M. SASSOLI/A. BOUVIER, *How Does Law Protect War ?*, ICRC, 1999, pp. 161-162.

143. Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1,3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 décembre 2005, § 121.

144. *Ibid.*

145. Sur l'opinion du président Van Houtte, voy. aussi Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2006, pp. 199-201. On remarquera qu'à la différence des autres arbitres, le président de la Commission des réclamations n'est pas ressortissant d'une grande puissance militaire...

146. D. FLECK, *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, OUP, 1995, p. 157.

147. Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1,3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 décembre 2005, Separate Opinion H. Van Houtte, § 8.

148. *Ibid.*, § 3.

certaine exigence de proportionnalité entre l'avantage militaire recherché et le préjudice causé aux civils dans la réalisation de celui-là<sup>149</sup>. Il est frappant que la commission n'ait pas fait application de cette prescription pourtant « classique » du droit des conflits armés quand elle eut à apprécier la licéité du bombardement de la centrale d'Hirgigo par l'Éthiopie. Il n'est d'ailleurs pas certain, comme le suggère le président Van Houtte<sup>150</sup> dans son opinion individuelle, qu'en prenant en compte les dommages que sa destruction allait engendrer pour les populations civiles et le temps nécessaire à sa reconstruction, l'attaque soit conforme à l'exigence de proportionnalité. Quoi qu'il en soit, la question s'imposait à la commission et il est regrettable qu'elle l'ait complètement ignorée lorsqu'elle a examiné la licéité de ce bombardement aérien.

## B. *Droit des traités*

### 1. *Effet de la guerre sur les traités*

En réponse à la prétention de l'Érythrée selon laquelle elle aurait méconnu l'inviolabilité de la mission diplomatique érythréenne et celle de ses agents diplomatiques, l'Éthiopie a invoqué l'état de guerre existant entre les deux parties pour échapper aux obligations de la convention de 1961 sur les relations diplomatiques<sup>151</sup>. L'argument éthiopien ne manque pas d'intérêt puisqu'il renvoie à une question non résolue par la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités : celle de l'effet de la guerre sur les traités<sup>152</sup>. Les difficultés persistantes suscitées par l'effet d'un conflit armé<sup>153</sup> sur les relations conventionnelles n'ont jamais été véritablement éclaircies malgré les nombreuses études consacrées à la question<sup>154</sup>. C'est d'ailleurs ce qui explique que la Commission du droit international ait été saisie de la question<sup>155</sup>. La Commission des réclamations disposait d'une opportunité pour contribuer utilement à ce débat – ce qu'elle reconnaît en soulignant que « *there is little jurisprudence on the points at issue* »<sup>156</sup> et que « *these are largely uncharted legal waters* »<sup>157</sup>.

149. Voy. p. ex. l'article 57 du premier protocole additionnel de 1977 aux conventions de Genève.

150. Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1,3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 décembre 2005, Separate Opinion H. Van Houtte, §§ 9-11.

151. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 21.

152. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 73. À ce sujet, voy. R. PROVOST, « Article 73 », in O. CORTEN/P. KLEIN (éd.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 2604-2610.

153. Le rapporteur spécial de la Commission du droit international avait originellement entendu exclure de l'étude de la CDI l'effet des conflits armés non internationaux sur les relations conventionnelles, même s'il reconnaissait qu'ils pouvaient profondément les affecter. La Commission du droit international et la sixième Commission sont demeurées profondément divisées sur la question. Le rapporteur spécial a donc décidé de laisser la question en suspens à ce stade. Voy. le rapport de la CDI (2005), A/60/10, pp. 51-53, et le troisième rapport du rapporteur spécial (2007), A/CN.4/578, pp. 6-7.

154. Not. Chr. M. CHINKIN, « Crisis and the Performance of International Agreements : The Outbreak of War in Perspective », *Yale Journal of World Public Order*, 1980-81, p. 177 ; A. de LA PRADELLE, « The Effect of War on Private Law Treaties », *International Law Quarterly*, 1948-49, pp. 555-576 ; A. GRAHAM, « The Effects of Domestic Hostilities on Public and Private International Agreements : A Tentative Approach », *Western Ontario Law Review*, 1964, p. 128 ; C.J.B. HURST, « The Effect of War on Treaties », *BYIL*, 1921-1922, p. 37 ; Lord McNAIR, *The Law of Treaties*, 1961, pp. 695-728 ; A. McNAIR, « Les effets de la guerre sur les traités », *RCADI*, vol. 59, 1937, p. 527 ; R. RANK, « Modern War and the Validity of Treaties, A Comparative Study (Part I) », *Cornell Law Quarterly*, 1952-1953, p. 321 et « Modern War and the Validity of Treaties (Part II) », *Cornell Law Quarterly*, 1952-1953, p. 511.

155. Voy. la résolution 55/152 adoptée par l'Assemblée générale le 12 décembre 2000 et la résolution 56/82 du 12 décembre 2001.

156. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 22.

157. *Ibid.*, § 24.

Même si elle a reconnu que le point soulevé par l'Éthiopie était largement controversé, la Commission des réclamations n'a pas jugé nécessaire d'examiner l'argument plus avant et a préféré s'en tenir à une application stricte de la convention de 1961 entre les belligérants. On ne sait trop quel enseignement peut être tiré de cette position, tant elle est peu motivée. On pourrait en effet interpréter l'affirmation de la commission comme un refus catégorique de tout effet des conflits armés sur les traités internationaux. Cela semblerait néanmoins être peu conforme à la doctrine majoritaire, celle de la Commission du droit international ainsi qu'à la position ultérieurement adoptée par la Commission des réclamations elle-même<sup>158</sup>. À moins de comprendre que la commission considère implicitement que les traités relatifs aux relations diplomatiques sont de la catégorie de traités ne pouvant être affectés par un conflit armé<sup>159</sup>. Dès lors que la commission ne s'en explique pas, il n'est pas certain que telle est bien sa conception.

Pour que la commission s'attarde plus sérieusement sur la question de l'effet de la guerre sur les traités, il a fallu attendre sa sentence relative aux requêtes de l'Érythrée portant sur le protocole du 27 septembre 1993 relatif aux paiements par l'Érythrée des pensions des anciens fonctionnaires éthiopiens en Érythrée sur la base de paiements effectués par l'Éthiopie. À cette occasion, la commission fut amenée à répondre à l'argument éthiopien selon lequel le protocole de 1993 n'avait pas survécu au conflit armé entre les parties<sup>160</sup>. La Commission des réclamations affirme à ce sujet que « *the 1998-2000 conflict resulted at the least in the suspension of pension-related treaty obligations during the period of the conflict and its immediate aftermath* »<sup>161</sup>. La conclusion de la commission sur ce point ne contient cependant guère d'enseignements tant elle est, encore une fois, peu motivée. Tout au plus la commission confirme-t-elle le principe – non controversé<sup>162</sup> – selon lequel c'est l'intention des parties qui est déterminant à cet égard<sup>163</sup>. Or, la difficulté réside dans la détermination des facteurs qui suppléent au silence du traité ou à l'impossibilité d'établir une quelconque volonté des parties s'agissant du maintien, de la suspension ou de la terminaison du traité après le début des hostilités. On sait que c'est là l'objet de la classification – tout critiquable qu'elle soit – contenue dans le projet d'article 7 proposé par le rapporteur spécial de la CDI<sup>164</sup>. Le protocole de 1993 précité ne contenant aucune indication sur la volonté des parties, on aurait pu espérer que la commission motive sa conclusion. Son affirmation selon laquelle le protocole est « suspendu » est toutefois lacunaire. On peut par conséquent douter que la CDI y trouvera quelque enseignement utile et on ne s'étonnera pas que le rapporteur spécial de la CDI n'ait à ce jour pas jugé nécessaire de se référer à la décision susmentionnée de la Commission des réclamations, même si celle-ci constitue un des rares prononcés jurisprudentiels sur la question.

## 2. Succession d'États aux traités

La commission a estimé que l'Érythrée n'était pas devenue automatiquement partie aux traités relatifs au droit humanitaire par succession d'États. Bien

158. Cf. *infra*.

159. Comp. le statut particulier des obligations relatives au droit des relations diplomatiques dans le cadre des articles sur la responsabilité de l'État (A/RES/56/83), en particulier, art. 50.

160. Final award, *Pensions*, Eritrea's Claims 15, 19 & 23, 19 December 2005, §§ 23-24.

161. *Ibid.*, § 32.

162. Voy. le projet d'art. 4 présenté par le rapporteur spécial de la CDI dans son troisième rapport, A/CN.4/578, p. 8.

163. Final award, *Pensions*, Eritrea's Claims 15, 19 & 23, 19 December 2005, § 29.

164. A/CN.4/578, pp. 10-11. Voy. aussi le deuxième rapport du rapporteur spécial : A/CN.4/570, p. 10.

qu'elle affirme la succession automatique à certains traités et qu'elle considère que cela eût été « désirable » en l'espèce, elle estime qu'il manque de preuve « *that would permit it to find that such automatic succession to the Geneva Conventions occurred in the exceptional circumstances here* »<sup>165</sup>. Sur le plan du droit positif, l'on ne peut qu'approuver le principe de l'intransmissibilité des traités susmentionnés auquel aboutit la commission. Une telle solution est conforme au principe général en la matière. La théorie de la succession automatique pour les *law-making treaties* défendue par certains<sup>166</sup>, et dont relèveraient les traités relatifs au droit humanitaire<sup>167</sup>, n'a en effet guère été suivie. La solution ainsi adoptée par la commission semble confirmer que le principe de l'article 34 de la convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978<sup>168</sup>, n'est pas déclaratif de droit coutumier, ainsi que l'a affirmé la Cour internationale de Justice<sup>169</sup>. Cela étant dit, même si, sur le principe, on ne peut que se rallier à la position de la commission, la formulation qu'elle en donne n'est pas entièrement convaincante. D'abord parce que s'il existe des catégories de traités pour lesquels la succession est automatique, il n'est point nécessaire de *prouver* leur acceptation par l'État successeur. Si la succession est automatique pour l'une ou l'autre catégorie de traité, c'est précisément que l'on peut faire l'économie d'une analyse de la position respective des parties. C'est l'effet principal de la succession automatique. Si les positions des parties et du CICR auxquelles se réfère la commission<sup>170</sup> présentent un intérêt, quelle qu'en soit la substance, c'est dans la seule mesure où le principe de la succession automatique ne s'applique pas, et non l'inverse. Cette phraséologie maladroite mise à part, la conclusion de la commission selon laquelle l'Érythrée n'a pas succédé aux traités relatifs au droit humanitaire après son indépendance implique qu'elle n'était pas partie à ceux-ci avant d'y avoir accédé en 2000. C'est précisément la raison pour laquelle la commission a été amenée à examiner le caractère coutumier de ces conventions pour évaluer le comportement de l'Érythrée avant cette date.

### C. Droits de l'homme

L'Érythrée a soutenu que les dispositions du pacte international sur les droits civils et politiques constituaient une norme sur la base de laquelle la licéité du comportement de l'Éthiopie devait aussi être évalué. Cela n'a pas semblé suffisant à la Commission des réclamations pour examiner si cet instrument trouvait à

165. Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 33 ; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 24.

166. D.P. O'CONNELL, *State Succession in Municipal Law and International Law*, CUP, 1967, pp. 212-219.

167. I. BROWNIE, *Public International Law*, OUP, 6<sup>e</sup> éd., p. 635.

168. Article 34 : succession d'États en cas de séparation de parties d'un État : 1. Lorsqu'une partie ou des parties du territoire d'un État s'en séparent pour former un ou plusieurs États, que l'État prédécesseur continue ou non d'exister : a) Tout traité en vigueur à la date de la succession d'États à l'égard de l'ensemble du territoire de l'État prédécesseur reste en vigueur à l'égard de chaque État successeur ainsi formé ; b) Tout traité en vigueur à la date de la succession d'États à l'égard uniquement de la partie du territoire de l'État prédécesseur qui est devenue un État successeur reste en vigueur à l'égard de cet État successeur seul. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas : a) Si les États intéressés en conviennent autrement ou b) S'il ressort du traité ou s'il est par ailleurs établi que l'application du traité à l'égard de l'État successeur serait incompatible avec l'objet et le but du traité ou changerait radicalement les conditions d'exécution du traité.

169. *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, § 123.

170. Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 33-35 ; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 24-26.

s'appliquer<sup>171</sup>. Cela est d'autant plus curieux que, s'agissant du droit international humanitaire, la commission n'a pas hésité, comme on le sait, à considérer en détail l'application des normes conventionnelles ou coutumières alors que celles-ci n'avaient été que superficiellement invoquées par les parties. La commission s'est toutefois appuyée sur « le droit de dérogation en cas de danger public exceptionnel mena[çant] l'existence de la nation », tel que prescrit à l'article 4 du pacte, pour justifier que cet instrument ne trouvait pas à s'appliquer<sup>172</sup>. L'usage que fait la commission de cette disposition est étrange. Son application est en effet soumise à un certain formalisme, la seule référence à l'article 4 du pacte ne suffisant pas pour expliquer l'inapplication du pacte en l'espèce. Au demeurant, l'interprétation très stricte de ce type de disposition<sup>173</sup> explique que, dans la jurisprudence internationale contemporaine<sup>174</sup>, les traités relatifs aux droits de l'homme contenant une semblable clause ont été généralement considérés applicables en cas de conflit armé. L'argument par lequel la commission estime ne pas devoir se pencher sur l'application éventuelle du pacte international sur les droits civils et politiques ne convainc donc pas pleinement. L'argument a toutefois l'avantage de la « simplicité » par rapport à celui qu'aurait dû formuler la commission si elle s'était arrêtée au fait que l'Érythrée, qui invoque la violation du pacte par l'Éthiopie, n'y est devenue partie que le 22 janvier 2002<sup>175</sup>, soit après les événements litigieux. La question est en effet de savoir si un État non lié par le pacte peut reprocher la violation du droit coutumier correspondant à un État partie. La réponse positive à cette question aurait supposé que l'on établisse que l'obligation violée par l'Éthiopie « est due à la communauté internationale dans son ensemble »<sup>176</sup>. La commission aurait pu faire œuvre utile en abordant cette délicate question. Cela aurait éventuellement pu la conduire à affirmer que, tout en n'étant pas formellement liée par le pacte, l'Érythrée était un État « lésé » au sens de l'article 42 des articles sur la responsabilité internationale des États suite aux violations éthiopiennes du pacte l'ayant spécialement atteinte – ou qu'elle était un « État autre qu'un État lésé » au sens de l'article 48 si, sans avoir été spécialement atteinte, l'Érythrée avait, par sa réclamation, pour objectif d'obtenir de l'Éthiopie qu'elle exécute son obligation de réparation dans l'intérêt des « bénéficiaires de l'obligation violée ». Dans le cadre d'une réclamation par laquelle l'État entend faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants, ces complications ne se posent pas lorsque la norme conventionnelle invoquée par l'État non partie est directement applicable au bénéfice des particuliers.

Ayant refusé d'appliquer les normes conventionnelles relatives à la protection de la personne humaine, on ne s'étonnera pas que la commission ait réservé un traitement similaire aux normes coutumières correspondantes invoquées par les parties<sup>177</sup>. À leur endroit, la commission souligne que « *customary law concerning the protection of human rights remains in force during armed conflicts, enjoying particular relevance in any situations involving persons who may not be protected fully by international humanitarian law, as with a Party's acts affecting its own nationals* »<sup>178</sup>. On l'a dit, la conclusion n'est pas controversée et reflète la tendance

171. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 25 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 19.

172. *Ibid.*

173. Voy. Observation générale no. 29, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

174. Voy. la jurisprudence mentionnée à la note 121.

175. Ainsi que le rapporte le Haut Commissariat aux droits de l'homme : [www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/4.html].

176. Au sens des articles 42 et 48 des articles sur la responsabilité des États (A/RES/56/83).

177. Partial award, *Civilian Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, § 27 ; Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 27.

178. Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 27.

contemporaine à considérer que les droits de l'homme s'appliquent dans les conflits armés<sup>179</sup>. Plus curieusement, la commission estime que cette conclusion lui permet de réaffirmer le caractère coutumier de l'article 75 du premier protocole additionnel aux conventions de Genève en ce que cette disposition reflèterait un principe déjà consacré dans les normes coutumières relatives aux droits de l'homme<sup>180</sup>. Il est vrai que l'article 75 du protocole additionnel I étoffe l'article 3 commun aux conventions de Genève et l'étend aux conflits armés internationaux et, par ailleurs, que certaines des obligations qu'il contient reflètent l'interdiction de la torture et certaines des garanties minimales du procès équitable (*cf. supra*). Il s'en faut de beaucoup toutefois pour que cela suffise à justifier que les droits de l'homme s'appliquent en cas de conflit armé, même si, on l'a dit, la conclusion n'est aujourd'hui plus controversée.

D'aucuns seront en fin de compte frappés par la frilosité de la commission quant à l'application des normes relatives à la protection des droits de l'homme<sup>181</sup>. Les seules règles relatives à la protection des droits de l'homme qu'elle a jugé devoir effectivement appliquer sont les règles conventionnelles relatives à la protection des droits de l'enfant et celles contenues dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>182</sup>. Les motifs de cette timidité peuvent assurément laisser songeur. Il ne faut cependant pas s'y attarder. Il demeure que celle-ci ne rend que plus manifeste la « faveur » accordée par ailleurs au droit international humanitaire et dont il a été fait mention précédemment.

#### D. Droit des relations diplomatiques

Tant l'Éthiopie que l'Érythrée ont prétendu avoir été victimes de violations du droit des relations diplomatiques et consulaires à l'occasion du conflit armé qui les a opposés. Plus précisément, l'une et l'autre ont excipé d'atteintes à l'intégrité et aux privilèges de leur personnel diplomatique et à l'inviolabilité de leurs missions diplomatiques et consulaires. Il faut d'emblée reconnaître que les hypothèses de conflits armés internationaux où des violations du droit des relations diplomatiques et consulaires sont imputables aux belligérants ne sont pas fréquentes. Les futurs belligérants rompent en effet souvent leurs relations diplomatiques et consulaires avant le début du conflit. Quand elles survivent aux tensions qui le précèdent, la pratique témoigne d'une tendance à rompre presque automatiquement les relations diplomatiques aussitôt les hostilités engagées. La convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la convention de Vienne sur les relations consulaires reflètent d'ailleurs cette réalité en ce que, même si elles ne lient nullement la rupture des relations à l'existence d'un conflit armé entre l'État accréditant et l'État accréditaire, elles le présupposent à tout le moins implicitement<sup>183</sup>. Force est donc de souligner qu'il est remarquable que le différend entre l'Érythrée et l'Éthiopie et, surtout, les hostilités qui suivirent, n'ont pas conduit les belligérants à rompre leurs relations diplomatiques et consulaires. La Commission des réclamations n'a pas manqué de le relever<sup>184</sup>.

---

179. *Cf. supra*.

180. Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 29. Voy. aussi Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004, §§ 30-31.

181. Voy. le point VIII du dispositif de Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004.

182. Voy. note 178.

183. Art. 44 et 45 de la convention. Voy. à cet égard, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, (RDC c. Ouganda), arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec. 2005*, §§ 322-338.

184. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 4 et § 25 ; Partial award, *Diplomatic Claim*, Eritrea's Claim 20, 19 December 2005, § 4.

Elle s'en est même félicitée<sup>185</sup>, sans doute parce qu'elle a dû y voir l'expression de la volonté des belligérants de maintenir un point de contact pendant le conflit, ainsi qu'une manière de protéger leurs nationaux se trouvant sur le territoire de l'autre belligérant. Tous ne partageront sans doute pas l'enthousiasme de la commission à cet égard, en ce qu'il est douteux que le maintien de relations diplomatiques et consulaires pendant un conflit armé permette véritablement d'assurer des pourparlers entre les belligérants et de protéger les nationaux demeurés sur le territoire. La commission semble oublier le risque accru d'atteintes à l'intégrité du personnel diplomatique demeuré sur le territoire d'un État belligérant pendant le conflit. C'est d'ailleurs ce que tendent à démontrer les réclamations des parties.

Même si les deux parties invoquent simultanément des violations du droit des relations diplomatiques et du droit des relations consulaires, la commission n'a pas jugé pouvoir apprécier la licéité du comportement de chacune d'elles au regard du droit des relations consulaires, vu le caractère tardif des requêtes spécifiquement fondées sur sa méconnaissance<sup>186</sup>. En toute hypothèse, l'Éthiopie n'étant pas partie à la convention de 1963 sur les relations consulaires, la commission n'aurait pu, conformément à l'article 5, paragraphe 13, de l'accord du 12 décembre 2000, qu'appliquer le droit coutumier correspondant. L'exclusion du droit des relations consulaires a donc réduit significativement la norme de référence pour établir l'illicéité du comportement des parties, ce qui n'a pas empêché la commission d'affirmer, par le truchement d'un *obiter dictum*, que la convention de 1963 sur les relations consulaires « codifie largement le droit consulaire ». C'est, partant, à la lumière de la convention de 1961 sur les relations diplomatiques et le droit coutumier correspondant que la commission jugea le bien-fondé des prétentions sur ce point.

Ne s'attardant pas, comme on l'a déjà expliqué, sur l'argument de l'Éthiopie selon lequel le conflit armé avait modifié ses obligations au titre de la convention de 1961 sur les relations diplomatiques, la commission n'en a pas moins admis que l'étendue des droits et des obligations de l'État accréditaire en vertu du droit des relations diplomatiques puisse être, d'une manière ou d'un autre, tributaire de l'existence d'un conflit armé. C'est ainsi que la commission a affirmé, par un curieux détour par le principe de réciprocité, « accepter » que l'État accréditaire jouisse d'une plus grande latitude en temps de guerre afin de « *monitor and even limit activities of the diplomatic mission of an enemy* »<sup>187</sup> en précisant que l'existence d'un conflit armé constitue un utile « indicateur » pour apprécier la licéité du niveau de surveillance des diplomates. L'affirmation laisse perplexe parce que rien n'empêche l'État accréditaire d'observer les mouvements du personnel diplomatique d'un État étranger dans les limites du secret des communications<sup>188</sup> et de l'inviolabilité de la mission<sup>189</sup>. L'existence d'un conflit armé entre l'État accréditant et l'État accréditaire n'y change rien, l'inviolabilité de la mission diplomatique et le secret des communications demeurant, en toutes circonstances, absolus<sup>190</sup> sauf à obtenir le consentement de l'État accréditant<sup>191</sup>.

185. *Ibid.*

186. *Ibid.*, respectivement § 19 et § 15.

187. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 25.

188. Art. 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

189. Art. 22 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

190. À ce sujet, voy. J. d'ASPREMONT, « Diplomatic Premises », in R. WOLFRUM (éd.), *Heidelberg Encyclopedia of Public International Law* (à paraître) et aussi E. DENZA, *Diplomatic Law*, 3<sup>e</sup> éd. OUP, 2008. Pour une application récente : voy. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec. 2005*, §§ 334-344.

191. Harvard Research Draft Convention, *AJIL*, 1932, Suppl. 50.

Plus novatrice est sans doute l'assertion de la commission selon laquelle l'existence d'un conflit armé entre l'État accréditaire et l'État accréditant constitue aussi un « indicateur » du caractère raisonnable des délais imposés aux diplomates<sup>192</sup>. Cette idée est assurément de la *lex ferenda*. La commission a eu l'occasion d'en faire application à l'occasion de l'examen d'une demande de l'Érythrée relative à la déclaration de *persona non grata* d'un de ses diplomates par l'Éthiopie<sup>193</sup>. Confrontée à la question de savoir si les délais de 25 heures accordés par l'Éthiopie à l'ambassadeur érythréen et de 48 heures<sup>194</sup> accordés au reste du personnel diplomatique étaient déraisonnables, la commission a jugé que *compte tenu particulièrement des circonstances du conflit armé*, ces délais pouvaient être tenus pour raisonnables et donc licites. Constatant que l'Érythrée avait elle-même accordé des délais similaires pour le départ des diplomates éthiopiens, la commission souligne le caractère profondément réciproque des relations diplomatiques pour rejeter la prétention érythréenne<sup>195</sup>.

Il est étrange toutefois que, selon la commission, la réciprocité dépasserait les seules modalités de l'exercice de la liberté d'un État de déclarer les diplomates étrangers *persona non grata*<sup>196</sup>. Elle constituerait plus largement « *a helpful indicator applying flexibility provided in the Convention* »<sup>197</sup>. En particulier, la commission a recouru à la réciprocité pour apprécier si l'Éthiopie avait violé le droit en n'autorisant qu'une mission diplomatique érythréenne de taille réduite<sup>198</sup>, ou en méconnaissant l'inviolabilité de la résidence personnelle et des véhicules des diplomates érythréens<sup>199</sup>. Autant on peut suivre la commission dans l'usage qu'elle fait de la réciprocité pour juger des délais imposés aux *personae non grata* ou des réductions de taille des missions diplomatiques<sup>200</sup> – questions pour lesquelles les États possèdent un très large, sinon absolu, pouvoir d'appréciation –, autant la violation des biens et locaux servant à la légation ne paraît pas pouvoir être justifiée sur la base de la réciprocité. L'inviolabilité diplomatique échappe en effet à la logique des contre-mesures<sup>201</sup>.

S'agissant de l'inviolabilité du courrier diplomatique, la commission a rappelé que le signalement externe du statut du courrier diplomatique constituait une condition de cette inviolabilité, conformément à la position traditionnelle<sup>202</sup>. Après présentation à l'audience du paquet litigieux par l'Érythrée, la commission a considéré que son signalement ne permettait pas d'en déterminer le statut diplomatique<sup>203</sup>. Il est cependant étonnant que la commission en déduise, non pas le caractère licite de l'ouverture du courrier par l'Érythrée, mais plutôt

192. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 25.

193. Art. 9 de la convention de Vienne de 1961.

194. Il est classiquement admis qu'un délai de 48 heures constitue un minimum : J. d'ASPREMONT, « *Persona non grata* » in R. WOLFRUM (éd.), *Heidelberg Encyclopedia of Public International Law* (à paraître).

195. Partial award, *Diplomatic Claim*, Eritrea's Claim 20, 19 December 2005, § 33.

196. *Ibid.*, § 37.

197. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 7.

198. Partial award, *Diplomatic Claim*, Eritrea's Claim 20, 19 December 2005, § 41.

199. On peut douter de l'existence d'une règle relative au caractère raisonnable de la taille des missions diplomatiques : *ibid.*, § 37.

200. Voy. généralement, J. d'ASPREMONT, *op. cit.*, note 190.

201. Article 50 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'État, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 402.

202. Art. 27 de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Voy. J. d'ASPREMONT, « *Diplomatic Bag* », in R. WOLFRUM (éd.), *Heidelberg Encyclopedia of Public International Law* (à paraître).

203. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, §§ 43-44.

l'impossibilité pour l'Éthiopie de « prouver » la violation alléguée<sup>204</sup>. En effet, le signalement du caractère officiel du courrier diplomatique n'est pas une condition de la preuve de sa violation en cas d'ouverture par l'État accréditaire, mais une condition nécessaire de sa protection par la règle de l'inviolabilité.

### E. *Jus ad bellum*

On a déjà dit le caractère étonnant, sinon téméraire, de la décision par laquelle la commission a étendu considérablement sa compétence matérielle en acceptant de statuer sur les réclamations fondées sur des violations du *jus ad bellum* (cf. *supra*). Sans revenir sur cette critique, il faut à présent tenter de dégager les enseignements substantiels de la jurisprudence de la commission quant au droit international relatif à l'emploi de la force armée.

Le droit international relatif à l'emploi de la force appliqué par la commission est le droit de la Charte des Nations Unies, en particulier l'article 2, paragraphe 4, et l'article 51 de la Charte, sans référence au droit coutumier. La commission a considéré inutile de se prononcer en outre sur les violations alléguées de la charte de l'OUA, dans la mesure où les principes de la charte onusienne relatifs au *jus ad bellum* occupent à cet égard une place prépondérante<sup>205</sup>. La conception qu'a la commission des règles du *jus ad bellum* est, pour le moins, orthodoxe : « *In general, recourse to the use of armed force by one State against another is unlawful unless it is used in self-defense or occurs with the sanction of the Security Council pursuant to Chapter VII of the UN Charter* »<sup>206</sup>. Même si l'on peut regretter son caractère particulièrement lapidaire, il est difficile de contester une telle affirmation. Son ambiguïté réside toutefois dans ses deux mots introductifs (« *In general, »*), lesquels donnent à penser qu'à côté de ce qui relève de la généralité des cas, il existerait d'autres règles relatives à l'emploi de force – que la commission se garde bien de préciser. Examinant les allégations de l'Éthiopie selon lesquelles l'Érythrée aurait violé le *jus ad bellum* en attaquant la ville de Badme le 12 mai 1998, puis en continuant à mener une offensive dans les zones frontalières, la commission est amenée à préciser quelques éléments de droit afin de répondre aux justifications avancées par l'Érythrée.

D'une part, la commission rejette l'argument de l'Érythrée selon lequel elle était en droit d'user de la force dès lors que certains territoires ayant fait l'objet de l'opération militaire menée le 12 mai 1998 étaient les siens, ainsi que l'a constaté la Commission des frontières<sup>207</sup>. La commission ne conteste pas que l'Érythrée pouvait avoir une prétention légitime de souveraineté sur une partie de ces territoires. Elle refuse toutefois que le droit de légitime défense puisse servir à régler des contentieux territoriaux, considérant que la prohibition de l'emploi de la force serait mise en péril si l'on pouvait y déroger pour recouvrir des territoires (prétendument) illégalement occupés, tant sont nombreux les différends frontaliers.

D'autre part, la commission affirme que l'Érythrée ne pouvait pas agir en légitime défense le 12 mai 1998 à la suite des incidents frontaliers mineurs

204. *Ibid.*, § 44.

205. Partial award, *Jus ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1-8, 19 December 2005, p. 5, note 11 : la commission refuse de se pencher sur les arguments de l'Éthiopie déduits de la charte de l'OUA « *because of the fundamental role of the UN Charter in relation to the issues presented* ».

206. *Ibid.*, § 11.

207. Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, *Decision regarding the delimitation of the border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, 13 April 2002, 41 ILM 1057. Voy. aussi *supra* note 9.

s'étant produits quelques jours auparavant, soit les 6 et 7 mai 1998. Estimant ne pas devoir procéder à un examen détaillé de ces incidents, la commission considère que le droit de légitime défense ne peut être exercé qu'en réponse à une « *armed attack* ». Or, « *localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter* ». La commission ajoute que l'Érythrée n'a pas informé le Conseil de sécurité du fait que les opérations militaires du 12 mai 1998 auraient été menées en application du droit de légitime défense, paraissant déduire de ce manquement procédural la confirmation que l'Érythrée n'aurait pas eu le sentiment d'agir en légitime défense en mai 1998<sup>208</sup>.

La commission relève que l'Érythrée n'a pas poursuivi les consultations initiées dès le 8 mai 1998 entre parties au sujet des incidents de frontières, et a attaqué à l'aube du 12 mai 1998 la ville de Badme et d'autres régions frontalières à l'aide de deux brigades de soldats supportés par des chars et une couverture d'artillerie. Constatant que l'Érythrée n'avait pas subi d'attaque armée de la part de l'Éthiopie, la commission estime que l'opération militaire érythréenne du 12 mai 1998 ne peut pas être justifiée au titre de la légitime défense et conclut à son caractère illicite. Elle précise :

*« The areas initially invaded by Eritrean forces on that day were all either within undisputed Ethiopian territory or within territory that was peacefully administered by Ethiopia and that later would be on the Ethiopian side of the line to which Ethiopian armed forces were obligated to withdraw in 2000 under the Cease-Fire Agreement on June 18, 2000 ».*

Comme on le voit, la commission n'attache aucune importance au fait que certains territoires sur lesquels l'Érythrée porta son action militaire, et singulièrement la ville de Badme, étaient illégalement occupés par l'Éthiopie puisqu'ils relevaient de la souveraineté érythréenne comme le constata la Commission des frontières : plutôt que de retenir le critère de la souveraineté territoriale des parties pour apprécier l'illicéité de leur emploi de la force, la commission préfère celui de l'« administration paisible », que confirmerait la ligne de cessez-le-feu convenue à la fin des hostilités. La commission considère que puisqu'un État est responsable des violations du droit international humanitaire qu'il commet dans des territoires « paisiblement administrés », il doit aussi l'être pour les violations du *jus ad bellum* qu'il y commet, ce qui serait sans préjudice des questions de souveraineté territoriale :

*« In the same Partial Award<sup>209</sup>, the Commission explained why it must hold Eritrea liable for violations of international humanitarian law committed by it*

208. Le raisonnement se rapproche de celui tenu par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt Nicaragua c. États-Unis : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, § 200.

209. Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 27 : « *The Commission considers that, under customary international humanitarian law, damage unlawfully caused by one Party to an international armed conflict to persons or property within territory that was peacefully administered by the other Party to that conflict prior to the outbreak of the conflict is damage for which the Party causing the damage should be responsible, and that such responsibility is not affected by where the boundary between them may subsequently be determined* ». La position de la commission n'est pas contestable s'agissant du *jus in bello*, encore que, bien sûr, pour être responsable d'une action militaire qui y est contraire, il faut que les biens ou les personnes affectés relèvent de l'État qui, bien que non souverain, administrait paisiblement le territoire en question. Lorsque l'attaque a lieu à l'encontre d'un territoire étatique, les preuves à rapporter à cet égard sont nettement plus aisées.

*within such territories*<sup>210</sup> and why such holdings concerning conduct during the war have no effect on the international boundary as subsequently determined by the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission. The same principle governs application of the *jus ad bellum* ».

Cet alignement du régime de la responsabilité pour violation du *jus ad bellum* sur celui du *jus in bello* en ce qui concerne le *loci delicti* est hautement discutable.

La commission rejette enfin le troisième argument présenté par l'Érythrée pour sa défense, à savoir que l'Éthiopie lui aurait déclaré la guerre le 13 mai 1998. Rappelant ce qu'est une déclaration de guerre au sens de la troisième convention de La Haye de 1907 et constatant l'absence de rupture des relations diplomatiques entre les parties qu'empporte normalement une telle déclaration, la commission considère que la déclaration éthiopienne du 13 mai ne revêtait pas cette nature, puisqu'elle consistait essentiellement à dénoncer et refuser le fait accompli résultant de l'opération militaire érythréenne menée la veille. Sans procéder à une déclaration de guerre, l'Éthiopie aurait affirmé sa détermination à exercer son droit de légitime défense, et en aurait d'ailleurs informé le Conseil de sécurité. La commission n'examine pas de manière critique la prétention éthiopienne relative à la légitime défense, et paraît donc l'accepter : « *What is clear is that, once the armed attack in the Badme area occurred and Ethiopia decided to act in self-defense, a war resulted that proved impossible to restrict to the areas where that initial attack was made* ». Faute de preuve, la commission rejette les allégations de l'Éthiopie selon lesquelles les attaques érythréennes subséquentes à l'opération du 12 mai 1998 auraient été planifiées à l'avance et coordonnées.

Le dispositif de la sentence du 19 décembre 2005 dont les traits principaux viennent d'être rapportés se limite à constater que l'Érythrée

*« violated Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations by resorting to armed force on May 12, 1998 and the immediate following days to attack and occupy the town of Badme, then under peaceful administration by [Ethiopia], as well as other territory in [Ethiopia's] Tahtay Adiabo and Laelay Adiabo Weredas ».*

Pourtant, si la commission avait été logique avec elle-même, elle aurait pu (voire, dû) considérer explicitement que cette violation de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte constituait un acte d'agression. En effet, la commission paraît accepter que les opérations militaires éthiopiennes consécutives à l'attaque érythréenne du 12 mai 1998 ont été menées en légitime défense, ce qui suppose l'existence d'une agression. Dans la logique de la commission – qui affirme que l'emploi de la force ne peut « en général » avoir lieu qu'en situation de légitime défense ou consécutivement à une autorisation du Conseil de sécurité (*cf. supra*) –, on voit d'ailleurs mal ce qui, hors la légitime défense, aurait pu justifier la réaction militaire de l'Éthiopie puisque cet État ne fut pas autorisé par le Conseil de sécurité à recourir à la force des armes. Or, comme elle l'affirme elle-même, l'emploi de la force en légitime défense ne peut s'exercer qu'en réaction à une agression armée (*armed attack*) – ce que, selon elle, ne sont pas des incidents de frontière. Même si la sentence n'affirme pas la commission d'une telle agression par l'Érythrée, elle revient donc pourtant à cela. Ce qui, il faut l'avouer, est particulièrement simplificateur et perturbant dès l'instant où le territoire sur lequel l'opération militaire du 12 mai 1998 a été menée était (en grande partie) celui... de l'« agresseur » ! Admettons – mais, ainsi que le souligne à juste titre

210. Il s'agit des territoires administrés par l'Éthiopie mais ne relevant pas de sa souveraineté, notamment ceux qu'elle contrôle suite à l'établissement de la ligne de cessez-le-feu de juin 2000.

Christine Gray<sup>211</sup>, cela aurait tout de même mérité une discussion autrement plus élaborée que celle, lacunaire, présentée par la commission – que l'Érythrée ne pouvait pas se prévaloir du droit de légitime défense pour se protéger des incidents de frontières antérieurs au 12 mai 1998, pas plus que pour recouvrir la maîtrise de ce qu'elle considérerait (à bon droit selon la Commission des frontières) être son territoire. La commission était-elle pour autant justifiée à considérer implicitement que cet emploi de la force revêtait la nature agressive nécessaire pour justifier, au titre de la légitime défense, la riposte militaire éthiopienne dont elle n'a jamais mis en doute la licéité ? On ne trouve dans la sentence aucune référence aux exigences coutumières de la nécessité et de la proportionnalité qui régissent l'exercice de la légitime défense, pas plus qu'on ne voit la commission discuter sérieusement ce que peut signifier une violation de la prohibition de l'emploi de la force donnant ouverture au droit de légitime défense lorsque cet emploi de la force est porté, au moins pour partie, sur un territoire appartenant à l'État qui en fait usage. Cette absence d'élaboration théorique du raisonnement de la commission, et la légèreté avec laquelle elle a tranché de complexes questions de fait et de droit relatives à des normes fondamentales du droit international, contrastent avec l'extrême prudence de la Cour internationale de Justice<sup>212</sup> et laissent profondément songeur. Le plus étonnant est que la commission a souligné plus tard que son prononcé relatif au *jus ad bellum* ne constituait pas « *a finding that Eritrea initiated an aggressive war* »<sup>213</sup> – alors que, comme on vient de le montrer, sa sentence suppose pourtant nécessairement que l'attaque érythréenne du 12 mai 1998 fût implicitement considérée comme un acte d'agression (*armed attack*)... Faut-il suivre la commission dans l'apparente distinction qu'elle établit entre la guerre d'agression qu'elle refuse de reconnaître et l'acte d'agression que son raisonnement suppose ?

L'insatisfaction ressentie par la doctrine est bien peu de chose à côté des effets négatifs qu'une telle jurisprudence peut avoir sur le règlement global recherché par l'accord du 12 décembre 2000 à travers la mise en place de différents mécanismes arbitraux. Le moins que l'on puisse dire à cet égard est que la sentence du 19 décembre 2005 fut apparemment rédigée sans aucun souci de cohérence par rapport à la décision de la Commission des frontières, ce qui ne manque pas d'amoindrir l'autorité du prononcé de cette dernière, lequel fut d'ailleurs contesté par l'Éthiopie. Il est permis de penser qu'un tout autre (et bien plus convaincant) résultat aurait pu être atteint si, au lieu de déduire le caractère illicite de l'opération militaire érythréenne du 12 mai 1998 du fait qu'elle avait été (en partie) menée sur un territoire fort pudiquement dénommé « *peacefully administered by Ethiopia* », la commission avait tenu compte du tracé de la frontière séparant les deux belligérants, telle que précisé par la *Boundary Commission*. Il en aurait découlé une discussion autrement plus éclairante de la portée de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte, et de son éventuelle violation... si tant est que l'on soit convaincu que la commission était en droit de traiter des réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum*.

211. Chr. GRAY, « The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries : A Partial Award ? », *EJIL*, 2006, pp. 699-721. Voy. aussi L. CASTAGNETTI, « Il problema del diritto all'uso della forza nelle relazioni internazionali di fronte alla Eritrea-Ethiopia Claims Commission », *Riv. Dir. Int.*, 2007, pp. 738-748.

212. Not. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986 et *Affaire des plates-formes pétrolières, Iran c. USA*, arrêt du 6 novembre 2003.

213. Decision n° 7, *Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, 27 July 2007, § 5.

### F. Droit de la responsabilité internationale

Dès le 29 août 2001, la commission a informé les parties qu'elle entendait aborder en deux temps distincts les demandes qui lui étaient soumises : elle a décidé d'examiner d'abord la mesure dans laquelle les faits allégués emportaient la responsabilité internationale de l'État défendeur et ensuite, si cette responsabilité était établie, de statuer sur les réparations. La commission a achevé l'examen des questions de responsabilité et s'apprête à se prononcer sur les réparations sollicitées.

Il ne s'agit pas de revenir ici sur l'élément « objectif » de la responsabilité internationale, à savoir les différents faits internationalement illicites constatés par la commission à travers sa jurisprudence. Les pages qui précèdent ont tenté d'en donner un aperçu général, le détail des illicéités relevées étant à rechercher dans les dispositifs des différentes sentences. Il faut par contre s'arrêter quelques instants sur la manière dont la commission a abordé l'élément « subjectif » de la responsabilité internationale, à savoir l'attribution du fait illicite à l'État (1). Ainsi qu'on le montrera, le fait que la commission ne s'est pratiquement pas penchée sur ces questions d'attribution est dû à une reformulation critiquable des règles primaires dont elle a constaté la violation. Même si la jurisprudence de la commission ne contient pas encore de sentence relative à la réparation des dommages, on rapportera ensuite succinctement ce qu'elle a déjà pu dire des problèmes relatifs aux dommages et au lien de causalité (2) et aux formes de réparation (3).

#### 1. Questions d'attribution

Dès lors que le contentieux soumis à la commission porte essentiellement sur des questions de responsabilité internationale d'États, on peut légitimement s'attendre à ce que les difficultés relatives à l'attribution de faits illicites aux parties défenderesses occupent une certaine place dans les sentences prononcées. Tel n'est pas le cas, ce qui ne manque pas de surprendre. Seule une formule générale apparaît dans les dispositifs des sentences : « *The Respondent is liable to the Claimant for the following violations of international law involving acts or omissions by its civilian officials, military personnel or others for whose conduct it is responsible* »<sup>214</sup>. Suivent les illicéités constatées. À y regarder de plus près, deux raisons expliquent le quasi-silence arbitral sur les questions d'attribution.

Il y a tout d'abord un ensemble de faits qui ne soulevaient pas de difficulté à cet égard, tant l'implication étatique dans leur réalisation était apparente, voire même consubstantielle. Tel est par exemple le cas de la violation du *ius ad bellum* dont il a été abondamment question, mais aussi des destructions militaires directes<sup>215</sup>, des détentions illégales<sup>216</sup>, des privations ou confiscations imposées aux prisonniers de guerre<sup>217</sup>, du refus d'accès du CICR aux mêmes

214. Par exemple, Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, « Findings of Liability for Violations of International Law », p. 30. La formule est répétée, à quelques variantes près mentionnant ou non les officiels civils, dans pratiquement toutes les sentences.

215. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005.

216. Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004 ; Partial award, *Civilians claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004.

217. Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003 ; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003.

prisonniers<sup>218</sup>, des expulsions de civils<sup>219</sup>, des violations du droit diplomatique<sup>220</sup>, des retraits arbitraires de nationalité<sup>221</sup>, des mesures prises à l'encontre de propriétés ennemies<sup>222</sup>. Même lorsque des demandes ont été rejetées sur le fond, parce que les violations alléguées n'étaient pas établies, on peut comprendre que la commission se soit passée d'une analyse des questions d'attribution, bon nombre de ces violations nécessitant une implication étatique pour exister : tel est le cas notamment des réclamations éthiopiennes relatives aux saisies réalisées par l'Érythrée dans ses ports<sup>223</sup>, ou de la réclamation érythréenne concernant le régime des pensions de fonctionnaires<sup>224</sup>. Dans tous ces cas, que les réclamations aient été déclarées fondées ou qu'elles aient été rejetées, l'attribution étatique ne souffre pas de discussion. Il n'y a donc pas lieu de s'émouvoir du silence de la commission à cet égard.

L'autre raison expliquant que les questions d'attribution n'apparaissent pas dans la jurisprudence de la commission suscite, par contre, certaines interrogations. En effet, bien souvent, la commission a prononcé des condamnations par lesquelles elle s'est contentée de constater le manquement des parties à certaines de leurs obligations internationales, celles-ci les obligeant à adopter un comportement déterminé, ou à empêcher la survenance de faits particuliers. Ainsi, par exemple, l'une ou l'autre partie a été condamnée pour avoir manqué de protéger les prisonniers de guerre lors de leur capture afin d'éviter leur exécution sommaire ou pour avoir permis qu'ils soient passés à tabac ou laissés dans des conditions sanitaires déplorable<sup>225</sup>, pour avoir laissé des zones conquises se faire piller (« *permitting the looting* »)<sup>226</sup>, pour n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour empêcher des viols, des bastonnades, des exécutions sommaires ou d'autres violences dirigées contre les civils par leurs soldats<sup>227</sup>, pour avoir permis la destruction de biens culturels en territoire occupé<sup>228</sup>, pour n'avoir pas pris les mesures de précaution nécessaires pour éviter que deux avions militaires n'utilisent des bombes à fragmentation à proximité de civils<sup>229</sup>...

Formulés sous l'angle de manquements, ces violations se comprennent sans peine et n'appellent pas vraiment un examen de leur imputation étatique. Le défaut étatique n'a en effet, à l'évidence, point besoin qu'on l'« attribue » à son auteur, en ce sens qu'il lui est par nature attribué sans la médiation de l'action

218. Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003.

219. Voy. note 216.

220. Partial award, *Diplomatic Claim*, Eritrea's Claim 20, 19 December 2005 ; Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005.

221. Partial award, *Civilians Claims*, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, 17 December 2004.

222. Voy. note 216 et aussi Partial award, *Loss of Property in Ethiopia owned by Non-Residents*, Eritrea's Claim 24, 19 December 2005.

223. Final award, *Ports*, Ethiopia's Claim 6, 19 December 2005.

224. Final award, *Pensions*, Eritrea's Claims 15, 19 & 23, 19 December 2005.

225. Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, p. 33, § 2 des « *Findings of Liability for Violation of International Law* » (dispositif).

226. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, p. 28, dispositif p. 28, §§ 1 et 2 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, dispositif p. 44, § 2 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005, dispositif p. 22, § 2.

227. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, dispositif, p. 28, § 5 : « *For failure to take effective measures to prevent rape of women by its soldiers during its occupation of Senafe Town* ». Voy. aussi Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, dispositif, p. 30, § 7 et aussi § 6.

228. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, dispositif, p. 28, § 8. Il s'agit du dynamitage par l'Éthiopie de la stèle de Matara, un obélisque vieux de près de 2 500 ans s'élevant à quelque 5 mètres du sol.

229. Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, dispositif, p. 30, § 9.

d'aucune personne physique qui pourrait, à un titre ou à un autre, être considérée comme ayant agi en son nom et pour son compte. C'est donc la nature même des obligations dont la violation fut constatée, leur contenu, qui permet à la commission de faire l'économie de débats d'attribution. Cela étant, on peut se demander si le fait de s'être à ce point détourné des questions d'attribution n'a pas abouti à une manière de déni de justice, sous la forme de condamnation pour le défaut de n'avoir pas prévenu la survenance de certaines violences et autres atrocités, alors que la commission aurait dû constater la responsabilité étatique pour leur commission. Trois exemples suffisent à illustrer ce point.

S'agissant des exécutions sommaires de prisonniers de guerre et des différents mauvais traitements qui leur ont été infligés, il ne suffit pas d'affirmer que l'État qui les détenait a violé le droit en ne prenant pas les mesures nécessaires pour éviter de telles violences : il faut rechercher en quoi celles-ci lui sont attribuables. Se contenter de dire qu'il n'a rien fait pour les empêcher revient à affirmer qu'il n'est pas responsable de ces violences comme telles, mais qu'il est seulement responsable de n'avoir pas pris les mesures pour les éviter. Il en est de même s'agissant des viols, ou de l'usage des bombes à fragmentation. Pourtant, ce que le droit international humanitaire prohibe, ce n'est pas tant de ne pas prendre les mesures nécessaires pour éviter l'exécution sommaire de prisonniers de guerre, le viol de femmes par des soldats ou des bombardements de civils : ce qu'il prohibe radicalement, ce sont les exécutions sommaires, les viols et de tels bombardements. On le voit : en se détournant des règles secondaires d'attribution, la commission en est arrivée à pervertir les règles primaires. Les circonvolutions de la commission sont donc particulièrement choquantes, car elles reviennent à atténuer considérablement la responsabilité (juridique, mais aussi morale) des États par une reformulation des règles primaires suite à un refus d'aborder les questions d'attribution pour ce qu'elles sont. Nul doute que cette approche peut avoir un impact considérable sur le règlement indemnitaire, à l'occasion de l'appréciation du lien causal entre le fait illicite et le dommage : être responsable pour avoir manqué de prévenir des violences ou être responsable pour les avoir commises n'est assurément pas la même chose de ce point de vue. Cette approche et ce résultat sont d'autant plus étonnants que les règles secondaires d'attribution ne sont pas particulièrement compliquées quand sont en cause – comme dans les cas des exécutions sommaires et violences faites aux prisonniers de guerre, des viols et violences aux civils, ainsi que des bombardements aériens – les forces armées étatiques. On sait en effet que l'État est responsable de ses organes, alors même qu'ils agiraient *ultra vires*<sup>230</sup>. Cette règle doit être complétée par le principe coutumier exprimé par l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 (que répète l'article 91 du protocole I de 1977) suivant lequel les membres des forces armées impliqués dans un conflit armé international engagent la responsabilité de leur État en toutes circonstances, *même lorsqu'ils n'agissent pas en qualité d'organe*<sup>231</sup>. Il aurait donc été fort aisé à la commission (qui semble tout ignorer de l'article 3 de la convention IV de La Haye et de l'article 91 du protocole I de 1977) d'imputer directement de nombreuses violences aux États défenseurs, plutôt que de leur reprocher de n'avoir pas pris les mesures pour les prévenir. Les « condamnations » prononcées par la commission sont donc pour une bonne part étrangement édulcorées, puisqu'on n'en aperçoit pas le fondement

230. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, art. 7.

231. Ainsi, par exemple, l'État est internationalement responsable des viols de civils (ou des pillages etc.) commis par ses soldats en permission. Sur ce principe coutumier, voy. P. d'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 507-518.

juridique<sup>232</sup>. Quant à leur éventuelle sagesse politique, elle paraît bien en décalage avec l'air du temps, celui-ci ne cessant d'affirmer que les victimes de violations graves du droit international humanitaire ont droit à la vérité<sup>233</sup>. Affirmer qu'un État n'est pas responsable des exactions commises par ses soldats et que sa seule faute consisterait à n'avoir pas pris les mesures pour les empêcher, ce n'est pas dire la vérité du droit.

## 2. Dommages et lien de causalité

L'accord du 12 décembre 2000 ne précise pas quels sont les dommages susceptibles d'être réparés, disposant seulement que la commission statuera sur les « réclamations » qui lui sont présentées, pour autant qu'elles répondent aux conditions de compétence précisées ci-dessus. Les principes habituels du droit international quant à la détermination de ce que peut constituer un dommage, en tant qu'atteinte à un intérêt protégé par ce même droit, sont donc applicables. L'article 5, paragraphe 14, de l'accord du 12 décembre 2000 précise seulement que la commission peut allouer des intérêts, dépenses et commissions diverses (*interest, costs and fees*). L'inclusion d'intérêts n'a rien d'étonnant, surtout lorsque le moment de l'évaluation du préjudice n'est pas le même que le moment du prononcé arbitral<sup>234</sup> ; il est par contre assez remarquable que les coûts et frais liés à la procédure de réclamation puissent être réclamés : là où la Commission d'indemnisation des Nations Unies avait admis que les États pouvaient retenir à leur profit un petit pourcentage des indemnités allouées à titre de « *processing costs* », elle a par contre exclu l'indemnisation des « *preparation costs* », lesquels couvrent les frais des conseils juridiques<sup>235</sup>. Étrangement, l'article 29 du règlement de procédure ne reprend pas les *fees* parmi les coûts pouvant être indemnisés : seuls les « *interest and costs may be awarded* ». On ignore la raison de cette omission. Quelle qu'elle soit, elle devrait être sans effet puisque l'accord du 12 décembre 2000, fruit de la volonté des parties, prévaut logiquement sur le règlement de procédure élaboré par la seule commission en cas de contradiction entre eux. À côté de l'élément intrinsèque du dommage, le lien de causalité qui en forme l'élément extrinsèque mérite de plus amples précisions.

En déterminant les responsabilités des parties, la commission a parfois procédé à des évaluations portant sur la part des dommages attribuables à leurs comportements illicites. Cet exercice ne porte plus sur l'attribution d'un fait illicite à un État : ce fait étant établi et imputé, il s'agit ensuite de déterminer quel a été son impact sur l'ampleur des dommages tels qu'ils sont constatés. Il y a là une

232. Voy. dans le même sens sur ces questions d'attribution, Ph. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP*, 2005, p. 226 et V. COLANDREA, « L'attribuzione allo Stato delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario nella giurisprudenza della Eritrea Ethiopia Claims Commission », *La comunità internazionale*, 2006, pp. 785-800.

233. Voy. la résolution de l'Assemblée générale du 16 décembre 2005 portant sur les « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », A/RES/60/147 et le commentaire de P. d'ARGENT dans cet *Annuaire*, 2005, pp. 27-55.

234. Sur cette question, voy. l'art. 38 des articles sur la responsabilité internationale des États (A/RES/56/83) et P. d'ARGENT, *op. cit.*, note 231, pp. 705-714. On rappellera que la Commission d'indemnisation des Nations Unies a décidé d'exclure toute demande d'allocations d'intérêts : S/AC.26/Dec. 243 (1995).

235. S/AC.26/Dec. 250 (2005) sur l'exclusion des « *preparation costs* » ; S/AC.26/Dec. 18 (1994) sur les « *processing costs* » : selon les catégories de réclamations, l'État peut retenir 1,5 % à 3 % des sommes allouées, ce qui n'augmente pas la dette de l'Iraq. Comme on l'a déjà souligné, les dépenses de fonctionnement de la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie sont par contre à charge égale des parties et ne font pas partie des dommages.

question classique de lien causal entre le fait illicite et le dommage. La destruction d'un immeuble, telle qu'elle est constatée à un moment déterminé, peut en effet être le résultat combiné de différentes actions : des combats de rue licites, un bombardement illicite, mais aussi des actes de pillage ou d'autres dégradations diverses, tantôt antérieurs, tantôt postérieurs, aux opérations militaires. Ces appréciations particulièrement délicates relèvent d'un examen minutieux des faits, et la doctrine serait bien mal inspirée de vouloir se substituer au juge sur ce point. Parce que toute proportion aura inmanquablement un caractère approximatif, le plus simple pour éviter le reproche de l'arbitraire est toutefois, pour le juge, de tenter de s'en expliquer, fût-ce brièvement, en rapportant les principaux éléments qui paraissent justifier le pourcentage causal finalement arrêté. Tout en soulignant chaque fois que son prononcé est fondé sur les preuves qui lui ont été rapportées, force est de constater que la commission ne s'est pas expliquée d'avantage sur les raisons pour lesquelles elle a retenu tel ou tel pourcentage pour apprécier la part de responsabilité d'une partie dans la réalisation de certains dommages, alors même que l'accord du 12 décembre 2000 lui interdit de statuer *ex aequo et bono*. Peut-être pense-t-elle que la constante de 75 % qu'elle a (le plus souvent <sup>236</sup>) retenue <sup>237</sup>, par l'égalité de traitement qui en résulte, suffit à justifier ses décisions.

Les questions de causalité en cas de violation du *jus in bello* ne paraissent pas avoir davantage occupé la commission. S'étant déclarée compétente pour connaître des réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum* (cf. *supra*), elle a par contre dû se pencher sur la causalité à l'œuvre en ce cas. Cette difficulté est cruciale, puisque l'intérêt des réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum* est de pouvoir imputer à son auteur la responsabilité de dommages qui ne sont pas illicites au regard du droit de la guerre, vu le principe de l'indifférence du *jus in bello* en cas de violation du *jus ad bellum* <sup>238</sup>. Bien qu'elle n'ait pas encore statué sur les réclamations relatives aux réparations, la commission a, le 27 juillet 2007, pris une décision par laquelle elle énonce certaines lignes directrices en matière de responsabilité fondée sur la violation du *jus ad bellum* <sup>239</sup>.

Après avoir rapporté les positions respectives des parties en la matière – l'Éthiopie défendant la thèse d'une causalité « raisonnable », tandis que l'Érythrée soutenant la théorie de la « proximate cause » –, ainsi que les autres qualifications du lien causal retenues par la pratique – causalité directe/indirecte, dommage prévisible/imprévisible –, la commission conclut que « *the necessary connection [entre le dommage et le fait illicite] is best characterized through the commonly used nomenclature of "proximate cause"* ». Elle s'explique :

*« In assessing whether this test is met, and whether the chain of causality is sufficiently close in a particular situation, the Commission will give weight to whether particular damage reasonably should have been foreseeable to an actor committing the international delict in question. The element of foreseeability, although not without its own difficulties, provides some discipline and predictability in assessing proximity. Accordingly, it will be given considerable weight in assessing whether particular damages are compensable »* <sup>240</sup>.

236. 70 % dans le cas de l'occupation du village de Sehra par l'Éthiopie, et 90 % pour la destruction de l'hôpital de Senafe : Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 78, § 101.

237. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, dispositif, D, §§ 1, 2, 6 ; Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, dispositif, D, § 5.

238. Sur ce principe, voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, note 231, pp. 476-492.

239. Decision n° 7 : *Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*.

240. *Ibid.* § 13.

La décision n° 7 aborde ensuite (très succinctement, au risque parfois de la caricature) les différents précédents historiques du XX<sup>e</sup> siècle relatifs aux réparations de guerre, depuis le traité de Versailles jusqu'à la Commission d'indemnisation des Nations Unies en passant par les réparations allemandes et japonaises de la seconde guerre mondiale. L'exercice tend à montrer que ces précédents ne sont guère pertinents ni d'un grand secours en l'espèce. Ayant affirmé que son constat de violation du *jus ad bellum* par l'Érythrée ne signifiait pas qu'elle considèrerait cet État responsable d'une guerre d'agression emportant une responsabilité financière étendue<sup>241</sup>, la commission tente de justifier cette position en prenant appui sur la différence d'attitude du Conseil de sécurité lors de la guerre Iraq-Koweït et lors du conflit dont elle est saisie. Il est assurément pertinent de distinguer entre l'agression et les autres violations de l'article 2, paragraphe 4, de la Charte<sup>242</sup>, et, sans doute, à partir de là, d'apprécier différemment le lien de causalité unissant le fait illicite au dommage, tant il est vrai que, comme le note la commission en citant les travaux de la Commission du droit international, cette appréciation peut varier selon l'obligation internationale violée<sup>243</sup> ; il n'est par contre pas sûr, ainsi qu'on l'a déjà dit, que faire le partage entre un acte d'agression et une guerre d'agression ait juridiquement du sens, en ce compris du point de vue du droit de la responsabilité internationale.

Il est inutile d'entrer dans des considérations terminologiques relatives à la qualification du lien de causalité, car, comme la commission le relève, les différentes théories de la causalité aboutissent souvent aux mêmes solutions concrètes une fois appliquées. La préférence de la commission pour la théorie de la *proximate cause* n'appelle à cet égard guère de commentaires, tant on sait que les critères de normalité et de prévisibilité du dommage fondent ultimement toute appréciation du lien de causalité, en tant que pur construit juridique<sup>244</sup>. À l'expérience, il reste à voir si la commission rejoindra la pratique dominante relative aux réparations de guerre, laquelle affirme notamment la responsabilité de l'auteur de l'agression pour les dommages matériellement causés par les armées réagissant à cet emploi illicite de la force<sup>245</sup>.

C'est à l'usage que l'on pourra juger du bien fondé de la décision n° 7. En attendant, on ne peut s'empêcher de penser que, par cette décision, la commission a en quelque sorte tenté de limiter les conséquences de sa sentence relative à la responsabilité de l'Érythrée pour violation du *jus ad bellum* (cf. *supra*). En donnant l'impression de vouloir restreindre l'extension du lien causal, on a le sentiment qu'elle tente ainsi de « rattraper » une décision de principe dont on se demande après coup si elle avait bien mesuré toutes les implications possibles.

### 3. Formes de réparation

Bien que la commission n'ait pas encore statué sur les demandes de réparation, certains éléments de sa pratique méritent déjà quelque attention.

241. On a montré plus haut combien cette affirmation était problématique au regard de la logique même dans laquelle la commission s'est placée.

242. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, § 191.

243. *Rapport de la Commission du droit international*, 53<sup>e</sup> session (2001), A/56/10, commentaire de l'article 31, § 10.

244. P. d'ARGENT, *op. cit.*, note 231, pp. 622 et s.

245. Cet étirement de la causalité ne devrait cependant pas permettre de rattacher à la responsabilité du belligérant illicite (c'est-à-dire l'État auteur d'une violation du *jus ad bellum*) les dommages résultant d'une violation du *jus in bello* commise par le belligérant licite : voy. P. d'ARGENT, *op. cit.*, note 231, pp. 644 et s.

La commission a décidé que

*« in principle, the appropriate remedy for valid claims submitted to it should be monetary compensation. However, the Commission does not foreclose the possibility of providing other types of remedies in appropriate cases, if the particular remedy can be shown to be in accordance with international practice, and if the Tribunal [sic] determines that a particular remedy would be reasonable and appropriate in the circumstances »*<sup>246</sup>.

La préférence donnée à l'indemnisation comme forme de réparation paraît conforme à l'accord du 12 décembre 2000 par lequel les parties se sont engagées à honorer toutes les décisions de la commission et singulièrement à « payer dans les meilleurs délais toutes les indemnités monétaires prononcées à leur égard »<sup>247</sup>.

La préférence donnée à l'indemnisation conduit la commission à rejeter une demande de restitution des effets personnels des prisonniers de guerre érythréens ayant été détenus par l'Éthiopie. Le rejet est fondé sur les termes de la décision n° 3 et le fait qu'il n'aurait pas été démontré que la restitution des effets personnels des prisonniers de guerre était conforme à la pratique internationale, la commission ajoutant qu'à son estime une telle restitution ne serait pas appropriée et ne serait pas susceptible d'être effective<sup>248</sup>. Le prononcé est pour le moins expéditif. Il aurait été plus convaincant si la commission avait pris soin d'exclure cette forme de réparation normalement prioritaire pour l'un des motifs retenus par le droit coutumier, à savoir que la restitution serait matériellement impossible ou qu'elle imposerait à l'Éthiopie « une charge hors de toute proportion » par rapport à l'avantage qu'elle présente pour l'Érythrée, plutôt que l'indemnisation<sup>249</sup>. Par ailleurs, la même préférence accordée à l'indemnisation conduit la commission à refuser de faire droit à une demande d'excuses formulée par l'Érythrée à l'encontre de l'Éthiopie pour la destruction de la stèle de Matara. À nouveau, citant la décision n° 3, la commission estime de manière lapidaire qu'il n'aurait pas été démontré que la présentation d'excuses était conforme à la pratique internationale, ni que cela serait « *reasonable and appropriate* »<sup>250</sup>. Ici encore, on peut s'interroger sur l'appréciation de la commission et ce qui paraît être un rejet – une ignorance ? – de la satisfaction, dont le concept même n'est pas mentionné. Faut-il en déduire que la commission estime que la destruction d'un bien culturel est plus adéquatement réparée par une indemnisation ? Sans doute. Encore faudra-t-il voir quels sont les éléments d'appréciation économique sur lesquels la commission se basera pour évaluer un tel dommage culturel.

On avoue être sceptique face à cette approche exclusivement « monétariste » de la réparation, ainsi réduite à de simples décomptes financiers. On ne peut s'empêcher de penser que la commission donne préférence – voire exclusivité – à l'indemnisation afin de procéder à une compensation générale des comptes entre parties une fois toutes les réclamations liquidées. Entretemps, elle devra déterminer des modes d'évaluation de dommages fort variés, alors qu'elle aurait pu s'épargner cette peine en prononçant judicieusement certaines mesures de restitution ou de satisfaction.

246. Décision n° 3, *Remedies*.

247. Accord du 12 décembre 2000, *op. cit.*, note 5, art. 5, § 17.

248. Partial award, *Prisoners of war*, Eritrea's claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 78.

249. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, art. 35.

250. Partial award, *Central Front*, Eritrea's claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 avril 2004, § 114. Voy. note 228.

La décision n° 8 de la commission, intitulée « *Relief to War Victims* » explique encore pour partie la faveur tout particulière dont jouit l'indemnisation dans le processus arbitral. Reconnaissant que les parties ont toute discrétion pour utiliser les indemnités qui leur seraient allouées dans le cadre des réclamations interétatiques, et constatant qu'il sera très difficile, voire impossible, d'identifier individuellement chaque victime du conflit, la commission « invite » les parties à réfléchir aux moyens qu'elles pourraient mettre en œuvre afin d'éventuellement utiliser les fonds qu'elle leur allouerait à la création de programmes d'assistance destinés aux différentes catégories de victimes, en pourvoyant par exemple à certains services de santé ou de développement agricole. La commission estime faire cette incitation dans le droit fil de l'engagement pris par les parties dans l'accord du 12 décembre 2000 d'apporter secours et assistance humanitaire à toutes les victimes civiles du conflit. La commission dit attendre des parties qu'elles lui fassent des commentaires à cet égard, ce qui laisse présager qu'elle pourrait allouer les indemnités non tant en fonction de l'ampleur des dommages causés, mais du mérite qu'elle reconnaîtrait aux programmes d'assistance aux victimes mis en place par chaque partie, lesquels seraient financièrement alimentés par les indemnités. Même si cette démarche peut avoir du sens, elle s'éloigne fort, on le voit, d'une logique de pure responsabilité internationale.

La formulation de telles « recommandations » par un tribunal arbitral chargé d'un contentieux de responsabilité n'est pas sans précédent. Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire du *Rainbow Warrior* opposant la Nouvelle-Zélande à la France s'était également permis d'enjoindre aux parties la création d'un fonds commun pour la promotion de relations amicales entre les deux États<sup>251</sup>, sans que l'on soit certain que la recommandation ait été prise au sérieux par eux. Dans sa jurisprudence récente, la Cour internationale de Justice a, elle aussi, occasionnellement estimé nécessaire – essentiellement quand elle n'était pas en mesure d'ordonner des mesures conservatoires<sup>252</sup> – d'indiquer le comportement qu'elle jugeait approprié dans le chef des parties pour atténuer, dans l'attente de sa décision au fond, les souffrances de populations civiles<sup>253</sup>, empêcher l'aggravation du différend<sup>254</sup> ou limiter les dommages à l'environnement<sup>255</sup>. Bien que cette inclination du juge international à formuler de telles recommandations – qui n'ont aucun caractère contraignant – ne corresponde pas toujours à l'idée que l'on peut se faire de l'office de celui-ci, il est remarquable que cette pratique n'ait suscité que très peu de controverses<sup>256</sup>, si ce n'est parmi les juges eux-

251. Affaire du *Rainbow Warrior* (Nouvelle-Zélande c. France), sentence arbitrale du 30 avril 1990, *RGDIP*, 1990, pp. 838 et s., § 126. À ce sujet, voy. J. CHARPENTIER, « L'affaire du *Rainbow Warrior* : la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (Nouvelle Zélande c. France)(1) », cet *Annuaire*, 1990, pp. 407 et s. ; voy. aussi J. SCOTT DAVIDSON, « The Rainbow Warrior Arbitration Concerning the Treatment of the French Agents Mafart and Prieur », *JCLQ*, 1991, pp. 456 et s.

252. Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (*RDC c. Ouganda*), arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec. 2005*, § 221. Le Tribunal international du droit de la mer a, pour sa part, formulé de telles recommandations à l'occasion de l'indication de mesures conservatoires : TIDM, Affaire de l'usine Mox (*Irlande c. Royaume-Uni*), ordonnance du 3 décembre 2001, § 89 ; Affaire concernant les travaux de poldérisation entrepris par Singapour (*Malaisie c. Singapour*), ordonnance du 8 octobre 2003, § 106.

253. Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002), *RDC c. Rwanda*, ordonnance du 10 juillet 2002, *CIJ Rec. 2002*, § 93 ; voy. *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, ordonnance du 2 juin 1999, *CIJ Rec. 1999*, § 19.

254. Passage par le Grand-Belt (*Finlande c. Danemark*), ordonnance du 29 juillet 1991, *CIJ Rec. 1991*, § 35.

255. Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c. Uruguay*), ordonnance du 13 juillet 2006, *CIJ Rec. 2006*, § 82.

256. Sur cette question, voy. J. D'ASPREMONT, « The Recommendations made by the International Court of Justice », *ICLQ*, 2007, pp. 185-198.

mêmes<sup>257</sup>. Que la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie formule des recommandations ne doit, partant, guère plus retenir l'attention. Bien que l'accord de décembre 2000 ne fait pas mention de cette faculté, les parties elles-mêmes avait en effet invité la commission à exprimer ses vues sur la façon dont il pouvait être venu en aide aux victimes. Cela étant, il demeure assez improbable que, compte tenu de sa généralité, la recommandation formulée par la commission dans sa décision précitée présente quelque utilité à cet égard, confirmant ainsi les doutes que l'on a pu exprimer sur l'intérêt de cette tendance contemporaine<sup>258</sup>.

## V. – ÉTABLISSEMENT DES FAITS ET PREUVES

On sait que s'agissant de l'établissement du *droit*, la Commission des réclamations, par le truchement d'une présomption de caractère coutumier, a octroyé une faveur presque « indécente » au droit international humanitaire. Cela a abouti, comme on l'a expliqué ci-avant, à un renversement de la charge de la preuve en ce qu'une partie qui prétend qu'une disposition donnée n'est pas déclarative de droit coutumier est tenue de le prouver. Cette audace de la Commission des réclamations quant à l'établissement du *droit* contraste assurément avec la louable prudence dont elle a fait preuve dans l'établissement des *faits*, même si sa jurisprudence à cet égard ne manque pas, une nouvelle fois, de témoigner d'une inclination à concentrer ses efforts sur les violations du droit humanitaire.

### A. Le critère de preuve (*standard of proof*)

Lorsqu'il s'agit d'établir un fait devant un juge international, il est incontesté que c'est au plaideur cherchant à l'établir qu'incombe la charge de le prouver<sup>259</sup>. C'est précisément ce que rappellent les règles de procédure de la Commission d'indemnisation en indiquant que « *each party shall have the burden of proving the facts it relies on to support its claims or defense* »<sup>260</sup>. Au-delà de cette vérité élémentaire, les règles de procédure ne contiennent aucune indication quant au critère de preuve. On ne s'en étonnera pas outre mesure. Il faut en effet reconnaître que la jurisprudence internationale est, à cet égard, relativement inconstante, quand elle n'est pas muette – ce que rappelle d'ailleurs la Commission d'indemnisation<sup>261</sup>. On sait par exemple que – jusqu'il y a peu – la Cour internationale de Justice s'est toujours abstenue d'adopter un critère de preuve unique<sup>262</sup>. La Cour s'est ainsi réservée le pouvoir d'exiger que les

257. Voy. la déclaration du Judge Buergenthal jointe à l'ordonnance du 12 juillet 2002 de la CIJ, *affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, ordonnance du 10 juillet 2002, CIJ Rec. 2002, pp. 257 et s.

258. J. d'ASPREMONT, *op. cit.*, note 256, pp. 196-198.

259. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité, 26 novembre 1984, CIJ Rec. 1984, p. 437 ; *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, § 204.

260. *Rules of proceedings*, art. 14, § 1.

261. Partial award, *Prisoners of War, Eritrea's Claim 17*, 1<sup>st</sup> July 2003, § 44 ; Partial award, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1<sup>st</sup> July 2003, § 35.

262. Sur le critère de preuve dans la jurisprudence récente de la CIJ, voy. M. KAMTO, « Les moyens de preuve devant la Cour internationale de Justice à la lumière de quelques affaires récentes portées devant elle », *GYIL*, 2006, pp. 259 et s. De manière plus générale, voy. H. RUIZ FABRI et J.M. SOREL (éd.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007 ; M. KAZAKI, *Burden of proof and related issues : a study on evidence before international tribunals*, The Hague, Kluwer, 1996.

preuves aient « force probante »<sup>263</sup>, qu'elles soient « convaincantes »<sup>264</sup>, ou « déterminantes »<sup>265</sup>, qu'elles ne soient pas « de seconde main »<sup>266</sup>, qu'elles présentent un certain « degré de certitude »<sup>267</sup>, qu'elles soient « dignes de foi »<sup>268</sup> et « dont l'exactitude n'a pas [...] été contestée par des sources impartiales »<sup>269</sup> ou qu'elles soient simplement « suffisantes »<sup>270</sup>. Cette imprécision a sans doute toujours procédé d'une volonté du juge international de se garder une latitude suffisante pour évaluer les preuves produites par les parties<sup>271</sup>. C'est probablement aussi pour préserver la liberté de la commission sur ce point que ses règles de procédure sont si laconiques sur le critère de preuve. Cela semble d'ailleurs être confirmé par l'article 14, paragraphe 2 des règles de procédure, qui stipule que « [t]he Commission shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered »<sup>272</sup>.

Les règles de procédure laissant une grande marge à la commission quant au critère de preuve, il lui appartenait donc de préciser ses exigences à cet égard. La commission – prétendant suivre sur ce point les deux parties qui avaient soutenu l'adoption d'exigences strictes en matière de preuve<sup>273</sup> – a indiqué qu'elle requerrait « *clear and convincing evidence in support of its findings* »<sup>274</sup>. Il s'agit là d'un critère relativement strict, ce que la commission a elle-même reconnu en soulignant qu'il conduirait sans doute à un nombre restreint de constats d'illicéités par rapport aux réclamations de chacune des parties<sup>275</sup>. Il rappelle au demeurant celui auquel la Cour internationale de Justice a parfois recouru<sup>276</sup>. Cette exigence d'une preuve « claire et convaincante » semble assurément adéquate, notamment au regard des contraintes matérielles pesant sur la commission et dont elle s'est souvent plainte<sup>277</sup>. On peut d'ailleurs se demander, au regard de celles-là, si la commission aurait pu choisir un critère moins strict. Quoi qu'il en soit, force est de remarquer la constance avec laquelle la commission a maintenu son exigence de preuve « *clear and convincing* » dans toutes ses décisions, ce qui contraste avec l'incertitude du critère de preuve employé par la Cour internationale de Justice.

263. *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 17.

264. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec.*, § 64.

265. *Ibid.*, § 71.

266. *Ibid.*, § 57 & § 60.

267. Voy. note 263.

268. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec.* 2005, § 61.

269. *Ibid.*

270. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, § 54, § 110, § 159, § 159, § 216 ; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec.* 2005, § 57.

271. Voy. G. NIYUNGEKO, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; Voy. aussi l'opinion individuelle de Madame le juge Higgins, jointe à *CIJ, Affaire des plates-formes pétrolières, (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003, *Rec.*, § 30.

272. *Rules of proceedings*, art. 14, § 2.

273. Voy. la position des parties telle que résumée par la commission dans *Partial award, Prisoners of War, Eritrea's Claim* 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 45 ; *Partial award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim* 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 36.

274. *Ibid.*, respectivement § 46 et § 37.

275. *Partial award, Central Front, Eritrea's Claims* 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 7 ; *Partial award, Civilians Claims, Ethiopia's Claim* 5, 17 December 2004, § 35.

276. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *CIJ Rec.* 2005, § 64. À ce sujet, voy. P. d'ARGENT, « Du commerce à l'emploi de la force : l'affaire des plates-formes pétrolières (arrêt sur le fond) », *cet Annuaire*, 2003, pp. 266-289, spéc. pp. 287-289.

277. Voy. Par exemple : *Partial award, Central Front, Eritrea's Claims* 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 6 ou *Partial award, Diplomatic Claim, Ethiopia's Claim* 8, 19 December 2005, § 26.

Il est aussi une autre dimension – qui est peut-être bien plus fondamentale – de la question de la preuve sur laquelle la commission s'est différenciée de la Cour internationale de Justice. On l'a dit, la Cour, soucieuse de préserver sa liberté quant à l'appréciation de la preuve, a longtemps refusé d'établir clairement son critère de preuve. La variabilité du critère de preuve dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice est précisément ce que Madame le juge Higgins avait regretté dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour sur les *plates-formes pétrolières*<sup>278</sup>. Il n'est pas surprenant que, sous sa présidence, la Cour s'est montrée plus rigoureuse quant au critère de preuve auquel elle avait recours. Et ce n'est sans doute pas totalement un hasard que le critère de preuve adopté par la Cour dans son arrêt du 26 février 2007 sur l'application de la convention sur le génocide reflète celui évoqué, quelques années plus tôt, par Madame Higgins dans l'opinion susmentionnée. La Cour, s'inspirant prétendument de son arrêt relatif au *Détroit de Corfou*<sup>279</sup>, a en effet pris la peine de préciser dans son arrêt de février 2007 que le degré de certitude avec lequel le fait illicite devait être prouvé était tributaire de sa gravité, ce qui l'amena à exiger que la preuve soit apportée « par des éléments ayant pleine force probante »<sup>280</sup>. La Cour semble d'ailleurs avoir appliqué un critère de preuve différent selon qu'étaient en cause l'obligation de ne pas commettre le génocide, l'obligation de le prévenir et l'obligation de punir ceux qui s'en seraient rendus coupables<sup>281</sup>.

Alors même que la gravité des violations invoquées par les parties variait d'une requête à l'autre<sup>282</sup>, l'assujettissement du critère de preuve à la gravité du fait illicite invoqué est précisément un point sur lequel la Commission des réclamations a refusé de suivre les parties, précisant que « *the possibility that particular findings may involve very serious matters does not change the international law rules to be applied or fundamentally transform the quantum of evidence required* »<sup>283</sup>. C'est ce qui explique que le critère de la preuve « claire et convaincante » de la commission contraste singulièrement avec le critère de la preuve « par des éléments ayant pleine force probante » de la Cour dans son affaire précitée sur l'application de la convention sur le génocide.

Au-delà de la différence entre les approches de la Cour et de la commission, la position de cette dernière est remarquable car elle renforce une conception de la responsabilité et de l'office du juge expurgée de tout caractère pénal. Car il faut bien l'admettre, même si la décision de la Cour de février 2007 sur le génocide constitue à bien des égards le deuxième arrêt de mort du concept de « crime de l'État »<sup>284</sup>, la subordination du critère de preuve à la gravité du fait illicite invoqué n'est pas entièrement étrangère à une conception plus « criminelle » de la

278. Voy. l'opinion individuelle de Madame le juge Higgins, jointe à CIJ, *Affaire des plates-formes pétrolières, (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003.

279. *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, CIJ Rec. 1949, p. 17.

280. *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, CIJ Rec. 2007, §§ 209-210. (Comp. avec l'opinion individuelle de Madame le juge Higgins, *op. cit.*, note 278, § 33).

281. *Ibid.*, § 438 et §§ 448-449.

282. Comp. par exemple les requêtes de l'Érythrée relatives aux pensions et les requêtes des parties relatives aux prisonniers de guerre.

283. Partial award, *Prisoners of War, Eritrea's Claim* 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 47 ; Partial award, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim* 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 38 ; voy. toutefois la déclaration ambiguë dans la Partial award, *Central Front, Eritrea's Claims* 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 6.

284. Voy. en particulier les paragraphes 166 & 167 de l'arrêt (*op. cit.*, note 281). À ce sujet voy., P.M. DUPUY, « Crime sans châtiement ou mission accomplie ? », *RGDIP*, 2007, p. 244 ; J.M. SOREL, « Les multiples lectures d'un arrêt : entre sentiment d'impunité et sentiment de cohérence, une décision à relativiser », *RGDIP*, 2007, p. 270.

responsabilité<sup>285</sup>. Il est en ce sens tout à l'avantage de la commission d'avoir appliqué un critère de preuve uniforme, constant et indifférent à la gravité du fait illicite.

### B. La mise en œuvre du critère de preuve

Les parties ont mis à la disposition de la commission un large éventail de preuves différentes et notamment un grand nombre de rapports et comptes-rendus d'observateurs externes : rapports d'organisations internationales, rapports d'agences onusiennes, rapports d'agences d'État tiers, rapports d'organisations non-gouvernementales, des images satellite, des cartes, des photographies. La Commission les a pris en considération, fût-ce avec quelque prudence<sup>286</sup>.

Parmi les observateurs externes dont les rapports ont été pris en compte, on aurait pu penser que le CICR jouerait un rôle prédominant dans l'établissement de la preuve, particulièrement s'agissant de l'établissement des faits dans les camps de prisonniers de guerre auxquels il avait accès. C'était toutefois sans compter sur la confidentialité des comptes-rendus du CICR sur la situation des camps de prisonniers de guerre que celui-ci entend généralement préserver pour assurer sa crédibilité et son acceptabilité par toutes les parties au conflit armé. C'est ce qui explique qu'en l'espèce, le CICR n'a pas mis à la disposition des parties et de la commission l'entièreté de ses comptes-rendus. Les démarches entreprises par le président de la commission qui a rencontré les hauts officiels du CICR en août 2002 n'y ont rien changé. La commission, tout en soulignant qu'elle « respectait » le CICR et qu'elle « comprenait » la politique générale sous-jacente au principe de confidentialité de ses rapports, a néanmoins fait connaître son « *disappointment that the CICR was not prepared to allow it access to these materials* »<sup>287</sup>.

Nonobstant les rapports et comptes-rendus d'observateurs externes au conflit, il importe de souligner que c'est essentiellement sur les témoignages qui ont été mis à sa disposition que la commission s'est basée pour établir les faits. Ces témoignages furent produits en très grand nombre. C'est d'ailleurs précisément cette abondance qui a posé quelque difficulté à la commission. En effet, présentés en très grande quantité par chacune des parties et, surtout, régulièrement contradictoires, ceux-ci ont singulièrement compliqué l'établissement des faits. La commission n'a d'ailleurs pas manqué de qualifier cette multitude de témoignages contradictoires de « *unhappy circumstances* »<sup>288</sup>. Elle a aussi reconnu que celles-ci conduiraient, vu le critère strict de preuve retenu par la commission, à un nombre restreint de constats d'illicéité<sup>289</sup>. C'est pourquoi elle s'est généralement révélée très prudente à leur endroit<sup>290</sup>. La difficulté fut

285. Sur cette question, voy. notamment les remarques de A. GATTINI, « Evidentiary Issues of the ICJ's Genocide Judgement », *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 889-904 et en particulier, pp. 894-899. Voy. aussi L. R. BREUKER, « The Nature of the Genocide Case », *Hague Justice Journal*, 2007, vol. 2 (2), pp. 59 et s.

286. Voy. par exemple Partial award, *Civilians Claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 34 ; Partial award, *Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims*, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26, 19 December 2005, § 19 ; Partial award, *Civilians Claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 34.

287. Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 11.

288. Voy. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 6.

289. *Ibid.*, § 7 ou encore Partial award, *Civilians Claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 35.

290. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 29.

d'autant plus grande que des contraintes matérielles ont souvent empêché les témoins de se rendre à La Haye, privant ainsi la commission de la faculté de les interroger<sup>291</sup>. Dans cette hypothèse, la déclaration d'un témoin, fût-elle signée et sous serment, n'a généralement pas été considérée par la commission comme se suffisant à elle-même mais comme pouvant, tout au plus, constituer un élément de preuve additionnel<sup>292</sup>.

À ces difficultés d'ordre matériel s'est ajouté le problème plus général lié à la propension d'États impliqués dans un conflit à manipuler l'information. On l'a dit, cette propagande de guerre tend à rendre difficile l'établissement de l'*opinio juris* nécessaire pour vérifier le caractère coutumier d'une règle. Elle entrave également l'établissement des faits, ainsi que la commission l'a reconnu<sup>293</sup>. Malgré ce contexte difficile, il serait malhonnête de nier que, s'agissant de l'établissement des faits, la commission s'est honorablement acquittée de sa tâche. Sa contribution sur ce point aurait même pu constituer un modèle, dont aurait notamment pu s'inspirer la Cour internationale de Justice – dont on a décrit les nombreux louvoisements dans la détermination du critère de preuve – s'il n'y avait – encore une fois – une curieuse faveur accordée au droit humanitaire, cette fois-ci dans l'établissement des *faits*. La commission semble en effet avoir concentré ses efforts sur l'établissement des comportements illicites au regard du droit humanitaire et s'être contenté de ne constater que les « violations graves » en ce qui concerne le reste du droit applicable au différend entre les parties. Elle l'a d'ailleurs admis elle-même s'agissant des violations du droit des relations diplomatiques :

« [I]n the light of the limited resources and time allocated to this Commission and the serious claims of international humanitarian law violations presented by the Parties and remaining attentive to the principle of reciprocity, the Commission again is constrained to look for serious violations impeding the effective functioning of the diplomatic mission »<sup>294</sup>.

On ne voit pas très bien en quoi les contraintes matérielles auxquelles fait allusion la commission pourraient justifier qu'elle s'attarde plus sur certains faits que sur d'autres. Cela laisse plutôt penser, comme on l'a souligné précédemment s'agissant de l'établissement du droit coutumier, que la commission accorde, une fois encore, une « faveur » toute spéciale au droit international humanitaire. Cela renforce le sentiment que la commission a interprété l'accent mis sur le droit humanitaire par l'article 5, paragraphe 1, de l'accord du 12 décembre 2000 comme impliquant un ordre de priorité parmi les sources du droit qu'elle est appelée à appliquer et, *a fortiori*, parmi les illicéités qu'il lui appartient de constater.

\*  
\* \*

Les développements qui précèdent pourront paraître exagérément sévères à l'égard de la Commission des réclamations. Il est vrai que l'on ne cachera pas que, malgré des aspects institutionnels et procéduraux prometteurs, son travail se

291. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 6.

292. Voy. par exemple, Partial award, *Central Front*, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, § 21 ; Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003, § 41 ; Partial award, *Western and Eastern Fronts*, Ethiopia's Claims 1 & 3, 19 December 2005, § 21.

293. Partial award, *Central Front*, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, 28 April 2004, § 5 ; Partial award, *Civilians Claims*, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, § 33.

294. Partial award, *Diplomatic Claim*, Ethiopia's Claim 8, 19 December 2005, § 26.

révèle à ce jour globalement décevant du point de vue doctrinal, du moins lorsque l'on tente de recadrer sa jurisprudence par rapport au droit international général. On sait toutefois que ce point de vue est très particulier, pour ne pas dire limité, et qu'il ne peut servir, à lui tout seul, pour porter un jugement d'ensemble sur une institution et sa production jurisprudentielle.

Il faut donc souligner, comme en contrepoint, le pragmatisme de bon aloi dont a constamment tenté de faire preuve la commission, en tenant compte des circonstances concrètes des combats ou encore de la pauvreté des belligérants pour juger leurs actions <sup>295</sup> et en essayant autant que faire se peut de recentrer son analyse sur les réclamations fondées sur les violations les plus graves et les plus « criantes ». Même si la doctrine reste sur sa faim à maints égards, il faut sans doute approuver le fait que la commission ne se soit pas perdue dans de longues considérations théoriques et ait limité son raisonnement et ses développements à ce qu'elle a considéré comme étant l'essentiel. On a le sentiment qu'elle a voulu faire justice en faisant plus parler les faits que le droit, ce qui est somme toute fort compréhensible : au vu des malheurs concrets que les belligérants se sont mutuellement infligés lors d'une guerre coûteuse entre nations « pauvres parmi les pauvres », les finasseries juridiques apparaissent comme un luxe presque indécent, ou en tout cas fort éloigné des nécessités du moment. Pour rendre justice à la commission, il faut enfin rappeler combien il est difficile, au vu de l'expérience, d'établir un mécanisme indemnitaire post-conflictuel satisfaisant à la fois à toutes les exigences du droit et aux besoins sociaux et de « justice » de l'immédiat après-guerre. La tâche est d'autant plus périlleuse qu'aucun « vainqueur » n'a émergé du conflit et qu'aucun belligérant n'a été désigné par le Conseil de sécurité – ou par le traité de paix – comme « responsable » de la guerre.

On comprend que cette tâche se complique singulièrement lorsque l'organe indemnitaire institué de commun accord par les anciens ennemis s'autorise à statuer sur cette question, alors même que les termes de son mandat donnent à penser qu'il doit s'abstenir à cet égard. On peine à comprendre les raisons pour lesquelles la commission s'est départie de son habituel pragmatisme et de sa prudence lorsqu'il s'est agi de se déclarer compétente pour connaître des réclamations fondées sur la violation du *jus ad bellum*. Peut-être a-t-elle eu le sentiment qu'elle devait, comme par un souci d'équilibre et de justice égalitaire, donner satisfaction sur ce point à l'Éthiopie dès lors que cet État s'était montré très mécontent de la décision de la Commission des frontières. Il nous semble toutefois, on l'a dit, qu'une compréhension bien plus saine de l'équilibre institutionnel établi par l'accord de paix du 12 décembre 2000 aurait dû la conduire à un tout autre résultat. Il est en outre naïf de croire – si tant est que la commission l'ait jamais inconsciemment cru – qu'un État taira les récriminations qu'il entretient à l'encontre d'une délimitation territoriale effectuée par un juge parce qu'un autre juge dit – sans toutefois vraiment le dire, et sans que l'on sache précisément ce que ce juge en déduira – qu'il a subi une agression.

Au-delà des enseignements de cette jurisprudence arbitrale, des éventuels « progrès » qu'elle représente, des satisfactions ou des réticences qu'elle suscite, au-delà aussi du « modèle » que pourrait constituer cette Commission des réclamations en tant que mécanisme de règlement des réclamations nées d'une guerre sans vainqueur, sans vaincu et sans responsable désigné – mais avec de

---

295. Voy. par exemple la prise en compte du « *heat of the moment* » lors des combats (Partial award, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim 17, 1<sup>st</sup> July 2003, § 58, § 60, § 138) ou encore la prise en compte des ressources des belligérants dans l'appréciation du traitement réservé aux prisonniers de guerre (Partial award, *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim 4, 1<sup>st</sup> July 2003).

nombreuses victimes –, on ne peut manquer de voir que, derrière ces louables efforts de rationalisation juridique, se cache une fois encore un terrible échec de la sécurité collective. Faut-il en effet rappeler que les combats ont très officiellement duré du 12 mai 1998 au 12 décembre 2000, soit exactement deux ans et sept mois, et qu'ils mirent face à face deux États parmi les plus pauvres de la planète, engloutissant dans un conflit absurde non seulement leurs maigres ressources mais aussi leurs forces vives ? On dira toutefois que, suite aux pressions et médiations internationales, on a pourtant réussi à faire cesser les combats, à faire admettre aux belligérants un règlement de paix particulièrement élaboré et « civilisé » par les multiples institutions de règlement qu'il instaure, ainsi qu'à déployer une mission de maintien de la paix (MINUEE)<sup>296</sup>.

Avec un peu de recul et de sens critique par rapport à sa propre discipline, on peut toutefois se demander si les possibilités du droit n'ont pas, en l'occurrence, servi l'indifférence, sinon la lâcheté, des chancelleries. En renvoyant à des procédures multiples dont on ignore quelles décisions elles produiront et par rapport auxquelles on n'a d'autre garantie que la promesse, certes juridique mais toute verbale, des parties de s'y conformer, les puissances ayant parrainé l'accord de paix ont montré les limites de leur engagement pour le rétablissement de la paix dans cette partie de l'Afrique. Or, à l'évidence, pour résoudre durablement les problèmes politiques, il ne suffit pas de les dissoudre dans les méandres policés du droit. Force est en effet de constater que, malgré d'indéniables et fort louables efforts, le résultat n'est pas à la hauteur des espoirs suscités : l'enquête internationale sur les origines du conflit n'a pas eu lieu<sup>297</sup> ; la délimitation arbitrale de la frontière a été contestée et sa démarcation n'est toujours pas mise en œuvre, sauf virtuellement<sup>298</sup> ; le règlement des réclamations est à la fois timide sur certains points et abusivement ambitieux sur d'autres ; la mission de maintien de la paix est enlisée<sup>299</sup>. S'agissant de la question des réparations de guerre, et quel que soit le jugement que l'on porte sur la jurisprudence de la commission, le résultat est d'autant plus déconcertant que, vu la faveur exclusive accordée à la réparation sous forme indemnitaire, on voit mal, une fois les préjudices évalués, comment on échappera, en fait sinon en droit<sup>300</sup>, à une compensation générale des créances et des dettes, aboutissant à ce que l'un des belligérants doive payer à l'autre une somme globale et, pour ainsi dire, forfaitaire – si tant est que sa capacité financière limitée (dont il serait étonnant qu'elle ne soit présente à l'esprit des arbitres au moment de l'évaluation des préjudices) le permette, et pour autant que l'on n'aboutisse pas à un jeu de somme nulle. Tout cela pour ça.

Le propos peut sembler inutilement désabusé. À nouveau, il ne s'agit pas de minimiser la bonne volonté des uns ou l'indispensable détermination des autres, ni de cacher que les parties portent une responsabilité écrasante dans l'inquiétant face-à-face actuel. Il faut seulement relativiser le pouvoir des institutions, ainsi que celui du droit qui les crée et au développement duquel elles sont censées contribuer.

296. [<http://www.unmeeonline.org>].

297. Voy. note 8.

298. À la suite de la décision du 27 novembre 2006 de la Commission des frontières, voy. son 26<sup>e</sup> et dernier rapport, annexé au rapport du Secrétaire général du 23 janvier 2008 (S/2008/40). Voy. aussi note 9.

299. Voy. not. S/RES/1798 du 30 janvier 2008.

300. Il n'est en effet pas certain que la Commission des réclamations se sente autorisée à procéder d'autorité à une telle compensation, fût-ce parce qu'elle pourrait donner fausement à penser, si un seul État doit « payer », qu'il serait le seul « responsable ». Économiquement, il est néanmoins clair que, l'argent étant fongible, les dettes réciproques se compensent.